



## Bescheid

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des MS, vom 10. September 2012 gegen den Bescheid des Finanzamtes S vom 31. August 2012, mit dem Ausgleichszahlungen und Kinderabsetzbeträge für den Zeitraum Mai bis Dezember 2011 gewährt wurden, entschieden:

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

### Entscheidungsgründe

Der berufungswerbende polnische Staatsbürger M.S (in der Folge Bw.) stellte einen Antrag auf Differenzzahlung zur Familienbeihilfe für sein Kind J). Im Antrag gab er an, für die U in Österreich im Zeitraum vom 11. April bis 08. September 2011 und 19. September 2011 bis 21. Dezember 2011 tätig gewesen zu sein.

Das Finanzamt erließ am 31. August 2012 einen Ausgleichszahlungsbescheid (richtig: Differenzzahlungsbescheid) und gewährte dem Bw. von Mai 2011 bis Dezember 2011 eine Ausgleichszahlung samt Kinderabsetzbetrag in Höhe von € 1.172,99. Dieser Anspruch setzte sich zusammen aus einem berechneten Anspruch auf die österreichische Familienbeihilfe inklusive Kinderabsetzbetrag iHv € 1.310,40, von der der berechnete Anspruch auf die ausländische (polnische) Beihilfe iHv € 137,41 abgezogen wurde, da die Ehegattin des Bw. im Jahr 2011 eine berufliche Tätigkeit ausgeübt hatte.

Der Bw. brachte am 17. September 2012 die mit 10. September 2012 datierte Berufung gegen den Ausgleichszahlungsbescheid ein. Er begründete die Berufung im Wesentlichen damit, dass den beigefügten Lohnzetteln zu entnehmen sei, dass er seit dem 11. April 2011 in Österreich sozialversicherungspflichtig beschäftigt gewesen sei. Er habe in Polen keinen Anspruch auf Beihilfe gehabt, weshalb er Anspruch auf die österreichische Familienbeihilfe auch für den Monat April 2011 habe. Er verwies auf einen ähnlich gelagerten Fall des Unabhängigen Finanzsenates Wien RV/2989-W/10. Darin heißt es: " Wenn in einem der beiden Mitgliedstaaten, entweder im Beschäftigungsstaat oder im Wohnsitzstaat, ein Anspruch auf Beihilfe aufgrund der innerstaatlichen Rechtsvorschriften besteht, kann es auch zu keiner Kumulierung von Ansprüchen kommen. Deswegen sind in einem Fall wie dem vorliegenden die "Antikumulierungs-" Regeln der VO EWG 1408/71 sowie der DVO EWG 574/72 nicht anzuwenden. In diesem Fall ist somit nach den Vorschriften des Artikels 73 der VO EWG 1408/71 der Beschäftigungsstaat für die Familienleistungen zuständig (wiederum EuGH Rs C-543/03, Dodl und Oberholzenzer, Rz 63, vgl. auch UFS GZ Rv 1745-W/04). Ein Bescheid ist nur dann zu erlassen, insoweit einem Antrag auf Familienbeihilfe nicht oder nicht vollinhaltlich stattgegeben wird (§ 13 zweiter Satz FLAG ). Die Erlassung des Abweisungsbescheides durch die Finanzbehörde war daher rechtswidrig. Der Bescheid war ersatzlos aufzuheben." In Polen bestand kein Anspruch auf Beihilfe, da die Einkommensgrenze für die Gewährung nach polnischem Recht überschritten worden sei. Er beantrage die Gewährung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages für April 2011.

Aktenkundig ist das Formular E 411 (Anfrage betreffend den Anspruch auf Familienleistungen (Kindergeld) in dem Mitgliedstaat, in dem die Familienangehörigen wohnen). Darin wurde bekannt gegeben, dass die Ehefrau des Bw., DS, vom 1. April 2011 bis "nadal" eine berufliche Tätigkeit ausgeübt hat und dass in der Zeit von 1.04.2011 bis "nadal" die genannte Person keinen Antrag gestellt hat.

Aktenkundig ist ferner ein Auszug aus dem Heiratseintrag, ein Auszug aus dem Geburteneintrag sowie der Versicherungsdatenauszug.

Das Finanzamt wies mit Berufungsvorentscheidung vom 9. Oktober 2012 die Berufung ab. Begründend wurde auf die Art. 11 – 16, insbes. Art. 11 Abs. 1 – 3 der EU VO 883/2004 sowie Art. 59 der DVO verwiesen. Von den zuständigen polnischen Behörden sei mitgeteilt worden, dass kein Antrag auf Familienleistungen gestellt worden sei. Es bestehe aber grundsätzlich ein Anspruch auf polnische Familienleistung, weshalb diese bei Berechnung der Ausgleichszahlung in Abzug gebracht worden sei.

Der Bw. beantragte am 2. November 2012 die Entscheidung über die Berufung der Abgabenbehörde 2. Instanz vorzulegen. Die Behauptung, dass in Polen möglicherweise ein Anspruch auf Familienleistungen bestanden habe oder ein Anspruch auf vergleichbare Leistungen bestanden habe, wenn die Einkommensobergrenze überschritten werde, sei falsch. Zurzeit betrage die Obergrenze 539 PLN = ca. 130 € pro Familienmitglied.

Da er in Österreich im Jahr 2011 mehr als 10.000 € (brutto) verdient habe, habe er keinen Antrag gestellt. Unberechtigte Anträge würden in Polen gar nicht angenommen.

**Abgesehen davon sei seine Ehefrau nicht erwerbstätig. Sie sei Hausfrau und Mutter.** Für die Auszahlung der Familienbeihilfe sei der Beschäftigungsstaat zuständig.

Er beantrage die Gewährung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages für April 2011.

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

Nach [§ 2 Abs. 1 lit. a FLAG 1967](#) haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für ihre minderjährigen Kinder. Nach [§ 2 Abs. 8 FLAG 1967](#) haben nur Personen Anspruch auf Familienbeihilfe, die den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben.

Nach [§ 5 Abs. 3 FLAG 1967](#) besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

Nach [§ 53 Abs. 1 FLAG 1967](#) sind Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt. Hierbei ist der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraums nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten.

Im Berufungsfall ist die Verordnung (EG) 883/2004 des europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (idF: VO) anzuwenden.

Art. 11 Abs. 1 bis 3 der VO ("Allgemeine Regelung") lauten:

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

(2) Für die Zwecke dieses Titels wird bei Personen, die aufgrund oder infolge ihrer Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit eine Geldleistung beziehen, davon

ausgegangen, dass sie diese Beschäftigung oder Tätigkeit ausüben. Dies gilt nicht für Invaliditäts-, Alters- oder Hinterbliebenenrenten oder für Renten bei Arbeitsunfällen oder Berufskrankheiten oder für Geldleistungen bei Krankheit, die eine Behandlung von unbegrenzter Dauer abdecken.

(3) Vorbehaltlich der Artikel 12 bis 16 gilt Folgendes:

a) eine Person, die in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung oder selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats;...

Art. 67 der VO ("Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen") lautet:

"Eine Person hat auch für Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats, als ob die Familienangehörigen in diesem Mitgliedstaat wohnen würden. ...

Art 68 Abs. 1 und 2 der VO ("Prioritätsregeln bei Zusammentreffen von Ansprüchen") lauten:

"(1) Sind für denselben Zeitraum und für dieselben Familienangehörigen Leistungen nach den Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten zu gewähren, so gelten folgende Prioritätsregeln:

a) Sind Leistungen von mehreren Mitgliedstaaten aus unterschiedlichen Gründen zu gewähren, so gilt folgende Rangfolge: an erster Stelle stehen die durch eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgelösten Ansprüche, darauf folgen die durch den Bezug einer Rente ausgelösten Ansprüche und schließlich die durch den Wohnort ausgelösten Ansprüche.

b) Sind Leistungen von mehreren Mitgliedstaaten aus denselben Gründen zu gewähren, so richtet sich die Rangfolge nach den folgenden subsidiären Kriterien:

i) bei Ansprüchen, die durch eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder, unter der Voraussetzung, dass dort eine solche Tätigkeit ausgeübt wird, und subsidiär gegebenenfalls die nach den widerstreitenden Rechtsvorschriften zu gewährende höchste Leistung. Im letztgenannten Fall werden die Kosten für die Leistungen nach in der Durchführungsverordnung festgelegten Kriterien aufgeteilt;...

iii) bei Ansprüchen, die durch den Wohnort ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder.

(2) Bei Zusammentreffen von Ansprüchen werden die Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften gewährt, die nach Absatz 1 Vorrang haben. Ansprüche auf

Familienleistungen nach anderen widerstreitenden Rechtsvorschriften werden bis zur Höhe des nach den vorrangig geltenden Rechtsvorschriften vorgesehenen Betrags ausgesetzt; erforderlichenfalls ist ein Unterschiedsbetrag in Höhe des darüber hinausgehenden Betrags der Leistungen zu gewähren. Ein derartiger Unterschiedsbetrag muss jedoch nicht für Kinder gewährt werden, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, wenn der entsprechende Leistungsanspruch ausschließlich durch den Wohnort ausgelöst wird."

Artikel 59: Regelung für den Fall, in dem sich die anzuwendenden Rechtsvorschriften und/oder die Zuständigkeit für die Gewährung von Familienleistungen ändern.

"Ändern sich zwischen den Mitgliedstaaten während eines Kalendermonats die Rechtsvorschriften und/oder die Zuständigkeit für die Gewährung von Familienleistungen, so setzt der Träger, der die Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften gezahlt hat, nach denen die Leistungen zu Beginn dieses Monats gewährt wurden bis zum Ende des laufenden Monats fort."

Nach Art 68 Abs 1 lit b) sublit i) der VO gilt dann, wenn Leistungen von mehreren Mitgliedstaaten aus denselben Gründen zu gewähren sind, folgende subsidiäre Reihenfolge:

An erster Stelle steht der Wohnort der Kinder, unter der Voraussetzung, dass dort eine solche Tätigkeit ausgeübt wird.

Für die Feststellung, welcher Mitgliedstaat zur Zahlung verpflichtet ist, bedarf es daher der Beantwortung der Frage, ob die Gattin des Bw. im fraglichen Zeitraum eine Erwerbstätigkeit ausgeübt hat. Laut dem Verständigungsverfahren E 411 war die Gattin vom 1. April 2011 bis "nadal" erwerbstätig. Der Bw. hingegen bestreitet diesen Umstand. Seine Gattin sei nicht erwerbstätig gewesen, sondern Hausfrau und Mutter. Diesbezüglich finden sich keine Erhebungen im Akt. Der Sachverhalt ist damit nicht hinreichend erforscht, dass er einer abschließenden Beurteilung in Form eines Bescheides zugänglich wäre. Der Tatbestand des § 289 Abs. 1 BAO ist somit verwirklicht.

Es ist Sache der Finanzbehörde, die fehlenden Ermittlungen vor einer allfälligen Erlassung eines neuen Sachbescheides nachzuholen und die oben angeführte Frage der Erwerbstätigkeit der Ehegattin des Bw. in Polen einer Klärung zuzuführen.

Zweck der Kassationsmöglichkeit des § 289 Abs. 1 BAO ist die Entlastung der Abgabenbehörde zweiter Instanz und die Beschleunigung des zweitinstanzlichen Berufungsverfahrens. Zur diesbezüglichen Ermessensübung wies der Verwaltungsgerichtshof darauf hin (VwGH 21.11.2002, 2002/20/0315), dass die Anordnungen des Gesetzgebers über

ein zweitinstanzliches Verfahren unterlaufen würden, wenn es wegen des Unterbleibens eines Ermittlungsverfahrens in erster Instanz zu einer Verlagerung nahezu des gesamten Verfahrens vor die Berufungsbehörde käme und damit die Einrichtung von zwei Entscheidungsinstanzen zur bloßen Formsache würde. Es sei nicht im Sinne des Gesetzes, wenn die Berufungsbehörde, statt ihre umfassende Kontrollbefugnis wahrnehmen zu können, jene Behörde ist, die erstmals den entscheidungswesentlichen Sachverhalt ermittelt und einer Beurteilung unterzieht (Ritz, BAO, § 289, Tz 5).

Im Hinblick auf die vorzunehmenden Ermittlungen, insbesondere der Prüfung der Beschäftigung der Ehegattin des Bw im Zeitraum ab April 2011, was eine erstmalige Erforschung des Sachverhaltes darstellt, war der Aufhebung der Vorrang vor der Ermittlung des Sachverhaltes durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz zu geben, da es sich um mehr als eine notwendige Ergänzung des Ermittlungsverfahrens handelt. Da der Sachverhalt in dieser Form erstmalig erforscht werden muss, war das Ermessen auch im Hinblick auf die Wahrung des Parteiengehörs und vom Gesichtspunkt der Erhaltung des vollen Instanzenzuges für den Bw. in Richtung Aufhebung des Bescheides zu üben.

Darüber hinaus ist folgendes zu bemerken: Der Antrag auf Differenzzahlung umfasst den Zeitraum vom 11. April 2011 bis 8. September 2011 und vom 19. September bis 21. Dezember 2011. Ein Antrag auf Gewährung einer Ausgleichszahlung/Differenzzahlung, die als Familienbeihilfe gilt, wird nach der Verwaltungspraxis immer durch Erlassung eines Bescheides erledigt (vgl. Csaszar/Lenneis/Wanke FLAG Familienlastenausgleichsgesetz, Kommentar, § 13 Rz 3). Das Finanzamt hat bescheidmäßig über die Monate Mai 2011 bis Dezember 2011 abgesprochen. Nicht abgesprochen wurde über den vom Bw. auch beantragten Monat April 2011. Nach [§ 13 FLAG 1967](#) ist, insoweit einem Antrag nicht oder nicht vollinhaltlich stattzugeben ist, jedenfalls ein Bescheid zu erlassen. Die Änderungsbefugnis der Abgabenbehörde zweiter Instanz ist durch die Sache begrenzt. Sache ist die Angelegenheit, die den Inhalt des Spruches erster Instanz gebildet hat (VwGH 20.12.2001, 2001/16/0490, 0516 uam.).

Abschließend sei auf die Entscheidung des UFS Wien, RV/2989-W/10 und die dazu eingebaute Verwaltungsgerichtshofbeschwerde ZI. 2011/16/0227 hingewiesen.

Klagenfurt am Wörthersee, am 15. März 2013