



Bescheid

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw. gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 4/5/10 vom 20. Dezember 2012 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für die Monate Jänner bis März 2009, Mai 2009, Jänner bis Februar 2010, Dezember 2010 bis Februar 2011 und November 2011 bis Oktober 2012 für die Kinder x sowie für die Monate Februar bis März 2009, Mai 2009, Jänner bis Februar 2010, Dezember 2010 bis Februar 2011 und November 2011 bis Oktober 2012 für das Kind y entschieden:

Der angefochtene Bescheid vom 20. Dezember 2012 und die Berufungsvorentscheidung vom 24. Jänner 2013 werden gemäß § 289 Abs. 1 der Bundesabgabenordnung (BAO), BGBI. Nr. 194/1961 idgF, unter Zurückverweisung der Sache an die Abgabenbehörde erster Instanz aufgehoben.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.) brachte am 29. November 2012 für seine Kinder xx einen Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe ein. Im Zuge der Bearbeitung des gegenständlichen Antrages forderte das Finanzamt mit Bescheid vom 20. Dezember 2012 für die Kinder x1 für die Monate Jänner bis März 2009, Mai 2009, Jänner bis Februar 2010, Dezember 2010 bis Februar 2011 und November 2011 bis Oktober 2012 sowie für x2 für die Monate Februar bis März 2009, Mai 2009, Jänner bis Februar 2010, Dezember 2010 bis Februar 2011 und November 2011 bis Oktober 2012 sowohl die Familienbeihilfe als auch die Kinderabsetzbeträge zurück. Begründet wurde dies damit, dass Personen, denen der Status

von subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt werde, Familienbeihilfe nur dann zu gewähren sei, wenn diese oder ein anderes Familienmitglied keinen Anspruch auf eine Leistung aus der Grundversorgung haben würden und unselbstständig oder selbstständig erwerbstätig seien. Da der Bw. in den genannten Zeiträumen keiner Beschäftigung nachgegangen sei, sei wie im Spruch zu entscheiden gewesen.

Gleichzeitig wies das Finanzamt den seitens des Bw. für die genannten Kinder neuerlich gestellten Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe als unbegründet ab.

Mit Schreiben vom 9. Jänner 2013 (eingebracht beim Finanzamt am 14. Jänner 2013) brachte der Bw. gegen den Rückforderungsbescheid das Rechtsmittel der Berufung ein und begründete dies damit, dass ihm und seinen Kindern gemäß § 8 Asylgesetz 1997 der Status von subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt und gleichzeitig eine befristete Aufenthaltsberechtigung erteilt worden sei. Der Bw. sei Alleinverdiener, wohne mit den Kindern im gemeinsamen Haushalt und halte sich rechtmäßig in Österreich auf. Zudem sei der Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich. Aus dem beiliegenden Versicherungsdatenauszug seien die Beschäftigungszeiten des Bw. ersichtlich. Auch habe der Bw. sowohl sozialversicherungsrechtliche als auch steuerrechtliche Abgaben geleistet und in den Zeiträumen Kinderbetreuungsgeld und Kinderabsetzbeträge bezogen.

Der Bw. sei Bauarbeiter und unverschuldet bzw. saisonbedingt arbeitslos. Das Bemühen des Bw. sei aber immer gewesen, trotz finanzieller Schwierigkeiten für den Unterhalt selbst aufzukommen. Was die Grundversorgung betreffen würde, habe der Bw. für den gegenständlichen Zeitraum keinen Anspruch und habe auch keine entsprechenden Leistungen erhalten. Nach der Geburt der Kinder habe der Bw. Anträge auf Familienbeihilfe gestellt, da er sich legal im Inland aufgehalten habe und unselbstständig beschäftigt gewesen sei. Seitens des Finanzamtes sei auch Familienbeihilfe gewährt worden und habe der Bw. immer alle von der Behörde geforderten Unterlagen vorgelegt. Der Bw. sei daher der Ansicht gewesen, dass er die Familienbeihilfe zu Recht erhalten habe. Zudem seien die betreffenden Beträge im guten Glauben verbraucht worden und habe seitens des Bw. nie die Absicht bestanden, diese zu Unrecht beziehen zu wollen. Der Bezug der Familienbeihilfe sei weder durch unwahre Angaben noch durch Verschweigung maßgeblicher Tatsachen herbeigeführt worden.

Der Bw. sei nicht in der Lage den Rückforderungsbetrag zurückzuerstatten, weshalb auch der Antrag an die Oberbehörde gestellt werde gemäß § 236 BAO die Abgabenschuldigkeiten aus Gründen der Billigkeit nachzusehen bzw. abzuschreiben.

Gegenständlichem Schreiben legte der Bw. einen Sozialversicherungsdatenauszug sowie eine Kopie des Rückforderungsbescheides bei.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 24. Jänner 2013 wies das Finanzamt gegenständliche Berufung als unbegründet ab und führte unter Bezugnahme auf § 3 Abs. 4 FLAG 1967 aus, dass das Vorliegen einer selbständigen oder unselbständigen Erwerbstätigkeit eine der Grundvoraussetzungen für die Zuerkennung der Familienbeihilfe sei und eben diese in den vom Rückforderungsbescheid umfassten Zeiträumen nicht vorgelegen sei. Der Umstand, dass der Bw. vorübergehend ungewollt bzw. branchenbedingt nicht beschäftigt gewesen sei, sei dabei unerheblich.

Rechtzeitig brachte der Bw. einen Vorlageantrag ein. In diesem führte er aus, dass die tatsächliche Gewährung einer Grundversorgung ein die Familienbeihilfe ausschließender Umstand sei, jedoch die Gewährung einer Mindestsicherung nicht dazu führen könne, die Familienbeihilfe zu versagen.

Begründung:

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. a und lit. b FLAG 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder sowie weiters für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich war.

Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind hat gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 zufolge die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.

Zum Haushalt einer Person gehört gemäß § 2 Abs. 5 FLAG 1967 ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt.

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.

Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben gemäß § 3 Abs. 1 FLAG 1967 nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBI. I Nr. 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Anspruch auf Familienbeihilfe besteht § 3 Abs. 2 FLAG 1967 zufolge für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Gemäß § 3 Abs. 4 FLAG 1967 haben abweichend von Abs. 1 Personen, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde, Anspruch auf Familienbeihilfe, sofern sie keine Leistungen aus der Grundversorgung erhalten und unselbstständig oder selbstständig erwerbstätig sind. Anspruch besteht auch für Kinder, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde.

Gemäß § 5 Abs. 1 FLAG 1967 besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kalenderjahr, das nach dem Kalenderjahr liegt, in dem das Kind das 18. Lebensjahr vollendet hat und in dem es ein zu versteuerndes Einkommen (§ 33 Abs. 1 EStG 1988) bezogen hat, das den Betrag von 10.000 € übersteigt, wobei § 10 Abs. 2 nicht anzuwenden ist. Bei der Ermittlung des zu versteuernden Einkommens des Kindes bleiben außer Betracht:

a) das zu versteuernde Einkommen, das vor oder nach Zeiträumen erzielt wird, für die Anspruch auf Familienbeihilfe besteht.

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

Wie sich aus der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. VwGH v. 21.11.2012, ZI. 2012/16/0093 und v. 21.11.2012, 2009/16/0253) in Bezug auf den Familienbeihilfenanspruch von im Inland erwerbstätigen türkischen Staatsbürgern ergibt, erfolgt diesbezüglich auf Grund des den § 3 FLAG 1967 verdrängenden Art. 3 Abs. 1 ARB 3/80 eine Gleichstellung mit österreichischen Staatsangehörigen. Im Einzelnen führte der Verwaltungsgerichtshof dazu in seinem Erkenntnis vom 22.12.2011, 2009/16/0179 Folgendes aus:

“...

Art. 39 des Protokolls vom 23. November 1970 zum Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der (damaligen) Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei vom 12. September 1963 (im Namen der Gemeinschaft geschlossen, gebilligt und bestätigt durch den Beschluss 64/732/EWG des Rates vom 23. Dezember 1963, ABIEG 1964, Nr. 217) lautet:

„Art. 39 (1) Der Assoziationsrat erlässt vor dem Ende des ersten Jahres nach Inkrafttreten dieses Protokolls Bestimmungen auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer türkischer Staatsangehörigkeit, die von einem Mitgliedstaat in einen anderen zu- oder abwandern, sowie für deren in der Gemeinschaft wohnende Familien.

(2) Diese Bestimmungen müssen ...

(3) Die genannten Bestimmungen müssen die Zahlung der Familienzulagen für den Fall sicherstellen, dass die Familie des Arbeitnehmers in der Gemeinschaft wohnhaft ist.

...“

Gestützt auf Art. 39 des Protokolls erließ der durch das Abkommen geschaffene Assoziationsrat am 19. September 1980 den Beschluss Nr. 3/80 (im Folgenden: ARB 3/80). Nach Art. 1 ARB 3/80 hat für die Anwendung dieses Beschlusses der Ausdruck *Familienbeihilfen* die Bedeutung, wie er in Art. 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates definiert ist. Weiters bezeichnet der Ausdruck *"Arbeitnehmer"* u.a. jede Person, die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den Zweigen eines Systems der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer erfasst werden, pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist.

Der ARB 3/80 gilt nach seinem Art. 2 für Arbeitnehmer, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, und die türkische Staatsangehörige sind, und für die Familienangehörigen dieser Arbeitnehmer, die im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen.

Art. 3 Abs. 1 ARB 3/80 lautet:

"Art. 3 Die Personen, die im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen und für die dieser Beschluss gilt, haben die gleichen Rechte und Pflichten auf Grund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staats, soweit dieser Beschluss nichts anderes bestimmt."

Art. 4 Abs. 1 ARB 3/80 lautet:

"(1) Dieser Beschluss gilt für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, die folgende Leistungsarten betreffen:

...

h) *Familienleistungen."*

Dem Art. 3 Abs. 1 ARB 3/80 kommt unmittelbare Wirkung in den Mitgliedstaaten zu, er ist somit unmittelbar anwendbar (vgl. mit näherer Begründung das Urteil des EuGH vom 4. Mai 1999 in der Rs. C-262/96 (Sema Sürül), und das Urteil des EuGH vom 29. April 2004 in der Rs. C-373/02 (Sakir Öztürk)).

Für den persönlichen Anwendungsbereich des ARB 3/80 ist es ohne Belang, ob der türkische Staatsangehörige als Wanderarbeitnehmer nach Österreich eingereist ist oder aus anderen Gründen (vgl. etwa zu einem Asylwerber das Urteil des OGH vom 4. Mai 2010, 10 ObS 168/09t).

Für den Verwaltungsgerichtshof ist es daher nicht zweifelhaft, dass die Mitbeteiligte, welche türkische Staatsangehörige ist und im Streitzeitraum in Österreich auf Grund ihrer nichtselbständigen Beschäftigung in der Sozialversicherung zumindest gegen ein Risiko pflichtversichert war, in den Anwendungsbereich des ARB 3/80 fällt (vgl. dazu auch das Urteil des OGH vom 17. März 2009, 10 Ob 14/09w).

Auf Grund der Gleichstellung mit österreichischen Staatsangehörigen durch den insoweit § 3 Abs. 1 FLAG verdrängenden Art. 3 Abs. 1 ARB 3/80 war der Anspruch der Mitbeteiligten auf Familienbeihilfe sohin dahingehend zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 lit. a oder b FLAG erfüllt waren."

Ausgehend von diesen Rechtsausführungen wird zu gegenständlichem Fall Folgendes festgestellt:

Der Bw. befindet sich zumindest seit 1993 im Inland. Er ist türkischer Staatsbürger, verheiratet und Vater von vier Kindern (y1). Entsprechend den im Akt befindlichen Bescheiden des Bundesasylamtes hinsichtlich der Gewährung der Verlängerung einer befristeten Aufenthaltsberechtigung wurde sowohl dem Bw. (mit Bescheid vom c) als auch dessen Kindern und Ehegattin (jeweils mit Bescheid vom cc) der Status von subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt. Laut einem ebenfalls im Akt aufliegenden Sozialversicherungsdatenauszug war der Bw. zumindest seit dem Jahr 2007 nichtselbständig

erwerbstätig, und wechselten sich Zeiten, in denen der Bw. im Rahmen eines Dienstverhältnisses beschäftigt war mit jenen, in denen er Arbeitslosengeld oder Notstandshilfe bezog, ständig ab. In den vom Rückforderungsbescheid erfassten Zeiträumen bezog der Bw. laut vorliegendem Sozialversicherungsdatenauszug ausnahmslos Arbeitslosengeld bzw. Notstandshilfe, was zur Folge hatte, dass der Bw. in den betreffenden Monaten in der gesetzlichen Krankenversicherung pflichtversichert und folglich von einem der Zweige eines Systems der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer erfasst war. Der Bw. war somit „Arbeitnehmer“ im Sinne des Art. 1 ARB 3/80 und folglich unzweifelhaft vom Geltungsbereich des betreffenden Beschlusses Nr. 3/80 erfasst. Solcherart ergibt sich aus Art. 3 Abs. 1 des Beschlusses, dass der Bw. in Österreich unter denselben Voraussetzungen wie österreichische Staatsangehörige Anspruch auf eine im österreichischen Recht vorgesehene Leistung der sozialen Sicherheit hat. Der Umstand, dass dem Bw. und seiner Familie der Status von subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt wurde, steht der Anwendung des gegenständlichen Beschlusses nicht entgegen, zumal es nach Ansicht der Behörde unerheblich ist, ob es sich bei den in den betreffenden Anwendungsbereich fallenden Personen um Asylwerber oder subsidiär Schutzberechtigte handelt. Für subsidiär Schutzberechtigte kann nämlich diesbezüglich nichts anderes gelten als für Asylanten. Für den vorliegenden Fall bedeutet dies nun, dass dem Bw. für die vom Rückforderungsbescheid erfassten Zeiträumen Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge grundsätzlich zustehen, jedoch nur insoweit als jene Voraussetzungen, unter welchen auch österreichischen Staatsbürgern Familienbeihilfe zu gewähren ist, vorliegen.

Gemäß § 289 Abs. 1 BAO kann die Abgabenbehörde zweiter Instanz, wenn die Berufung weder zurückzuweisen (§ 273) noch als zurückgenommen (§ 85 Abs. 2, § 86a Abs. 1) oder als gegenstandslos (§ 256 Abs. 3, § 274) zu erklären ist, die Berufung durch Aufhebung des angefochtenen Bescheides und allfälliger Berufungsvorentscheidungen unter Zurückverweisung 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. Im weiteren Verfahren sind die Behörden an die für die Aufhebung maßgebliche, im Aufhebungsbescheid dargelegte Rechtsanschauung gebunden. Durch die Aufhebung des angefochtenen Bescheides tritt das Verfahren in die Lage zurück, in der es sich vor Erlassung dieses Bescheides befunden hat.

Bei der Beurteilung der Frage, ob nun dem Bw. für seine Kinder für die betreffenden Zeiträume Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge zustehen ist somit entscheidend, inwieweit auch einem österreichischen Staatsbürger Familienbeihilfe zustehen würde. Eine solche rechtliche Beurteilung ist jedoch mangels Vorliegens entsprechender

Ermittlungsergebnisse des Finanzamtes nicht möglich, stützt sich doch die Behörde in der Begründung des betreffenden Rückforderungsbescheides lediglich darauf, dass der Bw. entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen des § 3 Abs. 4 FLAG 1967 in den betreffenden Monaten keiner Beschäftigung nachgegangen ist. Die Behörde hat weder Ermittlungen darüber angestellt, ob sich die Kinder des Bw. in den betreffenden Zeiträumen im Inland aufgehalten haben noch ob diese dem Haushalt des Bw. (und seiner Ehegattin) zugehörig waren bzw. wer für den Fall des Nichtbestehens einer Haushaltzugehörigkeit überwiegend die Unterhaltskosten für die betreffenden Kinder getragen hat. Ebenso unterblieben Feststellungen, ob die Kinder des Bw. ab dem Zeitpunkt der Volljährigkeit einer Berufsausbildung im Sinne des § 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967 nachgegangen sind und gegebenenfalls die - einem Familienbeihilfenanspruch entgegenstehenden – Zuverdienstgrenzen des § 5 leg. cit. überschritten wurden.

In Anbetracht des Umstandes, dass der Bw. als im Inland wohnhafter türkischer Staatsbürger entsprechend den obigen Ausführungen österreichischen Staatsangehörigen in Bezug auf die Gewährung der Familienbeihilfe gleichgestellt ist, ist die seitens des Finanzamtes angegebene Begründung des Rückforderungsbescheides für sich allein keineswegs ausreichend, um eine abschließende Beurteilung hinsichtlich des Vorliegens eines Beihilfenanspruches des Bw. für seine Kinder vornehmen zu können. Da sich zu den im Zuge der rechtlichen Beurteilung aufgeworfenen Fragen laut Akteninhalt keine diesbezüglichen Anhaltspunkte oder Ermittlungsergebnisse finden, kann der Unabhängige Finanzsenat nicht feststellen, ob der Bw. für die vom Rückforderungsbescheid erfassten Monate die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Familienbeihilfe erfüllt hat. Der Sachverhalt ist damit nicht hinreichend erforscht, dass er einer abschließenden Beurteilung in Form eines Bescheides zugänglich wäre. Die Finanzbehörde hat Ermittlungen unterlassen, bei deren Durchführung ein anders lautender Bescheid hätte erlassen werden können oder eine Bescheiderlassung hätte unterbleiben können. Der Tatbestand des § 289 Abs. 1 BAO ist damit verwirklicht.

Es ist Sache der Finanzbehörde, die fehlenden Ermittlungsschritte vor der Erlassung eines neuen Sachbescheides nachzuholen und die oben angeführten Fragen betreffend des tatsächlichen Aufenthaltes, der Haushaltzugehörigkeit und der Berufsausbildung der Kinder des Bw. 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 zweistanzliches Verfahren unterlaufen werden 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 den Umfang der vorzunehmenden Ermittlungen, insbesondere der eingehenden Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen für den Bezug von Familienbeihilfe, was einer erstmaligen Erforschung des Sachverhaltes gleichkommt, 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.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 12. April 2013