



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch RA, vom 3. Jänner 2011 gegen den Bescheid des Finanzamtes Vöcklabruck vom 7. Dezember 2010 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für x, für die Zeit von Jänner 2005 bis Juni 2010 in Höhe von € 12.395,60 entschieden:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.

Für den Zeitraum Jänner 2005 bis April 2010 wird eine Ausgleichszahlung gewährt.

Für die Monate Mai und Juni 2010 wird die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag gewährt.

Der Rückforderungsbetrag vermindert sich dadurch auf € 10.196,00.

Im Übrigen wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

### **Entscheidungsgründe**

Das Finanzamt hat mit Bescheid vom 7.12.2010 die Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge für den minderjährigen Sohn der Berufungswerberin für den Zeitraum Jänner 2005 bis Juni 2010 in Höhe von insgesamt € 12.395,60 (FB: € 8.901,20; KAB: 3.494,40) zurückgefordert.

#### **Begründung**

„Die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 regelt, welcher Mitgliedstaat für ein und denselben Zeitraum für ein und denselben Familienangehörigen vorrangig zur Gewährung der im jeweiligen Hoheitsgebiet vorgesehenen Familienleistungen verpflichtet ist. Vorrangig muss

grundsätzlich jener Mitgliedstaat die Familienleistungen gewähren, in dem eine Erwerbstätigkeit ausgeübt wird. Sind die Elternteile in verschiedenen Mitgliedstaaten erwerbstätig, trifft die vorrangige Verpflichtung zur Gewährung der Familienleistungen jenen Mitgliedsstaat, in dessen Gebiet die Familienangehörigen wohnen. Sind die Familienleistungen im anderen Mitgliedsstaat höher, besteht dort gegebenenfalls ein Anspruch auf Gewährung des Differenzbetrages (Artikel 76 Absatz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 in Verbindung mit Art. 10 der DVO 574/72). Wird in jenem Mitgliedstaat, der vorrangig zur Gewährung von Familienleistungen verpflichtet ist, kein Antrag gestellt, so kann der andere Mitgliedsstaat dennoch jene Leistungen, die bei Antragstellung gewährt worden wären, bei der Berechnung der Differenzzahlung berücksichtigen (Artikel 76 Absatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71).

Da Sie bis zum heutigen Tag in Österreich keine Einkünfte erzielt haben, und auch nicht krankenversichert sind, wird keine Erwerbstätigkeit in Österreich unterstellt. Gleichzeitig wurden in Deutschland laufend Familienleistungen an den Kindesvater ausbezahlt.“

Die dagegen eingebrachte Berufung wird wie folgt begründet:

„Der gegenständliche Bescheid wird binnen offener Frist seinem gesamten Inhalt nach angefochten. Geltend gemacht wird Rechtswidrigkeit aufgrund mangelhafter Sachverhaltsfeststellung, unrichtiger rechtlicher Beurteilung sowie Aktenwidrigkeit und Mangelhaftigkeit des Verfahrens.

#### 1. Sachverhalt

Die Berufungswerberin ist Mutter des am 1993 geborenen xx.

xx lebt im Haushalt seiner Mutter, der Berufungswerberin.

Im Jahre 2004 zog die Berufungswerberin mit ihrem Sohn, xx von Deutschland nach Österreich. Die Berufungswerberin hatte zuvor für ihren Sohn, xxx Kindergeld von einem deutschen Träger (Agentur für Arbeit y -Familienkasse) erhalten.

Mit Schreiben vom 03.01.2005 teilte die Berufungswerberin der Agentur für Arbeit y mit, dass sie umgezogen sei und fragte nach, ob sie nach wie vor vom deutschen Träger Kindergeld für ihren Sohn xxx beziehen würde. Dies wurde verneint.

Mit Bestätigung vom 28.06.2005 bescheinigte die Agentur für Arbeit y, dass seit September 2004 kein Kindergeld mehr aus Deutschland bezogen wird.

Beweis: Schreiben der Berufungswerberin vom 03.01.2006 -Beilage ./1;

Bescheinigung der Agentur für Arbeit y vom 28.06.2006 -Beilage ./2

Die Berufungswerberin beantragte daher unter Mitteilung und Vorlage der oben angeführten Urkunden Beilagen/1 und /2 den Bezug der Familienbeihilfe bei ihrem Wohnsitzfinanzamt (Finanzamt yy).

Dem Finanzamt yy waren sämtliche Umstände des Umzugs offengelegt worden.

Mit Bescheid vom 06.06.2005 und der Folgebescheiden wurde der Bezug der Familienbeihilfe für xx gewährt.

Beweis: diesbehördlicher Akt zur Versicherungsnummer 000.

Die Berufungswerberin ist mit ihrem Sohn seit 2004 in Österreich, xxxx, als Hauptwohnsitz gemeldet und dort dauerhaft wohnhaft und hat ihren Lebensmittelpunkt in xxxxx.

Beweis: Meldebestätigungen -Beilage 3. Einvernahme der Berufungswerberin

Die Berufungswerberin machte sich mit einem Nagelstudio selbständig. Sie hat das bezughabende Gewerbe angemeldet.

Beweis: Gewerberegisterauszug –Beilage 4;

Verständigung über Änderung im Gewerberegister -Beilage 5.

Die Berufungswerberin erwirtschaftet geringe Einkünfte aus dieser selbständigen Tätigkeit. Tatsache ist aber, dass sie bestrebt ist, nachhaltig aus dieser Selbständigkeit wirtschaftlichen Erfolg zu erzielen.

Das Gewerbe ist seit August 2008 angemeldet. Es sind daher noch nicht einmal drei Jahre vergangen, seit Anmeldung des Gewerbes. Die Berufungswerberin leistet selbständig Einzahlungen in die Krankenversicherung

Beweis: wie bisher; Krankenversicherungsbestätigung –Beilage 6

Die Berufungswerberin bestreitet ihren Lebensunterhalt neben den derzeit geringfügigen Einkünften aus selbständiger Tätigkeit durch Ersparnisse und gemeinsame Lebensführung mit dem jetzigen Ehegatte X.

Festzuhalten ist weiters, dass der Vater des xx wieder geheiratet hat und aus jener Ehe wieder Vater geworden ist.

Der Kindesvater bezieht in Deutschland keine Familienleistung (kein Kindergeld oder Familienbeihilfe) für xx, wohl aber offensichtlich für sein zweites Kind.

Beweis: Einvernahme des Kindesvaters KV.; Einholung einer Auskunft der Agentur für Arbeit FK., Deutschland.

Trotz des obigen Sachverhaltes erließ die belangte Behörde am 07.12.2010 den angefochtenen Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge: Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag mit der Begründung, dass aufgrund der Verordnung Nr. 1408/71 die Republik Österreich nur dann für die Auszahlung von Familienleistungen zuständig sei, wenn eine Erwerbstätigkeit in Österreich erfolgt.

Es wurde begründet, dass die Berufungswerberin keine Einkünfte erziele und nicht krankenversichert sei und daher keine Erwerbstätigkeit in Österreich unterstellt werde und gleichzeitig in Deutschland laufend Familienleistungen an den Kindesvater ausbezahlt werden würden.

Diese Feststellungen betreffend fehlende Erwerbstätigkeit und betreffend die Auszahlung von Familienleistungen an den Kindesvater sind jedoch unrichtig und damit die Begründung des angefochtenen Bescheides ebenso. Der angefochtene Bescheid ist mit Rechtswidrigkeit behaftet.

## 2. Berufungsgründe

### 2.1.

Der Sachverhalt ist im angefochtenen Bescheid unvollständig bzw. unrichtig festgestellt.

Im angefochtenen Bescheid stellt das Finanzamt yy fest, dass der Kindesvater in Deutschland laufend Familienleistungen ausgezahlt erhalten habe.

Diese Feststellung ist nicht richtig bzw. aktenwidrig.

Es wurden für den Sohn xx keine Auszahlungen geleistet. Der Kindesvater hat keine Familienleistungen erhalten.

Für die Feststellung, dass der Familienvater Leistungen für xxx erhalten habe, fehlt es an jeglicher Grundlage.

Die Feststellung ist aber insofern von Bedeutung, als gemäß Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 Art. 76 Abs 8 eine Prioritätsregel gibt, für den Fall der Kumulierung von Ansprüchen auf Familienleistungen. Wenn aufgrund der Rechtsvorschriften des Mitgliedsstaates in dessen Gebiet die Familienangehörigen wohnen, für welche Familienleistungen zu beziehen sind, diesen Leistungen zukommen. So ruht der Anspruch auf die nach den Rechtsvorschriften des anderen Mitgliedsstaates gegebenenfalls gemäß Art. 73 geschuldeten Familienleistungen bis zu dem in den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedsstaates vorgesehenen Betrage.

Das heißt, allfällige Ansprüche in Deutschland ruhen, da Auszahlungen vom österreichischen Träger vorgenommen wurden.

Da der Kindesvater eben keine Familienleistungen in Deutschland erhielt, ist der Ausgleich allfälliger Familienleistungen zwischen den Staaten vorzunehmen und nicht von der Berufungswerberin zurückzufordern.

### 2.2.

Unrichtig ist auch die Sachverhaltsfeststellung, wonach die Berufungswerberin keine Einkünfte erziele bzw. nicht krankenversichert sei. Die Berufungswerberin hat sich selbständig gemacht, wobei sie daraus keinen Gewinn erwirtschaftet. Abseits der Selbständigkeit bestreitet die Berufungswerberin ihren Unterhalt aus Ersparnissen und gemeinsamer Lebensführung mit ihrem jetzigen Ehegatten X.

Relevant ist, dass sie Einkünfte in Österreich hat und in Österreich ihren Lebensmittelpunkt hat.

Des Weiteren zahlt sie selbständig in die Krankenversicherung ein, wie sich aus der als Beilage 6 vorgelegten Urkunde ergibt.

Die Sachverhaltsfeststellung im angefochtenen Bescheid, wonach sie keine Erwerbstätigkeit in Österreich habe und keine Krankenversicherung habe, ist daher unrichtig.

Die Feststellung ist insofern von Relevanz, als sich die internationale Zuständigkeit Österreichs aufgrund der Verordnung Nr. 1408/71 für die Auszahlung von Familienleistungen aus der Erwerbstätigkeit von Frau Berufungswerberin (Berufungswerberin) ergibt. Bei richtiger Feststellung der Erwerbstätigkeit hätte der Bescheid auf Rückforderung nicht erlassen werden dürfen.

### 2.3.

Die belangte Behörde hat keine Feststellungen zum tatsächlichen Aufenthalt bzw.

Lebensmittelpunkt der Berufungswerberin und des Kindes, xx, getroffen.

Gemäß § 2 Abs 8 Familienlastenausgleichsgesetz haben Personen dann einen 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. Nichtösterreichische Staatsbürger haben dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach den §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder die nichtösterreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz rechtmäßig in Österreich aufhalten. Dies ist im vorliegenden Fall (EU-Bürgerschaft) zweifellos gegeben.

Das Finanzamt yy hat hiezu keine Feststellungen getroffen.

Tatsache ist, dass sich die Berufungswerberin mit ihrem Sohn, welche EU-Bürger sind, rechtmäßig nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz in Österreich aufhalten, ihren Lebensmittelpunkt in Österreich haben und auch (§ 4 Familienlastenausgleichsgesetz) keinen Anspruch auf ausländische Beihilfe haben. Gemäß Bescheinigung der Agentur für Arbeit y vom 28.06.2005 besteht keine Auszahlung von Kindergeld an die Berufungswerberin.

Diese Feststellungen sind daher insofern von Relevanz, als bei richtiger Feststellung durch das Finanzamt Gmunden Vöcklabruck der Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag gemäß §§ 2ff Familienlastenausgleichsgesetz zu bejahen ist und daher der angefochtene Bescheid nicht erlassen werden hätte dürfen.

### 2.3.

Geltend gemacht wird des Weiteren die Mangelhaftigkeit des Verfahrens, welches zur Erlassung des angefochtenen Bescheides führte.

Die Berufungswerberin wurde im Rahmen der Antragstellung im Jahre 2004 in keiner Weise darüber aufgeklärt, dass es zu einer Rückforderung der Leistungen kommen könne, wenn keine nachhaltige Erwerbstätigkeit nachgewiesen werde.

Da keine Leistungen aus Deutschland geflossen sind, war für die Berufungswerberin klar, dass Auszahlungen aus Österreich erfolgen und ein allfälliger Ausgleich über die Jeweiligen Träger (Deutschland/Österreich) erfolgen müsse.

Die unvertretene Berufungswerberin wurde nicht instruiert. Aufgrund mangelnde Erfüllung der Manuduktionspflicht durch die belangte Behörde, wurde der Berufungswerberin nicht die Möglichkeit eingeräumt, Urkunden vorzulegen, bzw. Beweise zu erstatten, die darlegen, dass sie Einkünfte in Österreich hat bzw. ihren Lebensmittelpunkt in Österreich hat, welcher zum Bezug der Familienbeihilfe berechtigt.

Die belangte Behörde hat lediglich aufgrund mangelnden Gewinns aus der selbständigen Erwerbstätigkeit die fehlende Erwerbstätigkeit unterstellt.

Der angefochtene Bescheid ist daher mit einem wesentlichen Verfahrensmangel behaftet.

Bei richtiger Verfahrensabwicklung und Berücksichtigung und Einholung sämtlicher Umstände und Beweismittel wäre die belangte Behörde zu dem Schluss gelangt, dass tatsächlich die Voraussetzungen (Lebensmittelpunkt und Erwerbstätigkeit in Österreich) gegeben sind, sodass der Familienbeihilfenanspruch zurecht besteht und der Rückforderungsanspruch nicht gegeben ist.

### 3. Anträge

Die Berufungswerberin stellt daher folgenden Anträge:

Die Berufsbehörde möge den angefochtenen Bescheid wegen Rechtswidrigkeit ersatzlos aufheben.

### III.

#### ANTRAG auf Aussetzung der Einhebung

Aufgrund der erhobenen Berufung gegen den Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge:

- Familienbeihilfe
- Kinderabsetzbetrag

vom 07.12.2010 zu Versicherungsnummer 000 beantragt die Berufungswerberin gemäß § 212 a BAO die Aussetzung der Einhebung des Rückforderungsbetrages gemäß Bescheid vom 07.12.2010."

Mit Vorhalt vom 9.11.2012 brachte der Unabhängige Finanzsenat der Berufungswerberin den nachstehenden Inhalt des Schreibens der Familienkasse y vom 6.1.2011 zur Kenntnis.

„Die Familienkasse y hat dem Finanzamt yy mit Schreiben vom 6.1.2011, Nachstehendes mitgeteilt:

„Auszahlung des Kindergeldes nach der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 für das Kind yyyy  
Person dort: BWE

„Sehr geehrte Damen und Herren,

Ihr Antrag vom 24.09.2010 auf Auszahlung des deutschen Kindergeldes aus dem Anspruch von Herrn yyyyyy wird hiermit abgelehnt.

Begründung:

Die genannte kindergeldberechtigte Person hat nachgewiesen, dass sie das Kindergeld für den Unterhalt des Kindes verwendet.

Eine Auszahlung an Sie ist somit nicht möglich.

Auch eine Aufrechnung gemäß Artikel 10a der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 kann nicht erfolgen. Die Vorschriften des Art. 10a VO (EWG) 574/72 finden nur Anwendung, wenn es sich bei dem Leistungsempfänger um ein und dieselbe Person handelt.“

Es wird Ihnen die Möglichkeit geboten, dazu schriftlich innerhalb von drei Wochen Stellung zu nehmen, ansonsten über die Berufung laut Aktenlage zu entscheiden sein wird.“

In der Stellungnahme dazu vom 23.11.2012 wurde Folgendes ausgeführt.

„In auftragsgemäßer und fristgerechter Erstattung der Stellungnahme bezüglich Ihres Schreibens vom 09.11.2012, dem Rechtsvertreter der Berufungswerberin am 14.11.2012 zugegangen, darf ich Ihnen namens und auftrags meiner Mandantschaft wie folgt mitteilen: Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, wird auf die Ausführungen in der Berufung vom 03.01.2011 und die damit vorgelegten Beilagen verwiesen.

Mit Schreiben vom 05.01.2012 teilte die Berufungswerberin der Familienkasse y mit, dass seit Juli 2010 die Zahlungen der österreichischen Familienbeihilfe eingestellt wurden und die bis dahin gezahlten Beträge zurückgefordert werden. Die Berufungswerberin beantragte eine Bestätigung, aus welcher hervorginge, ob der Kindesvater für xxx Kindergeld bezogen hätte. Die Familienkasse y teilte am 31.01.2012 mit, dass die gewünschte Auskunft nicht erteilt werden könne, da die Zustimmung des betroffenen (des Kindesvater) nachgewiesen werden müsse. Am 20.02.2012 teilte die Berufungswerberin dem Kindesvater den Sachverhalt mit und dass sie eine Vollmacht zur Auskunftserteilung bei der Familienkasse y benötigte. Der Kindesvater antwortete mit Schreiben vom 16.03.2012, dass er derzeit keinen Kindergeldanspruch für das Kind xxx hätte und derzeit auch keinerlei Zahlungen bekäme. Es müsse sich hierbei um einen Irrtum handeln.

Festzuhalten ist, dass der Kindesvater somit keine Leistungen der deutschen Familienkasse für das Kind xxx bezogen hat, wie sich eindeutig aus den schriftlichen Aussagen des Kindesvaters ergibt. Insbesondere ergibt sich aus dem Schreiben des Kindesvaters an die Berufungswerberin vom 11.04.2012, das er erneut bestätigt, dass er derzeit kein Kindergeld für das Kind xxx erhält. Diesem Schreiben legte er eine Bescheinigung der Familienkasse bei, aus der hervorgeht, dass er in dieser Sache vorgesprochen hat.

Beweis: - Schreiben vom 05.01.2012;

Schreiben vom 31.01.2012;

Schreiben vom 16.03.2012 (Kindesvater);

Schreiben 11.04.2012 (Kindesvater).

Ihrem Schreiben nach zuzufolge teilt die Familienkasse y mit Schreiben vom 06.01.2011 mit, dass dem Antrag der Berufungswerberin vom 24.09.2010 auf Auszahlung des deutschen Kindergeldes aus dem Anspruch des Kindesvater abgelehnt wurde. Dies deshalb, da der Kindesvater nachgewiesen hätte, dass er Kindergeld für den Unterhalt seines Kindes verwendet.

Die Berufungswerberin hat diesen Antrag jedoch nicht gestellt. Die Berufungswerberin, wie bereits in der Berufung ausgeführt, hatte nach der Scheidung vom Kindesvater das alleinige Sorgerecht für ihren Sohn, sowie das Aufenthaltsbestimmungsrecht erhalten und lebt seit 2004 mit ihrem Sohn in Österreich, wo sie erwerbstätig ist und eben Familienleistungen in Österreich bezieht. Es hätte für die Berufungswerberin keinen Grund gegeben, dennoch bei der Familienkasse in Deutschland irgendwelche Auszahlungen zu beantragen.

Der Kindesvater ist bereits wieder verheiratet und hat ein zweites Kind aus dieser Ehe. Der vom Unabhängigen Finanzsenat im Schreiben vom 09.11.2012 wiedergegebene Inhalt des Schreibens der Familienkasse y an das Finanzamt Y vom 06.01.2011 beschränkt sich auf die namenlose Nennung von („Unterhalt des Kindes“) sowie für die Berufungswerberin nicht nachvollziehbaren Angaben zum Sachverhalt. Aus der Zitation ergibt sich nicht einmal nachvollziehbar der Adressat des Schreibens. Es wird daher von der Berufungswerberin gestellt nachstehender

Antrag

1. zur Wahrung des rechtlichen Gehörs auf Übermittlung des vollständigen Schreibens der Familienkasse y sowie des dazugehörigen Antrags

und



2. Einräumung einer weiteren dreiwöchigen Frist ab Einlangen des vollständigen Schreibens der Familienkasse y zu Händen des Rechtsvertreters der Berufungswerberin zur Erstattung einer Stellungnahme.

Im Falle einer nicht positiven Behandlung der gestellten Beweisanträge führt die Berufungswerberin zur Vorsicht aus:

Art 76 Abs 1 der Verordnung Nr 1408/71 („Prioritätsregeln für den Fall der Kumulierung von Ansprüchen auf Familienleistungen gemäß den Rechtsvorschriften des zuständigen Staates und den Rechtsvorschriften des Staates, in dem die Familienangehörigen wohnen“) bestimmt:

"Sind für ein und denselben Zeitraum für ein und denselben Familienangehörigen in den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet die Familienangehörigen wohnen, Familienleistungen aufgrund der Ausübung einer Erwerbstätigkeit vorgesehen, so ruht der Anspruch auf die nach den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaates gegebenenfalls gemäß Artikel 73 bzw 74 geschuldeten Familienleistungen bis zu dem in den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaates vorgesehenen Betrag."

So auch der EuGH: "Übt eine Person im Wohnmitgliedstaat eine Berufstätigkeit aus, die tatsächlich einen Anspruch auf Familienleistungen begründet, so ruht gemäß Art 76 der Verordnung Nr. 1408/71 in der durch die Verordnung NR 118/97 geänderten und aktualisierten Fassung der Anspruch auf die nach den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem ihr früherer Ehegatte berufstätigt ist, geschuldeten Familienleistungen bis zur Höhe des in den Rechtsvorschriften ihres Wohnmitgliedstaats vorgesehenen Betrages." (EuGH C 363-08).

Wie bereits in der Berufung ausgeführt, wurde der Berufungswerberin von der Agentur für Arbeit y am 28.06.2005 bescheinigt, dass seit September 2004 kein Kindergeld mehr aus Deutschland bezogen wurde (Beilage/1 und /2). Die Berufungswerberin konnte daher von der Rechtmäßigkeit der Antragstellung auf Familienbeihilfe in Österreich ausgehen.

Aufgrund dieser Mitteilung der Berufungswerberin an die Familienkasse y und dem zuvor an diese ergangenen Schreibens (Beilage/1) hätte diese gar nicht an den Kindesvater in Deutschland Leistungen erbringen dürfen, da im Sinne obiger Rechtsprechung bzw geltender Verordnung der Anspruch in Deutschland ruht.

Erfolgte dennoch eine Auszahlung an den Kindesvater ist festzuhalten, dass die Berufungswerberin darauf weder Einfluss hatte, noch wurde sie darüber informiert, dass nun eine doppelte Auszahlung erfolgt wäre. Wenn es einen Rückforderungsanspruch gäbe, dann wohl gegenüber dem Kindesvater, da die Kindesmutter aufgrund der Prioritätsregel der zitierten Verordnung die Familienbeihilfe rechtskonform bezogen hat. Während der Anspruch auf Familienleistungen also ruht, kann es in diesem Sinne zu keiner Auszahlung in einem

anderen Mitgliedstaat kommen, welche zu einer Rückzahlungsverpflichtung der Berufungswerberin führen könnte. Anzumerken ist zudem, dass es bisher keinerlei Feststellungen über die Höhe des angeblichen Bezugs von Familienleistungen des Kindesvaters gibt, da der Anspruch im anderen Mitgliedsstaat ja nur bis zu einer gewissen Höhe ruht.

Vorgebracht wird, dass aufgrund der Unkenntnis der Berufungswerberin einer möglichen Doppelauszahlung in den verschiedenen Mitgliedstaaten, die Berufungswerberin die in Österreich erhaltenen Beträge jedenfalls gutgläubig verbraucht hat.

Die Rückzahlung der für den inkriminierten Zeitraum genannten Beträge würde für die Berufungswerberin zudem eine enorme finanzielle Belastung darstellen, welche Sie zu tragen finanziell nicht in der Lage ist.

Ohnehin kann eine Rückzahlungsverpflichtung nur für jenen Zeitraum bestehen, für den tatsächlich eine doppelte Familienleistung bezogen worden ist. Der Bescheid des Finanzamtes Y enthält keinerlei Feststellungen darüber, in welchem Zeitraum es zu einem doppelten Bezug von Leistungen kam. Auch beinhaltet der angefochtene Bescheid keinerlei Feststellungen darüber, ob die vom Kindesvater, obwohl der Anspruch ruhen müsste, bezogenen Leistungen auch tatsächlich der Berufungswerberin zugekommen sind.

Gleichfalls gibt das, im Schreiben vom 09.11.2012 des UFS Linz zitierte, Schreiben der Familienkasse Y keinerlei Auskunft über eben jene Zeiträume, in denen eine doppelte Auszahlung erfolgt sein soll.

Jedenfalls keine doppelte Auszahlung kann zu jenem Zeitpunkt erfolgt sein, zu dem die Bundesagentur für Arbeit der Berufungswerberin mitteilte (28. Juni 2005, Beilage /2), dass seit September 2004 kein Kindergeld mehr bezogen wurde.

Vorgebracht wird weiters, dass den gegenständlichen Forderungen im Umfang des erstinstanzlichen Bescheids teilweise die Verjährungsbestimmungen der BAO iVm FLAG entgegenstehen.

Dazu ist auszuführen, dass nach der Bestimmung des § 207 Abs 4 BAG das Recht, die Rückzahlung zu Unrecht bezogener Beihilfen zu fordern, in 5 Jahren verjährt. § 208 Abs 1 lit c BAO normiert, dass die Verjährung in den Fällen des § 207 Abs 4 mit dem Ablauf des Jahres beginnt, in dem die rückzufordernden Beihilfen geleistet wurden. Nach der Bestimmung des § 209 Abs 1 erster Satz BAO wird die Verjährungsfrist durch von der Abgabenbehörde innerhalb der Verjährungsfrist unternommene, nach außen erkennbare Amtshandlungen zur Geltendmachung des Abgabenanspruches um ein Jahr verlängert.

Nach der Bestimmung des § 323 Abs. 18 BAO ist vorgenannte Bestimmung idF AbgÄG 2004 ab 1. Jänner 2005 in Kraft getreten und ist ob des Umstandes, dass die Verjährungsvorschriften Normen des Verfahrensrechts sind, die Neufassung grundsätzlich

auch für am Tag Ihres Inkrafttretens "offenen" Verfahren anzuwenden ist.

Die Bestimmung des § 209 a Abs. 1 BAO besagt wiederum, dass einer Abgabefestsetzung, die in einer Berufungsentscheidung zu erfolgen hat, der Eintritt der Verjährung nicht entgegensteht.

Im Gegenständlichen Fall wurde die Rückforderung der zu vermeintlich zu Unrecht bezogenen Beträge am 10.12.2010 der Berufungswerberin zugestellt. Die Verjährung beginnt daher mit Ablauf 2005. Durch die Betreibungshandlung der Behörde wird die Verjährungsfrist um ein Jahr verlängert, woraus sich ergibt, dass die Beträge aus Jänner 2005 erstmals mit Jänner 2012 verjährt waren und die Verjährung bis zum Erlass der Entscheidung weiterhin berücksichtigt werden muss (vgl RV/0640-W/06).

Im Sinne dieser und den Ausführungen in der Berufung wiederholt die Berufungswerberin die darin enthaltenen Anträge, sowie die in zuvor gestellten Anträge.

Weiters wird gestellt nachstehender

#### ANTRAG

auf Anberaumung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung vor der erkennenden Behörde zur Einvernahme der Berufungswerberin sowie Einvernahme der in der Berufungsschrift beantragten Zeugen."

Mit Schreiben vom 20.6.2013 wurden dem Berufungswerber das Schreiben der Familienkassen vom 6.1.2011 sowie das auf Grund einer Anfrage des Unabhängigen Finanzsenates ergangene Antwortschreiben vom 5.6.2013 zur Kenntnis übermittelt.

Inhalt:

„Beiliegend werden Ihnen Ablichtungen der Schreiben der Familienkassen vom 6.1.2011 und 5.6.2013 zur Kenntnis übermittelt (gestrichen wurde nur die Kindergeldnummer des Kindesvaters unter „Mein Zeichen“).

Das Schreiben vom 5.6.2013 erfolgte auf Grund meines Ersuchens vom 24.5.2013 mit folgendem Inhalt.

„Sehr geehrte Damen und Herren,

ich beziehe mich auf das hier anhängige Berufungsverfahren (FrauBw.) und die dortige Kindergeldnummer xxx, KV.

Im E 411 vom 9.11.2010 wurden folgende von Ihnen für das Kind ppp., gewährte Leistungen angeführt:

Kindergeld v. 1.9.2004 bis 31.8.2009

Kinderbonus einmalig 7.4.2009.

Im Schreiben vom 6.1.2011 wurde dem Finanzamt Vöcklabruck mitgeteilt, dass Herr yyyyy nachgewiesen habe, dass er das Kindergeld für den Unterhalt des Kindes verwendet habe. Ich ersuche Sie daher mir mitzuteilen, ob von Ihnen in der Zeit vom 1.9.2009 bis 30.6.2010 Familienleistungen für das Kind pppp. erbracht wurden.

Wenn ja, geben Sie mir bitte bekannt, an wen die Leistungen erfolgten und in welcher Höhe monatlich."

Demnach hat der Kindesvater für das Kind xxx die deutsche Familienleistung zweifellos erhalten.

Sie waren von 16.2.2005 bis 1.1.2007 und ab 7.2.2007 selbstversichert in der Krankenversicherung gem. § 16 ASVG". Von 2.1.2007 bis 6.2.2007 waren sie in der als „Arbeiterin“ versichert.

Ihr Ehegatte war ab 1.2.2005 als gewerblich selbständiger Erwerbstätiger in Österreich versichert, übte seine Tätigkeit als Unternehmensberater auf selbständiger Basis aber ausschließlich in Deutschland aus.

Auf Grund der Pflichtversicherung, des Aufenthaltes von Ihnen und Ihrem Sohn in Österreich und des anzunehmenden gemeinsamen Haushaltes mit Ihrem Ehegatten ist vom Vorliegen der Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages auszugehen.

Weil aber ein Anspruch auf das deutsche Kindergeld für das Kind bestand, vermindert diese Leistung die in Österreich zu gewährende Familienleistung (§ 5 Abs. 4 FLAG 1967).

Die entsprechende Höhe der Leistungen ist noch zu berechnen.

Bezüglich einer „mündlichen Verhandlung“ wird Ihnen mitgeteilt, dass diese stattzufinden hat, wenn es in der Berufung, im Vorlageantrag oder in der Beitrittserklärung beantragt wird (§ 284 (1) BAO). Dies ist im gegebenen Fall aber nicht erfolgt.

Es wird Ihnen die Möglichkeit geboten, zu diesem Vorhalt innerhalb von drei Wochen schriftlich Stellung zu nehmen, ansonsten laut Aktenlage über die Berufung zu entscheiden sein wird."

Am 5.7.2013 erging folgendes Schriftstück an den Berufungswerber.

„Bezugnehmend auf das heutige Telefonat mit Ihrem Bevollmächtigten wird Ihnen das E 411 vom 9.11.2010 in Kopie zur Kenntnis übermittelt.

Bezüglich eines Antrages auf Abhaltung einer „mündlichen Verhandlung“ wird ergänzend zu meinem Schreiben vom 20.6.2013 auf das VwGH-Erkenntnis vom 24.3.2009, 2006/13/0156, hingewiesen. Dazu wurde folgender Rechtssatz erstellt:

„Im vorliegenden Fall wurde in der Berufung weder ein Antrag auf Entscheidung durch den

gesamten Berufungssenat (§ 282 Abs. 1 Z 1 BAO) noch auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung (§ 284 Abs. 1 Z 1 BAO) gestellt. Demnach vermittelt auch die diesbezügliche Antragstellung im Rahmen eines ergänzenden Vorbringens zur Berufung weder ein subjektives Recht auf eine Entscheidung durch den gesamten Berufungssenat noch auf Durchführung einer mündlichen Berufungsverhandlung (vgl. Ritz, BAO3, § 282 Tz 4 und § 284 Tz 2, sowie beispielsweise die hg. Erkenntnisse vom 17. Oktober 2007, 2004/13/0180, und vom 27. März 2008, 2004/13/0141).“

Ihr Antrag wurde erst in der Stellungnahme vom 27.11.2012 gestellt und begründet folglich keinen Anspruch auf eine „mündliche Verhandlung“.

Es wird Ihnen die Möglichkeit geboten, innerhalb von drei Wochen ab Zustellung dieses Schreibens eine schriftliche Stellungnahme einzubringen, ansonsten laut Aktenlage über die Berufung zu entscheiden sein wird.“

In der Stellungnahme vom 29.7.2013 wurde Folgendes ausgeführt.

„In obiger Angelegenheit und In fristgerechter Erstattung einer Stellungnahme auf Ihre Schreiben vom 20.06.2013 und 05.07-2013. letztes zugegangen am 10.07.2013. wird ausgeführt wie folgt:

1.)

Zum Sachverhalt festzuhalten ist, dass die Berufungswerberin im Jahre 2004 mit ihrem Sohn, pp., von Deutschland nach Österreich zog. Zuvor bezog die Berufungswerberin für ihr Kind Kindergeld vom deutschen Träger, der Bundesagentur für Arbeit Familienkasse y Kindergeld. Wie bereits in der Berufung ausgeführt, teilte die Berufungswerberin der Bundesagentur für Arbeit Familienkasse y mit Schreiben vom 03.01.2005 mit, dass sie vor Kurzem mit ihrem Sohn nach Österreich umgezogen ist und fragte dabei nach, ob noch ein Anspruch auf Kindergeld vorhanden ist. Es wurde der Familienkasse dabei die ehemalige Anschrift und auch die neue Anschrift in Österreich mitgeteilt. Dieses Schreiben an die Familienkasse wurde bereits mit Beilage/1 dem erkennenden Senat vorgelegt.

Die Familienkasse bestätigte sodann mit Schreiben vom 28.06.2005 der Berufungswerberin, dass sie seit September 2004 kein Kindergeld mehr bezieht. Dies wurde dem erkennenden Senat ebenfalls mit Beilage /2 bereits vorgelegt.

Wie bereits ausgeführt beantragte dann die Berufungswerberin unter Mitteilung und Vorlage der oben angeführten Urkunden Beilagen /1 und Beilage /2 den Bezug der Familienbeihilfe bei ihrem Wohnsitzfinanzamt (Finanzamt Gmunden-Vöcklabruck).

Seit diesem Zeitraum bezog die Berufungswerberin in Österreich, wie auch Sie mir in Ihrem letzten Schreiben mitteilten, rechtmäßig aufgrund erfüllter Anspruchsvoraussetzungen die Familienbeihilfe (aufgrund der Pflichtversicherung des Aufenthalts der Berufungswerberin und ihres Sohnes in Österreich und des vorliegenden gemeinsamen Haushaltes mit ihrem derzeitigen Ehegatten).

Richtig ist, dass, wenn ein Anspruch auf das dt. Kindergeld für das Kind bestand, dieser die in Österreich zu gewährende Familienleistung gemindert hätte.

Der Anspruch auf deutsches Kindergeld ist in §§ 62 ff dt. Einkommensteuergesetz geregelt. Gemäß § 62 dt. EStG hat Anspruch auf Kindergeld, wer im Inland einen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat bzw. ohne Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland unbeschränkt einkommensteuerpflichtig ist oder als unbeschränkt einkommensteuerpflichtig behandelt wird. Gemäß § 63 dt. EStG werden als Kinder dabei berücksichtigt: 1. Kinder im Sinne des § 62 (2), 2. vom Berechtigten in seinem Haushalt aufgenommene Kinder seiner Ehegatten, 3. Vom Berechtigten in seinem Haushalt aufgenommene Enkel.

§ 64 dt. EStG normiert sodann, dass für jedes Kind nur einem Berechtigten Kindergeld gezahlt wird. Nach dessen Absatz 2 wird bei mehreren Berechtigten das Kindergeld demjenigen gezahlt, der das Kind in seinem Haushalt aufgenommen hat. Absatz 3 normiert hier eine Ausnahme, für den Fall, dass das Kind nicht in den Haushalt eines Berechtigten aufgenommen ist und in diesem Fall, dass Kindergeld derjenige erhält, der dem Kind eine Unterhaltsrente zahlt.

Gemäß § 69 dt. EStG findet in regelmäßigen Zeiträumen auch eine Überprüfung des Fortbestehens der Anspruchsvoraussetzungen durch eine Meldedatenübermittlung statt.

In diesem Zusammenhang wird nochmals auf die Ausführungen zum Ruhen des Anspruchs in der Stellungnahme vom 23.11.2012 verwiesen. Insbesondere herauszustreichen ist nochmals die Entscheidung des EuGH C-363-08. In dieser stellt der EuGH klar, dass eine geschiedene Person, die von dem zuständigen Träger des Mitgliedstaats, in dem sie gewohnt hat - im gegenständlichen Fall also Deutschland - und in dem ihr früherer Ehegatte weiterhin lebt und arbeitet, Familienbeihilfe erhalten hat, für ihr Kind, ihren Anspruch auf diese Beihilfe beibehält, obwohl sie diesen Staat verlässt, um sich mit ihrem Kind in einem anderen Mitgliedstaat - hier: Österreich - niederzulassen, in dem sie nicht berufstätig ist und obwohl der frühere Ehegatte die betreffende Beihilfe in seinem Wohnmitgliedsstaat beziehen könnte. Der EuGH erkannte sodann zu Punkt 2 der zitierten Entscheidung, dass falls diese Person (die nach Scheidung gemeinsam mit dem Kind zur Niederlassung in einen anderen Mitgliedstaat verzog) im Mitgliedstaat ihres Wohnsitzes eine Berufstätigkeit ausübt, die – wie hier

vorliegend - auch tatsächlich einen Anspruch auf Familienleistungen begründet, so ruht gemäß Art 76 der Verordnung Nr 1408/71 idaf der Anspruch auf die nach den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaates, in dem der frühere Ehegatte berufstätig ist, geschuldeten Familienleistung, bis zur Höhe des in den Rechtsvorschriften ihres Wohnmitgliedstaates vorgesehenen Betrages.

Die zitierte Entscheidung lässt sich somit 1:1 auf den gegenständlichen Fall umlegen. Die Berufungswerberin zog nach der Scheidung mit dem Kindesvater mit ihrem Kind nach Österreich. Dort hat sich tatsächlich Anspruch auf Familienleistungen. Gemäß der Verordnung Nr 1408/71 ruht demnach der Anspruch in Deutschland, wo der Kindesvater berufstätig ist, bis zur Höhe des in Österreich vorgesehenen Betrages.

Da nach dieser Entscheidung durch den Verzug in einen anderen Mitgliedstaat nach die Berufungswerberin ihrer Anspruch auf dt. Kindergeld nicht verlustig ging, sondern diese lediglich bis zur Höhe der in Österreich erfolgten Auszahlung ruhen, wäre aufgrund des Aufenthalts des Kindes in Österreich seit 2004 und dem dort bestehenden gemeinsamen Haushalt mit der Kindesmutter die Berufungswerberin daher als nach dem dt. EStG anspruchsberechtigte Person, in deren Haushalt das Kind sich tatsächlich befindet, anzusehen gewesen. Gem. § 64 dt. EStG IVm der Verordnung Nr 1408/71 wäre daher vorrangig (gegenüber dem Kindesvater) die Berufungswerberin berechtigt gewesen, Kindergeld (und zwar lediglich dann wenn in Deutschland ein höherer Betrag zustände als in Österreich) zu erhalten und bestand kein Anspruch des Kindesvaters auf Gewährung deutschen Kindergeldes.

Ein vom Rechtsvertreter der Berufungswerberin geführtes Telefonat mit der Familienkasse bzw. Bundesagentur für Arbeit, mit Hr. dd., bestätigte die Ansicht der Berufungswerberin, nämlich dass der Anspruch auf Kindergeld in einem solchen Fall vorrangig bei der Kindesmutter liegt, da das Kind sich eben im gemeinsamen Haushalt mit ihr befindet. Hr. d. teilte mit, dass grundsätzlich auch bei Antragstellung der Nachweis über die Haushaltsgemeinschaft des Antragsstellers mit dem Kind verlangt und weiters werde jährlich ein Datenabgleich gemacht, und müsste ein derartiger „Doppelbezug“ bereits zu einem früheren Zeitpunkt auffallen.

Es ist daher festzuhalten:

- 1.) Die Berufungswerberin zeigte den Umzug 2004 mit dem Kind der zuständigen deutschen Familienkasse an,
- 2.) Die Berufungswerberin erkundigte sich über ihren Anspruch bei der deutschen Kasse.

3.) Die Berufungswerberin bezog sodann rechtmäßig in Österreich rechtmäßig Familienbeihilfe.

4.) Die Berufungswerberin verlor ihren Anspruch auf das deutsche Kindergeld nicht, sondern ruht dieser Anspruch nur bis zur Höhe der Auszahlungsbeträge in Österreich.

5.) Der Kindesvater konnte aufgrund der mangelnden Haushaltsgemeinschaft nicht rechtmäßig deutsches Kindesgeld beziehen.

Eine Minderung des Anspruches der Berufungswerberin in Österreich um den Betrag, der in Deutschland als Kindergeld ausbezahlt wird, kann nach dem FLAG lediglich dann vorgenommen werden, wenn der Bezug in Deutschland rechtmäßig stattfindet. Im gegenständlichen Fall kann davon nicht die Rede sein.

Es hätte also in Deutschland überhaupt kein Kindergeld an den Kindesvater ausgezahlt werden dürfen. Und selbst wenn tatsächlich ein Leistungsanspruch des Kindesvaters in Deutschland bestanden hätte, hätte dieser nach der zitierten Verordnung lediglich in einem solchen Ausmaß ausgezahlt werden dürfen, als die zustehende Familienleistung den in Österreich bezogenen Betrag übersteigt. Es wäre danach zu keinerlei Rückerstattungsansprüchen gekommen. Auch steht daher fest, dass tatsächlich der deutsche Rechtsträger - selbst wenn ein Anspruch des Kindesvaters tatsächlich bestanden haben soll - überhöht ausgezahlt hat.

Es kann daher nur vermutet werden, dass entweder der Kindesvater falsche Angaben gemacht oder hat hier die Familienkasse in Deutschland keine entsprechenden Nachweise verlangt bzw. eine Überprüfung (mittels Meldedaten udgl.) durchgeführt hat oder in rechtsirriger Ansicht, nämlich ohne Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH eine Auszahlung durchführte. Jedenfalls musste der Familienkasse seit dem Schreiben der Kindesmutter, dass sie mit dem Kind nach Österreich verzogen war, bekannt gewesen sein, dass in Deutschland kein gemeinsamer Haushalt mit einer anderen Person als der Berufungswerberin bestand.

Die Berufungswerberin hat sich darüber hinaus stets korrekt verhalten, den Umzug nach Österreich gemeldet, sich über ihren Bezug in Deutschland erkundigt und die Voraussetzungen für die Familienbeihilfengewährung in Österreich erfüllt. Darüber wurde der Berufungswerberin bei den mit dem Kindesvater stattfindenden Treffen im Rahmen der Besuchskontakte zu seinem Kind nie mitgeteilt, dass dieser in Deutschland Kindergeld beziehen würde. Dies wurde vom Kindesvater nie angesprochen oder erwähnt.

2.)



Auch hätte seitens der österreichischen Behörde, welcher von der Berufungswerberin ihre ehemalige Anschrift und die Umstände des Umzuges nach Österreich, als auch der Name des Kindesvaters bekannt gegeben wurden, geprüft werden müssen, ob in Deutschland eine Auszahlung erfolgt und eine Auszahlung in Österreich eventuell zu kürzen ist bzw hätte der deutsche Träger verständigt werden müssen.

Es kann der Berufungswerberin jedenfalls nicht zur Last gelegt werden, dass sie alle ihr verfügbaren Informationen der Behörde mitteilt und es nach mehreren Jahren zu einer Rückzahlungsverpflichtung kommt, da der Vater unrechtmäßig in Deutschland Kindergeld bezieht, worüber er die Berufungswerberin auch nie in Kenntnis setzte.

3.)

Hinsichtlich Ihrer Ausführungen betreffend des Antrags auf Abhaltung einer mündlichen Verhandlung wird ausgeführt, dass im gegenständlichen Fall grundsätzlich anhand der Aktenlage entschieden werden kann. Falls der erkennende Senat die Aussagen der Berufungswerberin für notwendig erachtet, insbesondere im Hinblick darauf, dass bei der Antragstellung in Österreich gegenüber dem Finanzamt alle relevanten Angaben durch die Berufungswerberin gemacht wurden, dass der Kindesvater die Berufungswerberin nie über einen Bezug in Deutschland aufklärte, möge er eine mündliche Verhandlung anberaumen. Auf das Vorbringen bezüglich des außerhalb der Berufungsfrist gestellten Antrages auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung wird an dieser Stelle nochmals verwiesen.

4.)

Hinsichtlich der E411 und der Schreiben der Familienkasse y vom 06.01.2011 bzw. Familienkasse aa. vom 05.06.2013 wird auf die obigen Ausführungen verwiesen.

Insbesondere wird nochmals hervorgehoben, dass der Bezug des Kindesvaters in Deutschland aufgrund mangelnder Voraussetzungen (gemeinsamer Haushalt) nicht rechtmäßig war. Dies über den gesamten Zeitraum, da sich das Kind der Berufungswerberin seit dem Umzug nach Österreich nur mehr dort befindet. Es hat in Österreich seinen Hauptwohnsitz und ist hier gemeldet.

Hinsichtlich des Schreibens der Familienkasse y vom 06.01.2011 wird ausgeführt, dass hier offensichtlich als Begründung angeführt wird, dass die kindergeldberechtigte Person nachgewiesen hätte, dass sie das Kindergeld für den Unterhalt des Kindes verwendet. Offenbar nimmt hier die Familienkasse y auf § 64 Absatz 3 1. Satz dt. EStG, nämlich die Ausnahme, für den Fall, dass das Kind nicht in den Haushalt eines Berechtigten aufgenommen wurde, Bezug. Dies ist jedoch rechtlich verfehlt, da das Kind im Haushalt der Kindesmutter

aufgenommen wurde und bei mehreren Berechtigten eben eine Auszahlung bei der Kindesmutter vorrangig gewesen wäre.

5.)

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden:

Nach der Verordnung Nr 14078/71 und va der Entscheidung des EuGH C-363/06 hat die Berufungswerberin ihren Anspruch auf Kindergeld in Deutschland nicht verloren, da dieser lediglich bis zur Höhe des Wohnmitgliedstaates vorgesehenen Betrages ruht. Nach dem dt. EStG gilt die Berufungswerberin daher nach wie vor als „Berechtigte“ und wäre daher gem § 64 Abs 1 dt. EStG vorrangig der Berufungswerberin aufgrund des gemeinsamen Haushalts, was dem deutschen Träger (und dem Kindesvater) durch die Mitteilung der Kindesmutter bekannt gewesen sein müsste mit dem Kind auszuzahlen gewesen.

Aufgrund des in Deutschland mangels gemeinsamer Haushaltsgemeinschaft mit dem Kind, ungerechtfertigten Bezuges deutschen Kindergeldes durch den Kindesvater, kann eine Rückforderung dieser Beträge in Österreich von der Berufungswerberin rechtlich nicht begründet werden.

Ebensowenig begründet werden kann eine solche Rückzahlungsverpflichtung auch im Falle eines tatsächlichen Anspruchs des Kindesvaters in Deutschland, da dieser nur in jenem Ausmaß bestanden hätte, in welchem die zustehende Leistung in Deutschland die österreichische übersteigt.

Eine Rückforderung des in Deutschland vom Kindesvater zu unrecht bezogenen Kindergeldes obliegt daher alleinig der dort zuständigen Behörde und ist sie auch ausschließlich gegenüber dem Kindesvater geltend zu machen.

Die Berufungswerberin wiederholt daher Ihre bisher gestellten Anträge, insbesondere möge die Berufsbehörde den angefochtenen Bescheid wegen Rechtswidrigkeit ersatzlos aufheben.“

Folgende Beilagen wurden angefügt:

- die Entscheidung EuGH C-363/08
- § 64 dt. EStG.

### ***Über die Berufung wurde erwogen:***

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

Gemäß Abs. 2 leg cit. hat jene Person Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten überwiegend für das Kind trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.

§ 4 Abs. 1 FLAG 1967 normiert, dass Personen, die Anspruch auf eine gleichartige Beihilfe haben, keinen Anspruch auf österreichische Familienbeihilfe haben.

In § 4 Abs. 2 FLAG 1967 ist vorgesehen, dass österreichische Staatsbürger, die gemäß Abs. 1 und § 5 Abs. 5 vom Anspruch auf Familienbeihilfe ausgeschlossen sind, eine Ausgleichszahlung erhalten, wenn die Höhe der gleichartigen ausländischen Beihilfe, auf die sie oder eine andere Person Anspruch haben, geringer ist als die Familienbeihilfe, die ihnen nach diesem Bundesgesetz ansonsten zu gewähren wäre.

Nach § 4 Abs. 6 FLAG 1967 gilt die Ausgleichszahlung, mit Ausnahme der Bestimmungen über die Höhe der Familienbeihilfe, als Familienbeihilfe im Sinne dieses Bundesgesetzes.

Im Berufungsfall sind nicht nur die innerstaatlichen gesetzlichen Bestimmungen sondern auch die Verordnungen (EWG) Nr. 1408/71 und Nr. 574/72 zu beachten. Diese waren für Unionsbürger bis Ende April 2010 anzuwenden. Danach würde für Unionsbürger die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit gelten.

Jedoch sieht die VO 883/2004 in Art. 87 Abs. 8 entsprechende Übergangsregelungen vor, wenn die Umsetzung der VO 883/2004 mit 1.5.2010 dazu führt, dass es im Vergleich zur VO 1408/71 zu einem Wechsel der anzuwendenden Rechtsvorschriften kommen würde: Gelten für eine Person infolge der VO 883/2004 die Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaates als desjenigen, der durch die VO 1408/71 bestimmt wurde, so bleiben die ursprünglich ermittelten Rechtsvorschriften so lange anwendbar, bis sich der vorliegende Sachverhalt ändert. Kommt es zu keiner Sachverhaltsänderung, sind die jeweils nach der VO 1408/71 ermittelten nationalen Rechtsvorschriften für einen Zeitraum von höchstens zehn Jahren ab Inkrafttreten der VO 883/2004 weiter anzuwenden.

Im vorliegenden Fall liegt eine Änderung des Sachverhaltes nicht vor. Somit sind aber auch ab Mai 2010 die Rechtsvorschriften der VO (EWG) Nr. 1408/71 anzuwenden.

Als Familienangehörige im Sinne der Verordnung gelten jene Personen, die nach den Bestimmungen des FLAG 1967 als Familienangehörige oder Haushaltsangehörige bezeichnet werden. Das FLAG 1967 kennt die Bezeichnung Familienangehörige nicht. Es kennt jedoch den Begriff der Haushaltszugehörigkeit und normiert im § 2 Abs. 2 FLAG 1967 die

Haushaltszugehörigkeit als Anspruchsvoraussetzung.

Im § 2 Abs. 5 FLAG 1967 wird die Haushaltszugehörigkeit definiert. Demnach ist ein Haushaltszugehöriger jemand, der bei einheitlicher Wirtschaftsführung die Wohnung mit der haushaltsführenden Person teilt, wobei ein Kind bei beiden Eltern als haushaltszugehörig gilt, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen.

Die Berufungswerberin lebt mit dem Ehegatten und dem Sohn, alle drei deutsche Staatsbürger, in einem gemeinsamen Haushalt in Österreich.

Die Definition, wer nach dem FLAG 1967 als Kind zu verstehen ist, findet sich im § 2 Abs. 3 FLAG 1967. Kinder sind demnach die Nachkommen, die Wahlkinder, die Stiefkinder und die Pflegekinder einer Person.

Es kann daher festgestellt werden, dass das FLAG 1967 den Begriff des Haushaltszugehörigen kennt und definiert. Die Definition der Haushaltszugehörigkeit ist untrennbar mit dem Kindesbegriff verbunden. Gemeinsam mit der Definition des Kindesbegriffes im FLAG 1967, wobei das Gesetz Stiefkinder ebenso wie leibliche Kinder umfasst, ist die Frage der Familienangehörigeneigenschaft der Stiefkinder somit dahingehend zu beantworten, dass haushaltszugehörige leibliche Kinder gleichermaßen wie haushaltszugehörige Stiefkinder Familienangehörige im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 in Verbindung mit dem FLAG 1967 sind.

Nach Bejahung der Frage der Familienangehörigeneigenschaft im Sinne der Verordnung und in der Folge damit der Bejahung der Anwendung der Verordnung liegt daher grundsätzlich ein Anspruch auf Familienbeihilfe nach Gemeinschaftsrecht vor.

Gemäß Artikel 1 der VO ist "Arbeitnehmer" u.A. jede Person, 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.

Der Arbeitnehmerbegriff der VO hat einen gemeinschaftsspezifischen Inhalt und wird vom EuGH sozialversicherungsrechtlich und nicht arbeitsrechtlich definiert. Demnach ist jede Person als Arbeitnehmer bzw. Selbständiger anzusehen, die, unabhängig davon, ob sie eine Erwerbstätigkeit ausübt oder nicht, die Versicherteneigenschaft nach den für die soziale Sicherheit geltenden Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten besitzt. Entscheidend ist, ob jemand in einem für Arbeitnehmer oder Selbständige geschaffenen System der sozialen Sicherheit pflicht- oder freiwillig versichert ist (siehe EuGH Rs. C-543/03, Dodi und Oberhollenzer, Slg 2005, I-05049).

Artikel 2 der VO EWG 1408/71 regelt den persönlichen Geltungsbereich. Demnach gilt diese VO nach Abs. 1 für Arbeitnehmer, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer

Mitgliedstaaten gelten oder galten, soweit sie Staatsangehörige eines Mitgliedstaates sind oder als Staatenlose, Flüchtlinge im Gebiet eines Mitgliedstaates wohnen, sowie für deren Familienangehörige und Hinterbliebene.

Gemäß Artikel 3 der VO EWG 1408/71 haben Personen, die im Gebiet eines Mitgliedsstaats wohnen und für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten auf Grund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats, wie die Staatsangehörigen dieses Staates, soweit besondere Bestimmungen dieser Verordnung nicht anderes vorsehen.

Gemäß Artikel 4 der VO EWG 1408/71 gilt diese Verordnung für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, u.a. die, die Familienleistungen betreffen.

Der Ehegatte der Berufungswerberin ist Arbeitnehmer iSd Art. 1 der VO EWG 1408/71. Er ist Staatsangehöriger eines Mitgliedsstaates. Die Familienbeihilfe fällt unter den Begriff der "Familienleistungen" iSd VO EWG 1408/71. Demnach ist die VO sowohl in persönlicher als auch in sachlicher Hinsicht im vorliegenden Fall anwendbar.

Artikel 13 der VO EWG 1408/71 bestimmt:

"(1) ... Personen, für die diese Verordnung gilt, unterliegen den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Welche Rechtsvorschriften diese sind, bestimmt sich nach diesem Titel.

(2)...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 ...;

Die Berufungswerberin wohnt mit dem Ehegatten, dem Stiefvater ihres Sohnes, und dem Sohn seit August 2004 in Österreich. Der Kindesvater ist in Deutschland wohnhaft und berufstätig. Der Stiefvater ist in Österreich seit 1.2.2005 als gewerblich selbständiger Erwerbstätiger versichert. Seine berufliche Tätigkeit übt er aber in Deutschland aus. Die Berufungswerberin war in der Zeit von 16.2.2005 bis 1.1.2007 und ab 7.2.2007 in der Krankenversicherung nach § 16 ASVG selbstversichert. In der Zeit von 2.1.2007 bis 6.2.2007 war sie als „Arbeiterin“ versichert.

Der Artikel 14 a der VO enthält folgende Ausnahmen und Besonderheiten vom Grundsatz des Artikels 13 Abs. 2 Buchstabe 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 bereits oben angeführt, gilt als Arbeitnehmer jede Person, die, unabhängig davon, ob sie eine Erwerbstätigkeit ausübt oder nicht, die Versicherteneigenschaft nach den für die soziale Sicherheit geltenden Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten besitzt. Entscheidend ist, ob jemand in einem für Arbeitnehmer oder Selbständige geschaffenen System der sozialen Sicherheit pflicht- oder freiwillig versichert ist.

Im Kommentar zum Familienlastenausgleich Csaszar/Lenneis/Wanke, § 53 Rz 208, wird ausgeführt, dass der Artikel 60 Abs. 1 der DVO zunächst klarstellt, dass die Familiensituation insgesamt zu berücksichtigen ist, sodass es nicht darauf ankommt, welches Familienmitglied die nach der Verordnung zustehenden Familienleistungen beantragt. Es ist daher insbesondere ohne Bedeutung, welcher Elternteil den entsprechenden Antrag stellt (vgl. EUGH 10.10.1996, C-245/94 und C-312/94, Hoever und Zachow).

Daraus folgt für den vorliegenden Fall, dass jedenfalls der Ehegatte der Berufungswerberin ab Februar 2005 den österreichischen Rechtsvorschriften unterlag, weshalb die Berufungswerberin, die den Antrag auf Familienbeihilfe stellte, einen generellen Anspruch auf die Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag hatte.

Im Jänner 2005 war der Berufungswerber nur in der Bundesrepublik Deutschland versichert, weshalb vorrangig dieser Staat für die Gewährung der Familienleistungen zuständig war.

Wie der Berufungswerberin in mehreren Schreiben mitgeteilt wurde, bezog der Kindesvater in der Bundesrepublik Deutschland für ihr Kind die Familienleistungen. Dieser Anspruch wurde auch von der dortigen zuständigen Behörde überprüft und für richtig befunden, weil der Kindesvater das Kindergeld für den Unterhalt des Kindes verwendet habe.

Daraus ergibt sich aber, dass in Österreich im Zeitraum Jänner 2005 bis April 2010 nur ein Anspruch auf die Ausgleichszahlung vorlag, weil für Kinder, für die Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe besteht, kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht. Die Gewährung einer Ausgleichszahlung wird dadurch nicht ausgeschlossen (§ 5 Abs. 4 FLAG 1967).

Im Mai und Juni 2010 bestand in Deutschland für das Kind kein Anspruch auf die Familienleistungen, weshalb die Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbeträge in voller Höhe vorlagen.

Hinsichtlich der Ausführungen der Berufungswerberin zur Verjährung ist zu bemerken, dass nach § 207 Abs. 4 Bundesabgabenordnung (BAO) das Recht, den Ersatz zu Unrecht geleisteter oder die Rückzahlung zu Unrecht bezogener Beihilfen zu fordern, sowie das Recht auf Rückforderung zu Unrecht zuerkannter Erstattungen, Vergütungen oder Abgeltungen von Abgaben in fünf Jahren verjährt.

Die Verjährung beginnt in diesen Fällen mit dem Ablauf des Jahres, in dem die

rückzufordernden Beihilfen, Erstattungen, Vergütungen oder Abgeltungen geleistet wurden (§ 208 Abs. 1 lit. c BAO).

Das Recht, die im Jahr 2005 zu Unrecht geleisteten Beihilfen zu fordern, war weder zum Zeitpunkt der Erlassung des Bescheides durch das Finanzamt verjährt, noch führt die Berücksichtigung des § 209a Abs. 1 BAO zum Eintritt der Verjährung, weil eben über die anhängige Berufung noch durch eine Berufungsentscheidung abzusprechen ist.

Bezüglich eines Antrages auf Abhaltung einer „mündlichen Verhandlung“ ist festzuhalten, dass diese stattzufinden hat, wenn es in der Berufung, im Vorlageantrag oder in der Beitrittserklärung beantragt wird (§ 284 (1) BAO). Diesbezüglich wird auf das VwGH-Erkenntnis vom 24.3.2009, 2006/13/0156, hingewiesen. Dazu wurde folgender Rechtssatz erstellt:

„Im vorliegenden Fall wurde in der Berufung weder ein Antrag auf Entscheidung durch den gesamten Berufungssenat (§ 282 Abs. 1 Z 1 BAO) noch auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung (§ 284 Abs. 1 Z 1 BAO) gestellt. Demnach vermittelt auch die diesbezügliche Antragstellung im Rahmen eines ergänzenden Vorbringens zur Berufung weder ein subjektives Recht auf eine Entscheidung durch den gesamten Berufungssenat noch auf Durchführung einer mündlichen Berufsungsverhandlung (vgl. Ritz, BAO3, § 282 Tz 4 und § 284 Tz 2, sowie beispielsweise die hg. Erkenntnisse vom 17. Oktober 2007, 2004/13/0180, und vom 27. März 2008, 2004/13/0141).“

Der Antrag wurde jedoch erst in der Stellungnahme vom 27.11.2012 gestellt und begründet folglich keinen Anspruch auf eine „mündliche Verhandlung“.

Das Kindergeld in Deutschland betrug:

vom 1.1.2005 bis 31.12.2008:

€ 154,00 x 48 Monate = € 7.392,00

vom 1.1.2009 bis 31.12.2009:

€ 164,00 x 12 Monate = € 1.968,00

einmalige Leistung im April 2009: € 100,00

vom 1.1.2010 bis 30.4.2010:

€ 184,00 x 4 Monate = € 736,00

Gesamt:

€ 10.196,00

In Österreich wurden in der Zeit vom 1.1.2005 bis 30.6.2010 die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag in Höhe von € 12.395,60 bezogen.

Im Mai 2010 und Juni 2010 betrug die Familienbeihilfe je € 130,90; der Kinderabsetzbetrag je € 58,40; insgesamt für die beiden Monate ergibt sich daher ein Betrag in Höhe von € 378,60.

Für die Zeit von 1.1.2005 bis 30.4.2010 ergibt sich daher ein Anspruch auf die Ausgleichszahlung in Höhe von € 1.821,00.

Zusätzlich bestand in den Monaten Mai 2010 und Juni 2010 ein Anspruch auf die Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag in Höhe von insgesamt € 378,60. Mit der Ausgleichszahlung ergibt sich dann ein Betrag von € 2.199,60.

Daraus folgend beträgt der neue Rückforderungsbetrag € 10.196,00.

Aus den angeführten Gründen war wie im Spruch zu entscheiden.

Linz, am 30. August 2013