



Bescheid

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw, vom 23. April 2007 gegen den Bescheid des Finanzamtes d vom 4. April 2007 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. September 2005 bis 31. Oktober 2006 entschieden:

Der angefochtene Bescheid und die Berufungsvorentscheidung werden gemäß § 289 Abs. 1 der Bundesabgabenordnung (BAO), BGBI Nr. 1961/194 idgF, unter Zurückweisung der Sache an die Abgabenbehörde erster Instanz aufgehoben.

Begründung

Betreffend der Ermittlung des Aufenthaltsortes und des tatsächlichen Wohnsitzes der Familie o vom 22. März 2007 wurde dem Finanzamt von der Polizeiinspektion as folgendes Erhebungsergebnis mitgeteilt:

„Aufgrund von Befragungen der benachbarten Hausbewohner und der unmittelbaren Wohnungsnachbarn lässt sich zusammenfassen, dass Herr so seit Monaten ca. einmal wöchentlich in ü tatsächlich anwesend ist. Diese Anwesenheit wird durch den Nachbarn angenommen, da sein roter PKW vor dem Hause parke, in der Wohnung Licht zu erkennen sei, die Fenster geöffnet seien und der Briefkasten entleert wird. Manchmal treffe o auch in Begleitung anderer Personen ein, die offensichtlich keine Familienmitglieder sein sollen. Frau o z und die beiden Kinder seien nur mehr selten bzw. während der Schulferien in ü anzutreffen.

Frau o z wurde im November 2006 (nach einem Todesfall in der Familie o), in den Weihnachtsferien 2006/2007 und zuletzt in den Semesterferien 2007 in ü von Nachbarn gesehen.

Die 16jährige Tochter ea wurde von Nachbarn in den Weihnachtsferien und den Semesterferien 2007 gesehen. Diese Tochter besuchte eine Privatschule in ch, da die Absolvierung einer Tourismusschule im Bezirk u nicht möglich gewesen sei. Der zweieinhalbjährige v befindet sich ebenfalls ständig bei seiner Mutter z.

Herr o wurde am 22. März 2007 persönlich in ü angetroffen und zum Sachverhalt befragt. Er gab an, dass sich seine Gattin (dzt. Hausfrau) und beide Kinder seit September 2006 meistens in ch zusammen aufhalten würden, da die 16jährige Tochter dort zur Schule gehe bzw. studiere (Privatschule mit Schwerpunkt Fremdsprachen). In zeitlichen Intervallen von ca. 3 Wochen bis maximal 1 ½ Monaten komme die Gattin und die Kinder nach ra. Derzeit befindet sich die Gattin mit den Kindern in p/ch bei einem Onkel mit Namen mr. Die nächste Ankunft von Gattin und Kindern in ü ist Anfang April (01. – 04.04.2007) geplant.

Der Wohnsitz in ü werde mit Ende April 2007 aufgelassen und kurzfristig nach s (zum Wohnsitz von o fr) verlegt. Mit 01.04.2007 werde Herr o auch seine Arbeit bei den mf kündigen. Da er bis zu diesem Zeitpunkt das Fitness-Studio in fu führe, werde er meistens in diesen Räumlichkeiten übernachten. Nur bei längerer Freizeit komme er tatsächlich nach ü, da der Anfahrtsweg sonst zu weit sei.“

Mit Ersuchen um Ergänzung vom 12. Dezember 2006 wurde der Bw gebeten einen Tätigkeitsnachweis von ea ab 1. August 2005 bis 31. August 2006 (z.B. Schulbestätigung, Schulnachricht/Jahreszeugnis von ea von der Hauptschule) vorzulegen. Der Bw wurde außerdem befragt, seit wann und wie lange ea in ch sei und weshalb sie die Schule in ch besuchte. Mit Faxnachricht vom 8. Jänner 2007 gab der Bw hiezu an, dass ea seit 1. September 2005 die Schule in ch besuchte und in den Ferien in Österreich sei. Sie sei zwei Jahre in der Hauptschule in sü gewesen und Deutsch sei für sie eine Fremdsprache gewesen, die sie nun perfekt beherrscht. Sie habe allerdings nie Englisch gehabt. Nun könne sie Englisch von Grund auf lernen, was in Österreich nicht möglich gewesen wäre. Nachdem die Kinder in Österreich schon mehrere Jahre Englisch in der Schule hatten, wäre sie immer nachgehinkt. Die Schule bzw das Studium würde per 31. Juni 2010 enden. Der Bw faxte außerdem als Beilage eine Schulbesuchsbestätigung der en Privatschule sowie ein Zeugnis betreffend das Schul- bzw. Studienjahr 2005/2006. Hierin wird bestätigt, dass die Tochter des Bw im Schuljahr 2006/2007 Studentin des ersten Jahrganges des vierjährigen Direktstudiums sei. Er faxte auch eine Schulbesuchsbestätigung (Schuljahr 2004/05 der Klasse 4 b) der U-Hauptschule sü samt Zeugnis als Beilagen.

Mit Bescheid vom 4. April 2007 wurden vom Berufungswerber (Bw) zu Unrecht bezogene Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge betreffend das Kind v für den Monat Oktober 2006 und betreffend das Kind ea für den Zeitraum September 2005 bis Oktober 2006 gemäß § 26 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 in Verbindung mit § 33 Abs. 4 Z. 3 lit. a Einkommensteuergesetz 1988 mit der Begründung rückgefordert, dass v seit September 2006 mit der Gattin des Bw in ch sei und ea seit September 2005 die Schule in ch besuche und dort bei einem Onkel wohne.

Mit Schreiben (Betreff: Begründung) vom 18. April 2007 berief der Bw rechtzeitig gegen obgenannten Bescheid und führte hiezu folgendes aus:

„ea o geb. 1989, wollte nach dem Hauptschulabschluss sü weiter in die Tourismus-Schule u gehen (Schwerpunkt: Fremdsprache). Laut Direktion Hauptschule sü wurde uns empfohlen, sie in eine andere Tourismus-Schule zu schicken. Begründung: ea fehlten sieben Jahre Schulenglisch. Deshalb suchten wir für sie eine Schule, in der sie Englisch von Grund auf lernte. Die Wahl fiel auf eine Privatschule in ch.

Seit September 2005 besucht ea die Schule in ch und wohnt dort nicht im Internat, sondern aus Kostengründen bei ihrem Onkel. In den Ferien, wohnt ea bei uns. Meine Frau pendelt seit dieser Zeit mit unserem Sohn v ständig hin und her und versucht so, das Familienleben auch für ea aufrecht zu halten. Unser Hauptwohnsitz ist in Österreich. Meine Familie und ich sind in Österreich unfall-, rechtsschutz-, haushaltsversichert usw. Auch unsere Autos sind hier angemeldet und versichert. Unser Lebensinteresse liegt in Österreich. Wir erhalten von ch (siehe Beilage) weder Kinder- noch Familienbeihilfe. Wir bitten Sie die Unterlagen nochmals zu prüfen.“

Als Beilage wurde die ausgefüllte Anfrage betreffend den Anspruch auf Familienleistungen (Kindergeld) in dem Mitgliedstaat, in dem die Familienangehörigen wohnen (E 411), welche mit 28. März 2007 bestätigt wurde, an das Finanzamt weitergeleitet. Laut dieser Bestätigung wurden keine Familienleistungen von ch geleistet.

Im Schriftsatz vom 23. Juni 2007 gab der Bw an, dass sie sich aufgrund der familiären Situation entschlossen hätten, ihren Wohnsitz solange die Tochter noch studiert, nach ch zu verlegen. Seine Familie sei mit 1. Juni 2007 nach ch gezogen, ihren Haushalt hätten sie aufgelöst und er werde ihr im Herbst folgen. Er würde darum bitten, ihm eine Bestätigung zukommen zu lassen, dass sie in Österreich keine Beihilfen mehr beziehen, damit seine Frau die Kinder in ch anmelden kann. Er bitte diese Bestätigung an seine Adresse ü zu senden, da sie einen Nachsende-Auftrag haben.

Laut Versicherungsdatenauszug vom 5. Juli 2007 scheint als letzter Eintrag der Krankengeldbezug für die Zeit vom 5. April bis 31. Mai 2007 auf.

Das Finanzamt d führte am 12. November 2007 eine Behördenanfrage aus dem Zentralen Melderegister durch. Daraus geht hervor, dass der Bw seit 25. Juli 2007 bei der Unterkunftgeberin o fr, adr als Hauptwohnsitz polizeilich gemeldet ist.

Mit Ersuchen um Ergänzung vom 12. November 2007 an die vorgenannte Adresse wurde der Bw aufgefordert einen Tätigkeitsnachweis für die Zeit ab 1. Oktober 2007 vorzulegen. Laut Arbeitsmarktservice sei das Arbeitslosengeld per 30. 9. 2007 eingestellt worden. Der Bw habe eine Einstellungszusage ab 1. Oktober 2007 bei der Firma fa, dem AMS vorgelegt.

Im Schreiben vom 25. November 2007 gibt der Bw an, dass er die Stelle bei fa1 in ro nicht angenommen habe, da sie mit der Bezahlung nicht übereingekommen sind. Seine Familie sei wieder zurück in die ie gezogen und er werde ihr folgen. Er sei im Moment auf Arbeitssuche in der ie und da er zeitweise im Ausland sei, darf er kein Arbeitslosengeld beziehen.

Laut Versicherungsdatenauszug vom 14. März 2008 und vom 15. Oktober 2008 ist der Bw seit 15. November 2007 bis laufend gemäß § 16 ASVG selbstversichert.

Im Schreiben des Bw – eingelangt beim Finanzamt am 15. Juli 2008 – teilte er mit, dass er seinen Wohnsitz in Österreich ab 1. Juli 2008 aufgegeben habe und zu seiner Familie nach ch gezogen sei. Die Post könne an die neue Adresse in ch bzw. auch weiterhin an die alte Adresse zu seiner Mutter gesendet werden. Die Meldebestätigung werde er sofort nachsenden, sobald er sie erhalten habe. Weiters werde er im Laufe des Julis bei der Firma fa2 zu arbeiten anfangen. Er sei für den Einkauf von Schrott und Metallen und den Aufbau des Gebietes in ch – l zuständig. Er werde vorab für drei Monate auf Probe arbeiten und sei geringfügig angestellt. Sollte der Markt ch – l Zukunft haben, werde er ins Angestelltenverhältnis aufgenommen.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 27. März 2008 wurde die Berufung als unbegründet abgewiesen und hiezu ausgeführt:

„Mit Bescheid vom 4.4.2007 forderte das Finanzamt d die Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag für die Stieftochter ea für den Zeitraum 1.9.2005 bis 31.10.2006 und für den Sohn v für den Oktober 2006 zurück. In der Begründung wurde angeführt, dass gem. § 5 Abs. 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder bestehe, die sich ständig im Ausland aufhalten würden. Ihr Sohn v sei seit September 2006 in ch. ea besucht seit dem September 2005 die Schule in ch und wohne dort bei einem Onkel.“

Sie haben gegen diesen Bescheid innerhalb der Berufungsfrist Einspruch erhoben. In der Begründung haben Sie folgendes angeführt:

ea wollte nach dem Hauptschulabschluss weiter in die Tourismusschule u gehen. Da ea sieben Jahre Schulenglischunterricht fehlen, wurde uns empfohlen, sie in eine andere Tourismusschule zu schicken. Die Wahl fiel auf eine Privatschule in ch. Seit September 2005 besucht ea die Schule in ch und wohnt dort aus Kostengründen bei ihrem Onkel. Meine Frau pendelt seit dieser Zeit mit unserem Sohn v ständig hin und her und versucht so, das Familienleben aufrecht zu erhalten. Unser Hauptwohnsitz ist in Österreich.

Mit Schreiben vom 23.6.2007 teilten Sie dem Finanzamt mit, dass Sie sich entschlossen haben, den Wohnsitz nach ch zu verlegen. Ihre Familie lebe seit 1.6.2007 in ch. Der Hausstand sei aufgelöst worden und Sie werden im Herbst Ihrer Familie folgen.

Gem. § 2 Abs. 2 hat die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört, Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind. 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.

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

Laut den vorgelegten Unterlagen besuchte ea bis Juli 2007 (richtigerweise wohl 2005) die Hauptschule in sü. Im Schuljahr 2005/2006 besuchte sie eine Schule in ch.

Laut dem Bericht der Polizeiinspektion as vom 22.3.2007 sei Ihre Gattin und die beiden Kinder nur mehr selten bzw. während der Schulferien in ü anzutreffen. Ihre Gattin sei im November 2006, in den Weihnachtsferien 2006/2007 und zuletzt in den Semesterferien 2007 in ü gewesen. ea sei zuletzt in den Weihnachtsferien und den Semesterferien 2007 in ü gewesen. v befindet sich ständig bei seiner Mutter. In zeitlichen Intervallen von ca. 3 Wochen bis 1 ½ Monaten kommen die Gattin und die Kinder nach ra. Der Wohnsitz in ü werde mit Ende April 2007 aufgelassen und kurzfristig nach s verlegt.

Sie, Ihre Gattin und die beiden Kinder waren bis Juli 2007 in ü, adr2 gemeldet gewesen. Seit Juli 2007 wohnen Sie in s, adr3. Ihre Gattin und die beiden Kinder sind seit diesem Zeitpunkt nicht mehr in Österreich gemeldet.

Da Ihre Kinder keinen Wohnsitz mehr in Österreich seit Juli 2007 haben und sich bereits vor diesem Zeitpunkt in ch aufgehalten haben wegen dem Schulbesuch von ea ab September 2005 und auch Ihre Gattin und v ab diesem Zeitpunkt überwiegend sich in ch aufgehalten

haben, muss daher angenommen werden, dass sich Ihre Gattin und Ihre Kinder seit September 2005 ständig in ch aufhalten. Vorübergehende Aufenthalte während der Ferien in Österreich begründen keinen ständigen Aufenthalt in Österreich. Die Kinder ea und v sind somit nicht mehr bei Ihnen haushaltsgehörig und halten sich ständig im Ausland auf.“

Mit Schriftsatz vom 22. April 2008, welcher als Antrag auf Vorlage der Berufung an die Abgabenbehörde zweiter Instanz gewertet wurde, gab der Bw folgendes an:

„Vorerst möchte ich mich für das persönliche Gespräch bedanken. Ich bin jetzt wieder zu Hause in der la. War auf dem Amt und es ist so, wie Sie es gesagt haben. Erst wenn ich mich in Österreich abgemeldet habe, bekomme ich hier eine Meldebestätigung. Was dann aber noch recht kompliziert ist. Weiß noch nicht, wie ich das bewerkstellige. Bin freiwillig gk-versichert und kann das nur wenn ich in Österreich einen Wohnsitz habe. Weiters befindet sich mich im Privatkonkurs und bin derzeit auf Arbeitssuche. Habe mich bei einer ec österreichischen Firma vorgestellt, die einen Außendienstmitarbeiter für die la und den angrenzenden Raum suchen. Ich hoffe, diese Stelle zu bekommen.“

Was den Aufenthalt meiner Frau betrifft, so war z und mein Sohn Ende Oktober 2006 bis Anfang Jänner 2007 in Österreich, am ersten November ist mein Vater gestorben und meine Frau und ich waren von der ersten Stunde an vor Ort. Das kann fast die ganze Gemeinde s bestätigen.

Meine Gattin fuhr Anfang Jänner wieder in die la und kam Anfang März 07 und blieb dann bis Ende April 07. Im Juli war sie dann ein letztes Mal in Österreich, um beim Umzug mitzuhelfen. Und im Juli haben wir dann auch unsere Wohnung in Österreich aufgelöst.

Was hätten wir für Vorteile, wenn wir unsere Ehe nur vortäuschen würden, weder sie noch ich hätten etwas davon. Meine Mutter hat einen guten Kontakt zu meiner Frau und auch meine Geschwister. Mutter wird uns im Sommer für einen Monat hier besuchen.

Ich bin noch bei meiner Mutter in s gemeldet. Wohne aber hauptsächlich in der la bei meiner Familie. Und bin hier auf Arbeitssuche. Die ich jetzt so hoffe ich gefunden habe.“

Das Finanzamt d übermittelte dem Unabhängigen Finanzsenat eine weitere Eingabe des Bw vom 4. November 2008 mit folgendem Inhalt:

„Ich sende Ihnen hiermit meine en Papiere über den Aufenthalt hier. Ich bin noch in Österreich freiwillig versichert, weil mir noch die rc – das ist so etwas Ähnliches wie unsere Sozialversicherungsnummer – fehlt. Solange ich diese nicht habe, kann ich mich noch nicht hier versichern. Weiters hätte ich im Spätsommer eine Anstellung bei einer österreichischen ni

Firma erhalten für das Gebiet ch-l-ow (wäre dann auch versichert gewesen), was aber leider auf Frühjahr verschoben wurde wegen der Wirtschaftskrise.“

Der Bw legte seinem Schreiben noch Unterlagen in sce Sprache bei, welche laut seinen Angaben seinen Aufenthalt in ch betreffen würden.

Laut Abfrage im Zentralen Melderegister vom 28. Mai 2010 war der Bw zuletzt vom 25. Juli 2007 bis 30. Juni 2008 an der adr als Hauptwohnsitz gemeldet.

Laut Versicherungsdatenauszug vom 28. Mai 2010 war der Bw im hier in Rede stehenden Zeitraum vom 1. Jänner 2005 bis 31. März 2007 zuerst als Angestellter und dann als Arbeiter der namentlich angeführten Arbeitgeber gemeldet. Vom 1. Jänner 2010 bis laufend ist er gemäß § 16 Abs. 1 ASVG selbstversichert.

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

Nach Abs 2 der genannten Gesetzesbestimmung hat jene Person Anspruch auf Familienbeihilfe für ein in Abs 1 genanntes Kind, 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. Nach § 2 Abs 4 FLAG 1967 umfassen die Kosten des Unterhalts bei minderjährigen Kindern auch die Kosten der Erziehung.

Zum Haushalt einer Person gehört gemäß § 2 Abs 5 FLAG 1967 dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltszugehörigkeit gilt nicht als aufgehoben, wenn

- a) sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält,
- b) das Kind für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt,
- c) sich das Kind wegen eines Leidens oder Gebrechens nicht nur vorübergehend in Anstaltpflege befindet, wenn die Person zu den Kosten des Unterhalts mindestens in Höhe der Familienbeihilfe für ein Kind beiträgt; etc.

Gemäß § 2 Abs. 8 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 (Fremdenrechtspaket 2005, BGBI I 2005/100 ab 1.1.2006).

§ 4 Abs 1 FLAG 1967 bestimmt, dass Personen, die Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe haben, keinen Anspruch auf Familienbeihilfe haben, wobei jedoch eine in den nachfolgenden Absätzen definierte Ausgleichszahlung unter den dort angeführten Bedingungen möglich wäre.

Gemäß § 5 Abs 3 FLAG 1967 besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten. In diesem Zusammenhang bestimmt jedoch § 53 Abs 1 FLAG 1967, dass Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt sind. Hierbei ist der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten. Nach *Wittmann/Papacek*, Der Familienlastenausgleich, Kommentar § 53, wird dadurch die Gebietsgleichstellung mit Österreich bezüglich des ständigen Aufenthaltes der Kinder im EWR bzw in der EU im Sinne der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen hervorgehoben.

Im gegenständlichen Fall ist aber nicht nur innerstaatliches Recht zu beachten. Vielmehr ist der Bw als im Streitzeitraum in Österreich beschäftigter Angestellter bzw. Arbeiter (siehe hiezu den Versicherungsdatenauszug und die dort angegebenen Daten für den entsprechenden Zeitraum) auch von der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige und deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (im Folgenden als VO bezeichnet), umfasst. Die in Rede stehende Familienbeihilfe ist zweifelsfrei eine Familienleistung iSd Art 1 Buchstabe u sublit i der VO, welche einen Ausgleich von Familienlasten bezieht und in einem staatlichen Beitrag zum Familienbudget besteht, der die Kosten des Unterhalts von Kindern verringern soll (s auch Urteil des EuGH vom 5.2.2002, Rs C-255/99 *Anna Humer*).

Nach Art 73 dieser VO hat ein Arbeitnehmer oder Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedsstaates unterliegt, vorbehaltlich hier nicht entscheidender Ausnahmen, für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedsstaates wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedsstaates, als ob diese Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnten. Familienleistungen werden in diesem Fall gem Art 75 der VO vom zuständigen Träger des Staates gewährt, dessen Rechtsvorschriften für den Arbeitnehmer gelten. Sind für ein und denselben Zeitraum für ein und denselben Familienangehörigen in den Rechtsvorschriften des Mitgliedsstaates, in dessen Gebiet die Familienangehörigen wohnen, Familienleistungen auf Grund der Ausübung einer Erwerbstätigkeit vorgesehen, so ruht nach Art 76 der VO der Anspruch auf die nach den

Rechtsvorschriften des anderen Mitgliedsstaates gegebenenfalls gemäß Art 73 der VO geschuldeten Familienleistungen bis zu dem in den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedsstaates vorgesehenen Betrag. Wird in dem Mitgliedsstaat, in dessen Gebiet die Familienangehörigen wohnen, kein Antrag auf Leistungsgewährung gestellt, so kann der zuständige Träger des anderen Mitgliedsstaates Art 76 Abs 1 der VO anwenden, als ob Leistungen in dem ersten Mitgliedsstaat gewährt wurden.

Art 1 lit f der VO bestimmt, dass für den Fall, dass nach den Bezug habenden innerstaatlichen Rechtsvorschriften eine Person nur dann als Haushaltsangehöriger angesehen wird, wenn sie mit dem Arbeitnehmer oder Selbständigen in häuslicher Gemeinschaft lebt, diese Voraussetzung als erfüllt gilt, wenn der Unterhalt der betreffenden Person überwiegend von diesem bestritten wird.

Die Bestimmungen der genannten VO, welche vorrangig und unmittelbar berücksichtigt werden müssen, selbst wenn ihnen innerstaatliche Rechtsvorschriften entgegenstehen sollten, sind nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates im gegenständlichen Fall anzuwenden, da der Bw im gegenständlichen Zeitraum unselbständig beschäftigt war und nachweislich und unbestritten zumindest ein Kind in einem anderen Staat des Gemeinschaftsgebietes im streitgegenständlichen Zeitraum gewohnt hat.

Nach den Bestimmungen der VO besteht aber auch in derartigen Fällen bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen ein Anspruch des Bw auf den Bezug der Familienbeihilfe im Inland. Ausgehend davon, dass kein gemeinsamer Haushalt geführt wird und demzufolge keine Haushaltzugehörigkeit gegeben ist, reicht nach Art 1 lit f der VO in diesen Fällen die Tatsache der überwiegenden Kostentragung durch den Bw aus.

In Verkennung der Rechtslage hat die Abgabenbehörde erster Instanz diesbezüglich keinerlei Sachverhaltsfeststellungen getroffen, sondern den angefochtenen Bescheid ausschließlich mit der mangelnden Haushaltzugehörigkeit bzw. dem ständigen Aufenthalt der Kinder im Ausland begründet. Es wurden dadurch, ausgehend von der dargestellten Rechtsansicht, für die Entscheidung wesentliche Sachverhaltsaspekte nicht festgestellt.

Durch entsprechende Ermittlungen wäre zu prüfen, ob der Sohn im Monat Oktober 2006 (siehe Angaben des Bw in seinem Vorlageantrag) im gemeinsamen Haushalt mit dem Bw und seiner Frau gelebt hat. Das Finanzamt hat dem Bw die erhaltenen Ermittlungsergebnisse (siehe Feststellung vom 22. März 2007) erst in seiner Berufungsvorentscheidung vom 27. März 2008 vorgehalten, worauf der Bw in seinem Vorlageantrag Angaben betreffend seinen Sohn machte, die noch untersucht werden hätten müssen, indem er z.B. aufgefordert wird, Beweise für seine Sachverhaltsdarstellungen nachzureichen. Er hat lediglich angegeben, dass

sich seine Frau und sein Sohn von Ende Oktober 2006 bis Anfang Jänner 2007 in Österreich aufgehalten haben. Es bleibt somit offen und fraglich, ob für den Monat Oktober 2006 ein gemeinsamer Haushalt mit dem Sohn bestand oder nicht. Diesbezüglich hätte das Finanzamt weitere Ermittlungsschritte zur Präzisierung des vorliegenden Sachverhaltes anstellen müssen.

Ansonsten wäre jedenfalls abzuklären, ob überwiegende Kostentragung durch den Bw in Bezug auf den Unterhalt der Tochter bzw. auch in Bezug auf seinen Sohn – wenn dieser nicht im Oktober 2006 in gemeinsamen Haushalt mit dem Kindesvater gelebt hat – für den Streitzeitraum vorlag. Dazu wären die gesamten Unterhaltskosten zu ermitteln und der prozentuelle Anteil, den der Bw dazu beigetragen hat, festzustellen, wobei auch der Zahlungsfluss durch geeignete Belege nachzuweisen wäre.

Im Falle überwiegender Kostentragung und bei Vorliegen aller anderen Voraussetzungen wäre die Familienbeihilfe zuzuerkennen, andernfalls besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

Mit den vom Finanzamt dermaßen einseitig gestalteten Ausführungen kann der gegenständliche Bescheid nicht tragfähig begründet werden und blieb der entscheidungswesentliche Sachverhalt in obigem Sinne unvollständig festgestellt. Das Finanzamt hätte unter Wahrung des Parteiengehörs und unter Berücksichtigung der vorhin zitierten gesetzlichen Bestimmungen und der hiezu ergangenen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes im gegenständlichen Fall zu prüfen gehabt, ob der Bw im Monat Oktober 2006 mit seinem Sohn im gemeinsamen Haushalt gelebt hat und wenn nicht, ob er für seinen Sohn und für seine Tochter überwiegend den Unterhalt getragen hat.

Das Finanzamt hat somit bei der Erlassung des gegenständlichen Bescheides Ermittlungen (§ 115 BAO) unterlassen, bei deren Durchführung (allenfalls) ein anders lautender Bescheid hätte erlassen werden können, was die Abgabenbehörde zweiter Instanz nach § 289 Abs 1 BAO dazu berechtigt, die Berufung durch Aufhebung des angefochtenen Bescheides und der Berufungsvorentscheidung unter Zurückweisung der Sache an die Abgabenbehörde erster Instanz zu erledigen. Die Aufhebung und Zurückverweisung ist insbesondere dadurch gerechtfertigt, dass es nicht Aufgabe der als reine Rechtsmittelbehörde mit Zweiparteienverfahren eingerichteten Abgabenbehörde zweiter Instanz sein kann, wie eine Abgabenbehörde erster Instanz für diese den entscheidungswesentlichen Sachverhalt in einem allenfalls umfangreichen Verfahren erstmalig zu ermitteln und somit Aufgaben einer Partei im Streitverfahren zu übernehmen, was letztlich auch einen Eindruck der Bevorzugung einer Partei entstehen lassen könnte. Weiters von Bedeutung ist auch, dass sämtliche neuen Sachverhaltsfeststellungen wiederum der Abgabenbehörde erster Instanz unter Einräumung einer entsprechenden Frist zur Stellungnahme zur Kenntnis gebracht werden müssen, was allenfalls zur Notwendigkeit weiterer Erhebungen, Beweisverfahren etc. und somit zu einer

unnotwendigen Verzögerung des Verfahrens führen würde. Es erscheint somit auch im Sinne der Verfahrensökonomie durchaus gerechtfertigt, in derartigen Fällen entsprechend § 289 Abs 1 BAO wie im Spruch ausgeführt zu entscheiden.

Auf die Entscheidungen des UFS vom 14.7.2006, RV/0187-I/06, vom 22.11.2006, RV/0061-I/06, vom 26.2.2008, RV/3193-W/07, vom 21.5.2008, RV/0162-F/08 und vom 20.5.2008, RV/0224-F/08 wird verwiesen.

Feldkirch, am 28. Mai 2010