



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vom 29. Juni 2009 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 4/5/10, vertreten durch ADir. Christine Nemeth, vom 27. Mai 2009 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum April 2007 bis April 2009 entschieden:

Der angefochtene Bescheid wird – ebenso wie die Berufungsvorentscheidung vom 2. bzw. 17.8.2009 - gemäß § 289 Abs. 1 der Bundesabgabenordnung (BAO), BGBl Nr. 1961/194 idgF, unter der Sache an die Abgabenbehörde erster Instanz aufgehoben.

Entscheidungsgründe

Am 31.7.2007 überreichte die Bw. dem Finanzamt einen Antrag auf Zuerkennung der Familienbeihilfe für ihre 2007 geborene Tochter ab „April“.

Die Bw. sei türkische Staatsbürgerin, am 29.3.2001 eingereist und verheiratet. Sie sei Studentin, ebenso wie ihr am 23.3.2001 eingereister Ehemann. Sie beantrage Familienbeihilfe für ihre am 12.4.2007 geborene Tochter A. Das Kind lebe mit Mutter und Vater im gemeinsamen Haushalt.

Beigelegt war dem Antrag eine Geburtsurkunde der Tochter und eine Übersetzung der Heiratsurkunde, aus der hervorgeht, dass die Bw. am 18.9.2003 in der Türkei geheiratet habe.

Einer Abfrage aus dem Zentralen Melderegister zufolge ist die Bw. seit 29.3.2006 an der im Antrag angeführten Adresse hauptgemeldet.

Aktenkundig ist ferner eine Kopie der Aufenthaltsbewilligung der Bw. für den Zeitraum 2.4.2007 bis 2.4.2008 unter dem Titel „Studierender“ und dem Vermerk „Arbeitsmarktzugang nur mit Arbeitsmarktdokument“ und der Aufenthaltsbewilligung für A unter dem Titel „Familiengemeinschaft“ für den Zeitraum 31.5.2007 bis 2.4.2008. Auch der Ehegatte der Bw. verfügte in der Zeit zwischen dem 31.12.2006 und dem 31.12.2007 über eine Aufenthaltsgenehmigung als „Studierender“ mit dem Vermerk „Arbeitsmarktzugang nur mit Arbeitsmarktdokument“.

Am 30.4.2008 wurden im Zuge einer Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe diese Angaben von der Bw. bestätigt und Kopien der damals aktuellen Aufenthaltsbestätigungen für den Zeitraum 3.4.2008 bis 3.4.2009 (Bw., Kind) und 1.1.2008 bis 1.1.2009 (Ehegatte der Bw.) beigelegt.

Nochmals wurden am 6.5.2009 im Zuge einer Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe diese Angaben von der Bw. bestätigt und Kopien der damals aktuellen Aufenthaltsbestätigungen für den Zeitraum 24.3.2009 bis 24.3.2010 (Bw., Kind) und 2.1.2009 bis 2.1.2010 (Ehegatte der Bw.) beigelegt. Beigefügt war ferner eine Kopie des Impfpasses des Kindes.

Am 27.5.2009 erließ das Finanzamt einen Rückforderungsbescheid bezüglich Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für A für den Zeitraum April 2007 bis April 2009.

In der Bescheidbegründung führte das Finanzamt aus, für Kinder, die nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besäßen, bestünde mangels intensiver Anbindung an Österreich kein Anspruch auf Familienbeihilfe, weil sie sich zwar gem. §§ 8 und 9 NAG zwar rechtmäßig, aber nur zu Ausbildungszwecken in Österreich aufhielten. Da die Bw. und ihr Gatte ein Visum für „Studierende“ hätten, sei wie im Spruch zu entscheiden gewesen.

Gegen diesen Bescheid erhob die Bw. mit beim Finanzamt Wien 4/5/10 am 30.6.2009 eingelangtem Schriftsatz vom 11.6.2009 wie folgt Berufung:

„Hiermit erhebe ich gegen den Bescheid vom 27.5.2009, zugestellt am 29.5.2009, mit welchem die vollständige Rückforderung der Familienleistungen für mein Kind vom April 2007 bis April 2009 verfügt wurde, in offener Frist Berufung und stelle die Anträge, den bekämpften Bescheid wegen inhaltlicher und formeller Rechtswidrigkeit sowie Aktenwidrigkeit aufzuheben und weiters den die Einhebung des in Streit stehenden Betrages gem. § 212a BAO bis zur Erledigung der Berufung auszusetzen.“

Sachverhalt

Die Bw. verfügt genauso wie ihr Ehegatte über eine Aufenthaltsbewilligung - Studierender gem. § 64 NAG und damit einen Aufenthaltstitel iSd. § 8 Abs. 1 Z. 5 NAG. Ihr Kind verfügt über Titel gem. § 69 leg.cit., was ebenfalls von § 8 Abs. 1 Z. 5 leg.cit. erfasst wird.

Die Berufungswerberin und ihr Gatte studieren seit 2001 (!) in ÖSTERREICH, daneben kam es - je nach Bewilligungslage - zu geringfügiger Erwerbstätigkeit bzw. selbständiger Erbringung von Werkleistungen durch den Gatten.

Mit Geburt des Kindes wurde ab April 2007 in Kenntnis des vollständigen Sachverhalts mit Bescheid des Wohnsitzfinanzamts Familienbeihilfe für das Kind gewährt.

Nunmehr wurde mit der Begründung, die Berufungswerberin und ihr Gatte hätten ein "Visum für Studierende", hielten sich deshalb rechtmäßig, aber nur vorübergehend in Österreich auf und hätte aus diesem Grund keinen Anspruch auf Familienbeihilfe für das Kind, die Rückforderung erhoben.

Materielle Rechtswidrigkeit

In der gegenwärtigen Fassung des FLAG wird für die Gewährung von Familienbeihilfe für Personen nichtösterreichischer Staatsangehörigkeit gefordert, dass

sie sich gem. §§ 8 und 9 NAG rechtmäßig im Inland aufhalten (§ 3 Abs. 1 und 2 FLAG),

der Anspruchsberechtigte seinen Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich hat (§ 2 Abs. 8 FLAG), und

die Kinder sich nicht ständig im Ausland aufhalten (§ 5 Abs. 3 FLAG)

Sämtliche Voraussetzungen sind im vorliegenden Sachverhalt erfüllt. Die belangte Behörde folgert wohl aus der zweiten Voraussetzung, dass ein Inhaber einer „Aufenthaltsbewilligung - Studierender“ seinen Mittelpunkt der Lebensinteressen nicht in Österreich hätte. Die grobe Unkenntnis der Rechtslage ist auch dadurch zu untermauern, dass im bekämpften Bescheid von einem „Visum für Studierende“ die Rede ist. Visa sind Sichtvermerks für den kurzfristigen Aufenthalt von bis zu drei Monaten im Halbjahr, max. aber 6 Monaten im Kalenderjahr und könnten allenfalls für kurze Studienaustauschprogramme erteilt werden. Die Berufungswerberin und ihr Gatte halten sich hingegen nachweislich mit Aufenthaltstitel auf, die für eine „Niederlassung“ iSd. Materiegesetzes eben erforderlich sind.

Die Interpretation der belangten Behörde, die aus rein innerstaatlichen Hauptwohnsitzbestimmungen herrühren mag, ist im vorliegenden Sachverhalt aber aus mehreren Gründen unrichtig:

In der lex specialis zur Beurteilung des aufenthaltsrechtlichen Status eines Fremden, dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG), BGBl. 100/2005 idF BGBl. 157/2005, wird in § 2 Abs. 2 „Niederlassung“ mit der Begründung eines Wohnsitzes für die Dauer von mehr als 6 Monaten und der Begründung des Mittelpunkts der Lebensinteressen definiert. Würde also der Aufenthalt zu Studienzwecken nicht darunter subsumiert werden, so wäre das NAG nicht auf diese Personen anwendbar und ihr Aufenthalt mit Visa gem. Fremdenpolizeigesetz zu erlauben.

In den EB zum NAG wird folgrichtig festgehalten,

Die drei taxativ ausgezählten Zwecke stellen einerseits auf eine längere Dauer des Aufenthalts und die Begründung eines Wohnsitzes (Z 1 und Z 2) und andererseits auf die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit (Z 3) ab.

wobei allenfalls diskutiert werden könnte, ob bei Erfüllung der Z.3 - Erwerbstätigkeit - die Z.1 - Aufenthaltsdauer - ebenfalls Voraussetzung ist.

Sollte aus der Definition der Aufenthaltsbewilligung des § 8 Abs. 1 Z. 5

„Aufenthaltsbewilligung“ für einen vorübergehenden befristeten Aufenthalt im Bundesgebiet zu einem bestimmten Zweck (§§ 58 bis 69 und § 72) mit der Möglichkeit, anschließend eine Niederlassungsbewilligung zu erlangen, sofern dies in diesem Bundesgesetz vorgesehen ist.

gefolgert werden, dass nur Aufenthaltsbewilligungen erfasst sind, die eine „Überleitung“ beinhalten (im Bescheid „... nicht in einen anderen Titel umgewandelt.“), so ist dies eine durch nichts begründbare und rein willkürliche Argumentation, die von Unkenntnis des NAG zeigt.

Der Gesetzgeber wollte derartige Unterscheidungen nicht normieren, s. dazu erneut die EB zur Regierungsvorlage:

Nach Abs. 1 sind insgesamt fünf Arten von Aufenthaltstiteln vorgesehen. Neben dem Aufenthaltstitel „Niederlassungsbewilligung“ (§§ 45 ff.) sind die übrigen Aufenthaltstitel neu und ergeben in Umsetzung mehrerer EG-Richtlinien: Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ (§ 51), Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt-EG“ (§ 52), Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ mit Daueraufenthalt (§ 53) und „Aufenthaltsbewilligung“ (§§ 62 ff.). Die bisher im § 7 Abs. 1 Fremdenengesetz vorgesehenen Aufenthaltstitel „Aufenthaltserlaubnis“ und „Niederlassungsnachweis (langfristige Aufenthaltsberechtigung - EG)“ entfallen.

Die einzelnen Aufenthaltstitel unterscheiden sich hinsichtlich der Aufenthaltsdauer (befristet oder unbefristet) und dem Aufenthaltswort, der jeweils im Besonderen Teil näher bestimmt ist (§§ 45 bis 80).

Daraus folgt unmittelbar, dass die „Aufenthaltsbewilligungen“ der §§ 62ff eine, einzige Kategorie darstellen. Auch enthält das NAG zu keinem Aufenthaltstitel eine „automatische“ Umwandlung und erfolgen sämtliche Verlängerungen oder auch Zweckänderungen auf Antrag. Dies wird in ständiger Rechtsprechung des VwGH überdies gefordert und wäre die

„Umdeutung“ eines Antrags allenfalls Grundlage einer Aufhebung eines Bescheides (vgl. VwGHE 2004/09/0201 vom 30.1.2006).

Eine - von nicht im Inland geborenen und immer nur in Österreich lebenden Personen niemals zu erfüllende - Ausschließlichkeit bezüglich weiterer Wohnsitze wurde vom VwGH unter Zitierung von Vorjudikatur in somit dauernder Rechtsprechung gerade zur Frage der Gewährung von Familienbeihilfe explizit verworfen (Hervorhebungen durch den Verfasser):

*Da § 2 Abs. 8 FLAG das Vorliegen zweier Wohnsitze voraussetzt, kann - entgegen der Auffassung der belangten Behörde - der spanische Wohnsitz der Beschwerdeführerin bei der vorzunehmenden Gewichtung der persönlichen Umstände nicht neuerlich in die Waagschale fallen. Gemäß § 2 Abs. 8 FLAG ist nämlich lediglich **ein Vergleich** zwischen den Beziehungen zu den in Betracht kommenden Staaten zu ziehen, weshalb **nicht verlangt werden darf**, dass die persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen **ausschließlich Österreich gelten** (vgl. hg. Erkenntnisse vom 20. Februar 1976, Zl. 1286175 und vom 6. März 1977, Zl. 933/76); Auch denn von der belangten Behörde erwähnten hg. Erkenntnis v. 25. Jänner 1984, Zl. 82/13/0012, kann nichts Gegenteiliges entnommen werden, konnte doch die damalige Bf. bloß die Existenz einer Mietwohnung im Inland ins Treffen führen, während sie selbst mit ihren Kindern (von Urlaubsaufenthalten abgesehen) ständig im Ausland wohnte. Die Dauer des Aufenthaltes der Beschwerdeführerin in Spanien VOR ihrer Übersiedlung nach B ist rechtlich ohne Bedeutung, da gerade DURCH die Übersiedlung mit mehreren Kindern die nunmehrige Absicht der Bf., zumindest für einen gewissen Zeitraum ihre Lebensinteressen nach Österreich zu verlegen, deutlich geworden ist.*

Ob des rechtmäßigen Aufenthalts der Berufungswerberin und ihres Gatten seit 2001 (!) und auch den gelegentlichen Erwerbstätigkeiten des Gatten kann nicht bezweifelt werden, dass der Mittelpunkt der Lebensinteressen sowohl der Eltern als auch des Kindes in ÖSTERREICH liegt.

Unwiederholbarkeit von Bescheiden

Die Entscheidung über die Gewährung von Familienbeihilfe bzw. Kinderabsetzbetrag ist mit Bescheiden nach vollständiger Darlegung des Sachverhalts getroffen worden.

Eine Änderung des Sachverhalts seit April 2007 liegt nicht vor, genauso wenig wurden FLAG bzw. NAG in diesem Zeitraum in sachverhaltsrelevanten Bestimmungen novelliert. Damit ist die Unwiederholbarkeit des Bescheides ist eingetreten. Die nunmehr anders lautende Grundannahme, es würde nun ein „vorübergehender“ Aufenthalt vorliegen, der die Gewährung von Familienbeihilfe ausschließe, ist nicht nur materiell-rechtlich nicht gedeckt, sondern verstößt eben gegen den Grundsatz „ne bis in idem“. Dies wird von sämtlichen Höchstgerichten in ständiger Rechtsprechung bestätigt:

1. Diese Unwiederholbarkeit meint z.B. der BGH (13.6.1936, A183/36), wenn davon gesprochen wird, dass es im „Wesen der Rechtskraft“ liege, dass nach ihrem Eintritt die Gesetzmäßigkeit einer Entscheidung nicht mehr überprüft werden kann. VfSlg. 6957 sagt, dass die Rechtskraft bei unverändertem Sachverhalt und unveränderter Rechtslage das Prozesshindernis der rechtskräftig entschiedenen Sache bewirke (im gleichen Sinn VwSlg. 15.276 A, VwSlgNF 1322 A, 4187 A). Zutreffend hat der VwGH ausgesprochen, dass eine Behörde in Anbetracht der entschiedenen

Sache nicht berechtigt ist, neuerlich zu entscheiden (VwGH 21.10.1977, Zl. 1086/77, vgl. auch VwGH 23.5.1978, Zl. 2955/76; 3.10.1980, Zl. 3451178)...

2. Ergeht in derselben Sache, die unanfechtbar und unwiderrufbar entschieden wurde, eine neue Entscheidung, so ist diese inhaltlich rechtswidrig (VwSlgNF 12.999 A) und verletzt das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf den gesetzlichen Richter (VfSlg. 4902, 5486, 6744, 6930, 10.086 uam; vgl. aber VfSlg 10.240)...

Es ist also festzuhalten, dass eine neuerliche Entscheidung über die Anspruchsberechtigung der Familienleistungen denkunmöglich ist, wenn die Behörde keine grobe Dienstpflichtverletzung begehen möchte, die nach obigen Ausführungen nur noch in Wissentlichkeit erfolgen könnte.

Es sei darauf verwiesen, dass die bei angenommener Fehlentscheidung der im Jänner 2008 bescheiderlassenden Behörde vielmehr das Instrument der Wiederaufnahme des Verfahrens zu wählen wäre. Allerdings sind die Kriterien des § 303 BAO ebenso wenig erfüllt, weil sämtliche Elemente des Sachverhalts offen gelegt worden waren und auch keine Vorfrage bei einer anderen Behörde anhängig war, womit die Voraussetzungen der amtswegigen Wiederaufnahme fehlen!

Formelle Rechtswidrigkeit

Gemäß § 58 Abs. 2 AVG sind Bescheide zu begründen, wenn dem Standpunkt einer Partei nicht vollinhaltlich Rechnung getragen wird.

In der entsprechenden Begründung sind die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens und die bei der Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen anzuführen, die darauf gestützte Beurteilung der Rechtsfrage ist klar und übersichtlich zusammenzufassen.

Gemäß regelmäßiger Judikatur des VwGH kann ein Begründungsmangel einen wesentlichen Verfahrensmangel i S d § 42 Abs. 2 Z 3 AVG darstellen. Ein knapper Hinweis auf das Unvermögen, keine Ungleichbehandlung zu erkennen, kann der behördlichen Begründungspflicht ebenso wenig entsprechen, wie eine alleinige Bezugnahme auf den Grundsatz der freien Beweiswürdigung. (vgl. VwGH 82/12/0079; VwGH 82/11/0087; VwGH 86/07/0244)

Im gegenwärtigen Bescheid wurde in keiner logisch nachvollziehbaren Weise ausgeführt, worin die belangte Behörde eine sachliche Begründung für die Annahme sieht, der Mittelpunkt der Lebensinteressen würde nicht in Österreich liegen. Aus der Textierung des erstinstanzlichen Bescheides lässt sich neben widersprüchlichen Ansätzen, den Sachverhalt zu erfassen, nicht ernsthaft der Versuch einer Argumentation entnehmen, derzufolge die Forderung des § 3 Abs. 1 und 2 FLAG nach Aufenthalt gem. §§ 8 und 9 NAG „gleichsam ex

lege" nicht erfüllt wäre. Dies ist den gesetzlichen Bestimmungen aber eben so nicht zu entnehmen.

Es ist also festzustellen, dass der gegenständliche Bescheid mangels ausreichender Begründung der behördlichen Entscheidung auch mit formeller Rechtswidrigkeit belastet ist.

Aktenkundig ist eine Abfrage aus dem Zentralen Melderegister vom 2.7.2009, wonach die Bw. seit 25.4.2001 über einen Wohnsitz (seit 29.5.2002 über den Hauptwohnsitz) in Wien verfügt, lediglich von 22.12.2005 bis 29.3.2006 bestand (offenbar nach einem Wohnungswechsel) keine aufrechte Meldung. Der Ehegatte der Bw. ist seit 27.3.2001 durchgehend aufrecht in Wien (seit 2002 mit Hauptwohnsitz) gemeldet, die Tochter seit 27.4.2007.

Laut aktenskundigen Versicherungsdatenauszügen war die Bw. von 1.1.2004 bis 31.3.2004 und ist wiederum seit 26.6.2009 selbständig krankenversichert; ihr Gatte war von 1.1.2004 bis 28.2.2008 teilweise selbständig krankenversichert, teilweise als geringfügig beschäftigter Arbeiter bei einem Zeitungsverlag.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 2.7.2009 bzw. 17.8.2009 wies das Finanzamt Wien 4/5/10 die Berufung gegen den Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge vom 27.5.2009 („Familienbeihilfe, Kinderabsetzbetrag für das Kind I A B, geb. am 12.04.2007“) als unbegründet ab:

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

Gem. § 8 Abs. 1 Z 5 NAG werden Aufenthaltstitel als Aufenthaltsbewilligung für einen vorübergehenden befristeten Aufenthalt im Bundesgebiet zu einem bestimmten Zweck erteilt, mit der Möglichkeit, anschließend eine Niederlassungsbewilligung zu erlangen, sofern dies in einem Bundesgesetz vorgesehen ist.

Für ausländische Studierende in Österreich mit einer Aufenthaltsbewilligung „Studierende“ besteht trotz rechtmäßigen Aufenthalt kein Familienbeihilfenanspruch, da sich diese Personen für Ausbildungszwecke in Österreich aufhalten.

Der befristete Aufenthaltstitel wird nur jeweils für Ausbildungszwecke, ohne Umwandlung in einen anderen Titel nach Ausbildungsabschluss, ausgestellt.

Vom Finanzamt wird weiterhin ein beschränkter Aufenthalt angenommen, der allein zu Studienzwecken dient, da in erster Linie die zuständige Behörde über den jeweiligen Titel der Aufenthaltsbewilligung zu entscheiden hat.

Gemäß § 26 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 hat derjenige, der zu Unrecht Familienbeihilfe bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen, soweit der unrechtmäßige Bezug nicht ausschließlich durch eine unrichtige Auszahlung durch eine in § 46 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 genannte Gebietskörperschaft oder gemeinnützige Krankenanstalt verursacht worden ist.

Die Verpflichtung zur Rückzahlung von zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe ist sehr weitgehend, zumal sie ausschließlich auf objektiven Sachverhalten beruht und auf subjektive Momente, wie Verschulden und Gutgläubigkeit, keine Rücksicht nimmt. Die Rückzahlungspflicht besteht daher auch dann, wenn der unrechtmäßige Bezug ausschließlich auf einer Fehlleistung der Abgabenbehörde beruht. Die Berufung war als unbegründet abzuweisen.“

Nach der Aktenlage wurde die Berufungsvorentscheidung des Finanzamts Wien 4/5/10 vom 2.7.2009 – nach einem vergeblichen Zustellversuch am 10.7.2009 – durch Hinterlegung am 20.8.2009 (Zustellversuch am 19.8.2009, versendet mit Datum 17.8.2009) zugestellt.

Die Bw. bevollmächtigte am 2.9.2009 schriftlich Dipl.-Ing. P M, MBA, per Adresse „HH“, unter anderem, sie in allen „asyl-, paß-, aufenthalts-, fremden- und beihilfenrechtlichen Angelegenheiten“ zu vertreten und Zustellungen entgegen zu nehmen.

Wie Ermittlungen des Finanzamtes ergaben, wurde am 17.9.2009 unter anderem ein Vorlageantrag folgenden Inhalts zur Post gegeben:

„Hiermit stelle ich zur Berufungsvorentscheidung vom 17.8.2009, hinterlegt am 19.8.2009, mit welchem die vollständige Rückforderung der Familienleistungen für mein Kind vom April 2007 bis April 2009 in Abweisung meines Antrags bestätigt wurde, in offener Frist

den Antrag, die Berufung gegen den bekämpften Bescheid der sachlich zuständigen Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Erledigung vorzulegen und erneuere den Antrag,

den bekämpften Bescheid wegen inhaltlicher und formeller Rechtswidrigkeit sowie Aktenwidrigkeit aufzuheben, und weiters

den die Einhebung des in Streit stehenden Betrages gem. § 212a BAO bis zur Erledigung der Berufung auszusetzen.

Sachverhalt

Die belangte Behörde hat die Berufungsvorentscheidung auf die sinnwidrige Begründung gestützt, dass der Bezug von Familienbeihilfe einen rechtmäßigen Aufenthalt gem. §§ 8 und 9 NAG voraussetze und ich mich gem. § 8 Abs. 1 Z. 5 NAG in ÖSTERREICH aufhalte. Die weiteren Ausführungen sind nicht durch eine Angabe von Gesetzesstellen untermauert.

Materielle & formelle Rechtswidrigkeit

Zu den rechtlichen Erwägungen sei auf die Ausführungen in der Berufung verwiesen.

Fehlende Rechtsgrundlagen/Zeitliche Betrachtung

Der belangten Behörde war die Tatsache, dass ich mich zu Studienzwecken in ÖSTERREICH aufhalte, zu jeder Zeit bekannt. Auch hier ist die Berufungsvorentscheidung denklogisch nicht nachvollziehbar: Die Behörde führt zunächst aus, dass gem. § 26 Abs. 1 FLAG Beiträge zurückzuzahlen sind, soweit die (vermeintlich) unrichtige Auszahlung nicht ausschließlich durch eine Behörde verursacht wurde - was im gegenständlichen Fall erfolgt ist - und meint zusammenhanglos einige Zeilen später, dass die Rückzahlungspflicht auch bei ausschließlicher Fehlleistung der Behörde gem. § 46 FLAG bestünde.

Die zitierten Rechtsquellen existieren in dieser Form nicht (mehr); Wenn die belangte Behörde für den Zeitraum bis 1.6.2008 die frühere Fassung des FLAG anwendet, so ist eben darauf zu verweisen, dass weder eine Änderung des Status der BW noch des NAG erfolgt ist und es sich um kein Versehen der Behörde handelt, sondern um einen positiven Rechtsakt. Eine Rückforderung wäre allein deshalb nur für den Zeitraum ab 1.6.2008 denkbar, wobei auch diesfalls gem. § 26 Abs. 4 FLAG idF BGB1. 103/2007 die Oberbehörden ermächtigt sind, von einer Rückforderung abzusehen wenn - wie im vorliegenden Fall - unbillige Härten auftreten würden.

Die in größtem umfang fehlende Sorgfalt der bescheiderlassenden Behörde wird allenfalls dienst- und strafrechtlich zu untersuchen sein.“

Ferner wurde – nicht Gegenstand dieses Verfahrens – gegen einen Bescheid vom 13.7.2009, mit welchem der Ablauf der Aussetzung der Einhebung verfügt wurde, berufen:

„Hiermit erhebe ich gegen den Bescheid vom 13.7.2009, Zustellung nicht nachvollziehbar, mit welchem die bewilligte Aussetzung der Einhebung der Rückforderung der Familienleistungen für mein Kind vom April 2007 bis April 2009 für abgelaufen erklärt wurde, in offener Frist Berufung und stelle die Anträge,

die Berufung wegen fehlender Rechtskraft des Bescheides zurückzuweisen

den bekämpften Bescheid wegen unrichtiger Rechtsgrundlage gem. § 299 BAO aufzuheben, und weiters

den die Einhebung es in Streit stehenden Betrages gem. 212a BAO bis zur Erledigung der Berufung auszusetzen.

Sachverhalt

Die Berufungswerberin verfügt genauso wie ihr Ehegatte über eine Aufenthaltsbewilligung - Studierender gem. § 64 NAG und damit einen Aufenthaltstitel iSd. § 8 Abs. 1 Z. 5 NAG. Ihr Kind verfügt über Titel gem. § 69 leg.cit., was ebenfalls von § 8 Abs. 1 Z. 5 leg.cit. erfasst wird. Das Verfahren zur Rückforderung vermeintlich zu Unrecht bezogener Beiträge ist in Berufung anhängig (Vorlageantrag an die Oberbehörde vom 9.9.2009).

Zunächst wurde mit Bescheid vom 2.7.2009 die Aussetzung der Einhebung bewilligt.

Ebenfalls mit am Dokument zunächst vermerktem Datum 2.7.2009 wurde eine Berufungsvorentscheidung verfasst, mit welcher die Berufung abgewiesen wurde.

Auf dieser Grundlage wurde mit dem bekämpften Bescheid (Datum 13.7.2009) der Ablauf der Aussetzung verfügt.

Allerdings wurde der zugrunde liegende Bescheid nicht im Juli 2009 zugestellt, sondern später mit einem Datumsstempel als Bescheid vom 12.8.2009 gekennzeichnet und der BW schlussendlich am 19.8.2009 zugestellt.

Das mag durch die Abwesenheitsmeldung der BW, die sich ab 7.7.2009 nicht in Österreich aufgehalten hat, zusammenhängen, ist aber aus den vorliegenden Akten weder nachvollziehbar noch ist es notwendig, dies zu erforschen: Der zugrunde liegende Bescheid wurde nachweislich mit 19.8.2009 zugestellt und hat damit davor keine Rechtskraft besessen.

Das nicht als RSa- oder RSb-Schreiben versandte Kuvert mit dem bekämpften Bescheid ist der BW nach Rückkehr am 29.8.2009 am 1.9.2009 zugegangen.

Rechtliche Erwägungen

Zunächst soll die Frage erörtert werden, ob der Bescheid mangels Rechtskraft überhaupt als im Rechtsbestand anzusehen ist. In der Folge wird für den Fall der Verneinung der absoluten Nichtigkeit der Antrag auf Aufhebung gem. § 299 BAO gestellt, und aus advokatorischer Sorgfalt heraus zuletzt der neuerliche Aussetzungsantrag eingebracht.

Zur Frage der Nichtigkeit

Der mit 13.7.2009 datierte Bescheid ist auf Grundlage der Berufungsvorentscheidung ergangen, welche irrigerweise als am 2.7.2009 getroffen angesehen wurde die Erlangung des Bescheidcharakters durch Zustellung angenommen wurde. Dies ist aber im vorliegenden Fall unrichtig und fehlt damit die Grundlage des Ablaufs einer Aussetzung der Einhebung völlig.

Nun darf nach ständiger Rechtsprechung des VfGH das Vorliegen eines Bescheides nicht zu Lasten einer Partei angenommen werden (Walter-Thienel, Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze, Band I, zu § 58 AVG; Manz, Wien 1998). Die gegebene Begründung - die Erlassung einer Berufungsvorentscheidung - stellt eine notwendige Verbindung der beiden Bescheide her, welche mangels Berufungsvorentscheidung eben jede Grundlage des gegenständlichen Bescheides vernichtet. Untersucht man anhand des Fehlerkalküls die Frage, ob allenfalls ein derartiger Bescheid für nichtig erklärt werden könne und deshalb zunächst Bestand hätte (eben rechtswidrig, aber kein Nichtbescheid wäre), so gibt es weder in der BAO noch im AVG einen Aufhebungsgrund „wegen fehlender rechtlicher Grundlage“.

Wenn der VfGH eine Nichtigkeit herbeiführende Verkürzung des Rechtsschutzes etwa in der Unterlassung der gebotenen Verwendung einer Minderheitensprache (VwGHE vom 21.11.1983, Zl. 83/10/0231) oder - zu Bestimmungen der BAO - der unrichtigen Adressierung an die Bescheidempfänger (trotz mündlicher Verkündung vor allen beteiligten (VwGHE vom 10.3.1992, Zl. 92/07/0047) sieht, so ist die Heranziehung einer nicht existenten Rechtsgrundlage wohl ein noch schwerwiegenderer Fehler.

Besteht nun absolute Nichtigkeit, ist die Berufung zurückzuweisen; dass dies im Verfahren durch Begehrung einer Berufungsentscheidung festzustellen ist, schlägt an der Nichtigkeit nichts (s. auch Walter-Mayer, Verwaltungsverfahrensrecht, Rz. 447; Manz, Wien 1999 7. Auflage)

Zur Aufhebung des Bescheides

Geht die belangte Behörde allerdings davon aus, dass der bekämpfte Bescheid allenfalls rechtswidrig, aber wohl im Rechtsbestand vorhanden ist, wird gem. § 299 BAO beantragt, den Bescheid abzuändern, da sich der Spruch jedenfalls als unrichtig erwiesen hat.

Ob hilfsweise § 295 Abs. 3 BAO heranzuziehen ist, weil „bei seiner Erlassung ein anderer Bescheid bereits abgeändert, aufgehoben oder erlassen gewesen [ist]“, mag in Prüfung gezogen werden, allerdings ist auch in leg.cit. das Fehlen des zugrunde liegenden Bescheides eben nicht als Abänderungsgrund abgeführt, was wieder ein schwerwiegendes Indiz der absoluten Nichtigkeit ist.

Es darf ob der Urlaubsabwesenheit darauf verwiesen werden, dass zum vorliegenden Sachverhalt die Annahme eines rechtswirksamen Zukommens vor dem 16.8.2009 und somit Verfristung der Berufung nicht nur die Nichtigkeit nach obigen Ausführungen erneut untermauern würde, sondern nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zu prüfen wäre, ob die Meldeadresse in 1100 Wien, I-Straße, als Zustelladresse iSd. § 4 ZustellG anzusehen gewesen ist. Hier mag eine Judikaturdifferenz zwischen VwGH und OGH bestehen, bei welcher Abwesenheitsdauer von einem Untergang der Abgabestelle auszugehen ist. Eindeutig ist bloß, dass eine 4-tägige Abwesenheit der Charakter eines Wohnsitzes als Abgabestelle weiter besteht (VwGH 88/02/0010) Umgekehrt ist bei mehrmonatiger Abwesenheit nicht vom Vorliegen einer Abgabestelle auszugehen (VwGH 88/10/0069)

Zu einer rd. 9-tägige Abwesenheit wie im vorliegenden Fall unterscheidet sich die Rechtsprechung: Während der VwGH bei Ortsabwesenheit von einer Woche das Bestehen einer Abgabe stelle in Frage stellt (VwSlg. 11.575A/1984, aber auch VwGH 87/09/0262) ist nach der Rechtsprechung des OGH auch bei „ein- oder zweiwöchiger Abwesenheit“ keine Aufgabe der Abgabestelle anzunehmen (OGH SZ 60/74):

*Eine vorübergehende Abwesenheit von der Abgabestelle, welche die Zustellung durch Hinterlegung unzulässig machen bzw. die Anwendung des dritten Satzes des § 17 Abs. 3 ZustellG nach sich ziehen würde, liegt nur dann vor; wenn der Empfänger dadurch gehindert ist, Zustellvorgänge im Bereich des Zustellortes wahrzunehmen, wie **z.B. im Fall einer Reise, eines Urlaubes** oder eines Krankenaufenthaltes (Hinweis auf E 12.9.1985, 85/06/0118, VwSlg. 11850 A/1985).*

Der VwGH löst mit derartigen Formulierungen aber - durchaus praxisnahe - das Problem, ob

- *Durch Entfall der Abgabestelle eine Hinterlegung grundsätzlich unzulässig ist und allenfalls von einer Heilung gem. § 7 ZustellG ausgegangen werden kann, wobei mit Zukommen der Sendung der Fristenlauf ausgelöst wird, oder*
- *Der Fall des § 17 Abs. 3 ZustellG 3. Satz eintritt, demzufolge der Fristenlauf mit dem der Rückkehr folgenden Tag beginnt.*

Im vorliegenden Fall ist mit rund 7-wöchiger Abwesenheit und Rückkehr am 29.8.2009 und dem Zukommen am 1.9.2009 in beiden „Lösungswegen“ von einer Wirksamkeit der Zustellung per 1.9.2009 auszugehen.

Neuerlicher Antrag auf Aussetzung der Einhebung

Die BW stellt neuerlich den Antrag auf Aussetzung der Einhebung gem. § 212a BAO, da die Voraussetzungen weiterhin gegeben sind und hohe Erfolgsaussichten bestehen: Es sind Entscheidungen des UFS bekannt sind, in denen ein Titel gem. § 8 Abs. 1 Z. 5 sehr wohl als ausreichend erkannt wurde.

Überdies ist die Rückforderung gem. § 26 FLAG idgF. die Oberbehörde zur Prüfung, ob die Rückzahlung unbillig wäre, exklusiv berufen und hat in Ausübung des Aufsichtsrechts die nachgeordneten Abgabenbehörden dementsprechend anzuweisen; es widerspricht dem Sinn dieser Bestimmung, zuvor vollendete Tatsachen zu schaffen.“

Mit beim UFS am 9.12.2009 eingelangtem Bericht legte das Finanzamt Wien 4/5/10 die Berufung gegen den Rückforderungsbescheid vom 27.5.2009 dem Unabhängigen Finanzsenat als Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung vor.

Mit Bescheid vom 19.1.2010 wurde Dipl.-Ing. P M vom Finanzamt Wien 4/5/10 gemäß § 84 Abs. 1 BAO als Bevollmächtigter der Bw. in allen Verfahren bei diesem Finanzamt abgelehnt und die Bw. hiervon mit Mitteilung vom 20.1.2010 verständigt.

Über Ersuchen des UFS berichtete das Finanzamt am 23.2.2010, dass ein rechtsgültiger und rechtzeitiger Vorlageantrag vorliege.

Über die Berufung wurde erwogen:

Zunächst ist festzuhalten, dass die Ablehnung von Herrn Dipl.-Ing. P M gemäß § 84 Abs. 1 BAO als Bevollmächtigter der Bw. in Verfahren vor dem Finanzamt Wien 4/5/10 die aufrechte Zustellvollmacht für Herrn Dipl.-Ing. P M nicht berührt (vgl. UFS 10.3.2009, RV/0501-W/09), weshalb die Berufungsentscheidung dem Zustellungsbevollmächtigten zuzustellen ist.

§ 2 Abs. 8 FLAG 1967 lautet

„(8) Personen haben 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.“

§ 3 FLAG 1967 lautet:

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

(2) Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.“

(3) Abweichend von Abs. 1 haben Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 2005 (AsylG 2005), BGBl. I Nr. 100, gewährt wurde, Anspruch auf Familienbeihilfe. Anspruch besteht auch für Kinder, denen nach dem Asylgesetz 2005 Asyl gewährt wurde.“

§§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG) lauten:

“§ 8. (1) Aufenthaltstitel werden erteilt als:

- 1. "Niederlassungsbewilligung" für eine nicht bloß vorübergehende befristete Niederlassung im Bundesgebiet zu einem bestimmten Zweck (Abs. 2) mit der Möglichkeit, anschließend einen Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt - EG" (Z 3) zu erlangen;*
- 2. Aufenthaltstitel "Familienangehöriger" für die befristete Niederlassung mit der Möglichkeit, anschließend einen Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt - Familienangehöriger" (Z 4) zu erhalten;*
- 3. Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt - EG" für die Dokumentation des unbefristeten Niederlassungsrechts, unbeschadet der Gültigkeitsdauer des Dokuments;*
- 4. Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt - Familienangehöriger" für die Dokumentation des unbefristeten Niederlassungsrechts, unbeschadet der Gültigkeitsdauer des Dokuments;*
- 5. "Aufenthaltsbewilligung" für einen vorübergehenden befristeten Aufenthalt im Bundesgebiet zu einem bestimmten Zweck (§§ 58 bis 69 und § 72) mit der Möglichkeit, anschließend eine Niederlassungsbewilligung zu erlangen, sofern dies in diesem Bundesgesetz vorgesehen ist.*

(2) Niederlassungsbewilligungen gemäß Abs. 1 Z 1 werden erteilt als:

- 1. "Niederlassungsbewilligung - Schlüsselkraft", die zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, für die eine schriftliche Mitteilung oder ein Gutachten nach §§ 12 Abs. 4 oder 24 AuslBG erstellt wurde, berechtigt;*
- 2. "Niederlassungsbewilligung - ausgenommen Erwerbstätigkeit", die zur befristeten Niederlassung ohne Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt;*
- 3. "Niederlassungsbewilligung - unbeschränkt", die zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit und einer unselbständigen Erwerbstätigkeit gemäß § 17 AuslBG berechtigt;*
- 4. "Niederlassungsbewilligung - beschränkt", die zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer selbständigen und einer unselbständigen Erwerbstätigkeit, für die eine entsprechende Berechtigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz gilt, berechtigt;*

5. "Niederlassungsbewilligung - Angehöriger", die zur befristeten Niederlassung ohne Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt; die Ausübung einer Erwerbstätigkeit ist nur auf Grund einer nachträglichen quotenpflichtigen Zweckänderung erlaubt.

(3) Der Bundesminister für Inneres legt das Aussehen und den Inhalt der Aufenthaltstitel nach Abs. 1 durch Verordnung fest. Die Aufenthaltstitel haben insbesondere Name, Vorname, Geburtsdatum, Lichtbild, ausstellende Behörde und Gültigkeitsdauer zu enthalten; sie gelten als Identitätsdokumente.

(4) Die Aufenthaltsbewilligung (Abs. 1 Z 5) von Ehegatten und minderjährigen unverheirateten Kindern hängt während der Frist nach § 27 Abs. 1 vom Bestehen der Aufenthaltsbewilligung des Zusammenführenden ab (§ 69).

(5) Inhaber einer Aufenthaltsbewilligung, ausgenommen Fälle von Sozialdienstleistenden (§ 66), dürfen während der Geltungsdauer dieser Bewilligung im Inland um eine Aufenthaltsbewilligung mit anderem Zweckumfang oder um eine Niederlassungsbewilligung ansuchen. Ein solcher Antrag schafft bis zur Zustellung der Entscheidung der Behörde erster Instanz ein über die Geltungsdauer der ursprünglichen Aufenthaltsbewilligung hinausgehendes Bleiberecht.

§ 9. (1) Zur Dokumentation eines gemeinschaftsrechtlichen Aufenthalts- und Niederlassungsrechts werden

1. für EWR-Bürger, die sich in Österreich niedergelassen haben, über Antrag eine "Anmeldebescheinigung" (§ 53) und

2. für Angehörige von EWR-Bürgern, die Drittstaatsangehörige sind, über Antrag eine "Daueraufenthaltskarte" (§ 54), wenn der EWR-Bürger das Recht auf Freizügigkeit in Anspruch genommen hat, ausgestellt.

(2) Inhabern von Anmeldebescheinigungen kann auf Antrag ein "Lichtbildausweis für EWR-Bürger" ausgestellt werden. Der Lichtbildausweis für EWR-Bürger und die Daueraufenthaltskarte gelten als Identitätsdokument. Form und Inhalt der Anmeldebescheinigung, des Lichtbildausweises für EWR-Bürger und der Daueraufenthaltskarte legt der Bundesminister für Inneres durch Verordnung fest."

Türkische Staatsbürger, die in Österreich wohnhaft sind und den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in Österreich haben, sind kraft Artikel 8 des Europäischen Abkommens über Soziale Sicherheit, BGBl. Nr. 428/1977, österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt.

Maßgebend ist daher - das Vorliegen der übrigen Anspruchsvoraussetzungen ist unstrittig - wo sich der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Bw. im Rückforderungszeitraum April 2007 bis April 2009 befand.

Zur Frage der Mittelpunkts der Lebensinteressen ist darauf zu verweisen, dass die Bw. und ihr Ehegatte sich seit dem Jahr 2001 rechtmäßig in Österreich aufhalten und hier studieren. Beide Eheleute sind – ebenso wie ihre 2007 geborene Tochter – türkische Staatsbürger, die Tochter A wurde in Wien geboren. Eheleute und Tochter verfügten im Berufszeitraum über aufrechte Aufenthaltsbewilligungen (als „Studierende“ bzw. „Familiengemeinschaft“). Auch die vorgesehenen Impfungen wurden dem Mutter-Kind-Pass zufolge alle im Zeitraum von 14.6.2007 bis 4.7.2008 vorgenommen.

Die Bw. bringt vor, dass der Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen ihrer Familie seit dem Jahr 2001 in Österreich liegt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat kürzlich in zwei Entscheidungen (VwGH 27.1.2010, 2009/16/0124; VwGH 19.12.2009, 2009/16/0221) zu vergleichbaren Sachverhalten entschieden, dass der Umstand, dass ein Aufenthalt zu Studienzwecken begrenzt ist, der Beurteilung, der Mittelpunkt der Lebensinteressen liege am Ort des Studiums nicht entgegen stehe (vgl. auch VwGH 28.10.2009, 2008/15/0325).

Allerdings beschränkt sich die Bw. in ihren Eingaben auf weitwendige rechtliche Ausführungen ohne näher darzulegen, aus konkreten welchen Gründen sich der Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen sei dem Jahr 2001 in Österreich befinden solle.

Allein die von der Bw. diesbezüglich ins Treffen geführte Tatsache, dass sich die Bw. seit dem Jahr 2001 in Österreich rechtmäßig zu Studienzwecken aufhält oder der Ehegatte fallweise einer geringfügigen Beschäftigung nachgeht, führt nicht automatisch dazu, dass sie den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Berufszeitraum in Österreich hatte.

Der Mittelpunkt der Lebensinteressen befindet sich an dem Ort, zu dem die Person die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen unterhält. Darunter ist der Ort (in jenem Staat) zu verstehen, zu dem der Steuerpflichtige die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat (VwGH 22.3.1991, 90/13/0073). Entscheidend ist das Gesamtbild der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse, wobei das Überwiegen der Beziehungen zum einen oder anderen Staat den Ausschlag gibt. Wirtschaftlichen Beziehungen kommt idR eine geringere Bedeutung zu als persönlichen Beziehungen. Unter letzterem sind all jene zu verstehen, die einen Menschen aus in seiner Person liegenden Gründen mit jenem Ort verbinden, an dem er einen Wohnsitz inne hat. Von Bedeutung sind dabei die Ausübung des Berufes, die Gestaltung des Familienlebens sowie Betätigungen religiöser und kultureller

Art sowie andere Tätigkeiten zur Entfaltung persönlicher Interessen und Neigungen (VwGH 20.2.2008, 2005/15/0135 unter Verweis auf *Hofstätter/Reichel*, Kommentar zur Einkommensteuer, § 1, Tz 9; vgl. *Grabner/Wiesner* in *Wiesner/Atzmüller/Grabner/Lattner/Wanke*, MSA EStG [1.6.2009, § 1 Anm. 11]).

Im gegenständlichen Verfahren fehlen jegliche Feststellungen über den Mittelpunkt der Lebensinteressen der Bw.

Entgegen der Auffassung des Finanzamtes steht der Umstand, dass die Bw. (derzeit) nur über einen befristeten Aufenthaltstitel als Studierende verfügt, der Annahme einer Verlagerung des Lebensmittelpunktes für sich allein nicht entgegen (vgl. neben der vorzitierten Judikatur des VwGH etwa auch UFS 8.2.2006, RV/0129-W/06).

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, § 275) 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.

Da die Feststellung des Mittelpunktes der Lebensinteressen entscheidungsrelevant ist und diese wesentliche Feststellung bislang unterblieben ist, ist der angefochtene Bescheid gemäß § 289 Abs. 1 BAO aufzuheben und die Sache an das Finanzamt zurückzuverweisen.

Das Finanzamt wird im fortgesetzten Verfahren zu erheben haben, zu welchem Staat die Bw. die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen (§ 2 Abs. 8 FLAG 1967) hat. Hierbei werden die oben genannten Kriterien für die Begründung des Mittelpunkts der Lebensinteressen heranzuziehen sein.

Für die Durchführung der ergänzenden Ermittlungen durch das Finanzamt spricht, dass auf diese Weise eine raschere und verwaltungsökonomischere Erledigung möglich ist als im Wege von Ermittlungen durch die zweitinstanzliche Behörde, zu deren Ergebnissen erst das Parteiengehör der Amtspartei gewahrt werden müsste.

Wien, am 3. März 2010