

Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch Dr. Johann Zivic, Rechtsanwalt, 1010 Wien, Weihburggasse 20, gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 2. und 20. Bezirk betreffend Familienbeihilfe für den Zeitraum 1. August 1991 bis 31. Oktober 1992 entschieden:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird insoweit abgeändert, als der Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe für den Zeitraum 1. August 1991 bis 31. März 1992 abgewiesen wird.

Entscheidungsgründe

Strittig ist im vorliegenden Fall, ob der Berufungserberin (Bw.) für ihre Enkelkinder A., geb. 29.11.1985, und D., geb. 3.11.1989, im Zeitraum August 1991 bis Oktober 1992 Familienbeihilfe zustand.

Die Bw. überreichte am **16. März 1994** persönlich einen **Antrag auf Familienbeihilfe (Beih1)** für ihre beiden minderjährigen Enkelkinder A. und D.. Angaben, ab welchem Zeitpunkt die Familienbeihilfe beantragt wird, enthält der Antrag nicht.

Mit Formular L 70 vom **17. März 1994** sowie mit **Ergänzungersuchen** zum Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe (Beih42) vom 20. Juli 1994 wurde die Bw. ersucht, falls die Kinder in Österreich sind, eine Familienstandsbescheinigung oder Schulbestätigung sowie weiters Zahlungsbelege über die monatlichen Unterhaltsleistungen für die Kinder vorzulegen.

Mit **2. Ergänzungseruchen vom 20. Juli 1994** ersuchte das Finanzamt neuerlich um

- Vorlage des Meldezettels und
- Schulbesuchsbestätigung für die beiden Kinder "falls sie in Österreich sind! Wenn nicht Heimatgemeindebestätigung"
- eine an das Finanzamt gerichtete Bestätigung des Arbeitgebers über Beginn und voraussichtliche Dauer der Beschäftigung
- "Zahlungsbelege (falls Kinder in Jugoslawien leben). Bei Nichterbringen der Unterlagen wird Ihr Antrag auf Familienbeihilfe abgewiesen."

Ein **handschriftlicher Vermerk** des Finanzamtes vom **30. Oktober 1995** lautet: "Lt. Telefonat mit AST befinden sich die Kinder seit 4 Jahren in Deutschland! **AST zieht Antrag zurück!**"

Am 19. Dezember 1995 erließ das Finanzamt einen Zurücknahmebescheid

betreffend die Eingabe der Bw. vom 16. März 1994 (Begründung: "Sie haben dem Auftrag, die Mängel Ihrer Eingabe bis zum 23. August 1994 zu beheben, nicht vollinhaltlich entsprochen.").

Mit Schreiben vom **1. April 1997** gab Rechtsanwalt Dr. Zivic seine **Bevollmächtigung** bekannt und führte unter anderem aus:

"...Wie mich die Antragstellerin informierte, hat sie bereits im Jahre 1993 als mit Beschluss vom 1.8.1991 bestellter Vormund der beiden mj. Enkelkinderdie Gewährung der Familienbeihilfe für diese beiden mj. Enkelkinder rückwirkend ab 1.8.1991 (Bestellung zum Vormund) beantragt.

Nach einigen Vorsprachen und der Vorlage diverser Unterlagen, insbesondere einer Bestätigung der deutschen Behörden, dass für die beiden mj. Enkelkinder in Deutschland kein Anspruch auf das sog. Kindergeld gegeben ist und sohin niemand, auch nicht die Kindeseltern, ein solches erhalten (haben), wurde offensichtlich aufgrund eines Versehens die Familienbeihilfe für die beiden unter der Vormundschaft der Antragstellerin stehenden mj. Enkelkinder bislang nicht gewährt. Es wird daher um Gewährung und Nachzahlung der Familienbeihilfe für die beiden mj. Enkelkinder ab August 1991 (Bestellung der Antragstellerin zum Vormund, persönliche Antragstellung von Fr.P. im Jahre 1993) bzw. ab April 1992 (aufgrund des numehrigen Antrages für fünf Jahre zurück) bis Oktober 1996 (Rückkehr der Kindeseltern samt Enkelkindern aus Deutschland nach Jugoslawien) gebeten.

Da sich im gegenständlichen Fall die beiden mj. Enkelkinder zwischen 1991 und 1996 die überwiegende Zeit als Flüchtlinge aus Osijek (bei Vukovar) in Deutschland aufgehalten haben, jedoch, wie oben erwähnt, in Deutschland kein Anspruch auf das sog. Kindergeld für die beiden mj. Enkelkinder bestanden hat, erlaube ich mir, auf dem im September 1996 Ihrerseits positiv erledigten Fall mit ähnlichem Sachverhalt betreffend meinen Mandanten ... zu verweisen..."

Zugleich übermittelte er einen neuerlichen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe "wegen Kostentragung/Haushaltszugehörigkeit ab 8/91 bzw. 4/92.

Am 23. April 1997 richtete der Rechtsvertreter der Bw. folgendes Schreiben an das Finanzamt:

"...Laut Auskunft meiner obgenannten Mandantin haben sich die Enkelkinder ... **vom 20.8.1991 bis 3.12.1991 und vom 2.1.1992 bis 19.10.1992** bei ihr, der Großmutter und Vormündin (ab 1.8.1991) in deren Haushalt in W. , befunden und wurden während dieser Zeit mangels eines eigenen Einkommens der Kindeseltern von ihr überwiegend erhalten. Im Oktober 1992 sind die beiden Enkelkinder mit den Kindeseltern hingegen nach Deutschland verzogen und hat der Kindsvater seine beiden Kinder in Deutschland offenbar selbst erhalten können.

Es wird daher der Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe für die beiden Enkelkinder für den Zeitraum ab November 1992 zurückgezogen, sodass lediglich die Gewährung und Nachzahlung der Familienbeihilfe für die beiden Enkelkinder für den Zeitraum August 1991 bis Dezember 1991 und Jänner 1992 bis Oktober 1992 begehrt wird, während welcher Zeit die beiden Enkelkinder in Wien bei der sie erhaltenden Großmutter lebten..."

Beigelegt waren diesem Schreiben zwei Meldezettel von A. und zwei Meldezettel von D. sowie ein Vormundschaftsbeschluss.

Am 24. April 1997 ersuchte das Finanzamt die Bw. um Ergänzung in folgenden Punkten:

- Visum beider Kinder in Kopie
- Bestätigung der Kindeseltern, dass keine Familienbeihilfe bezogen wurde
- Bestätigung von Deutschland, dass kein Kindergeld bezogen wurde
- Sozialversicherungskarten der Kinder in Kopie

Mit **Schriftsatz vom 14. Mai 1997** ersuchte der Rechtsvertreter zur Beischaffung der angeforderten Unterlagen um dreimonatige **Fristerstreckung**.

Nachdem der Rechtsvertreter diesem Ersuchen innerhalb der gesetzten Frist nicht nachkam erging am **15. September 1997** ein **zweites Ergänzungersuchen**.

Am 4. Jänner 2000 ersuchte das Finanzamt den Rechtsvertreter um Ergänzung in folgenden Punkten:

- Visum beider Kinder in Kopie
- Schulbestätigung von A.
- Kindergartenbestätigung von D.
- Geburtsurkunden beider Kinder in Kopie
- Bestätigung der Kindeseltern, dass keine Familienbeihilfe bezogen wurde
- Meldezettel der ganzen Familie von Deutschland
- Sozialversicherungskarten der Kinder in Kopie
- Dienstgeberbestätigung der Kindeseltern
- Bestätigung aus Deutschland, dass kein Kindergeld bezogen wurde

Am 1. Oktober 1997 langte beim Finanzamt folgendes Schreiben des Rechtsvertreters ein:

"Da nach wie vor nicht alle der in Ihrem Ergänzungersuchen vom 15.9.1997 angeführten Bestätigungen (teils aus Jugoslawien, teils aus Deutschland) erwirkt werden konnten, wird vorsorglicherweise hiermit nochmals um Erstreckung der Frist zur Vorlage dieser Unterlagen bis zum 30.11.1997 gebeten..."

Das Finanzamt erließ am 27. Juni 2001 einen Bescheid und wies den Antrag mit folgender Begründung ab:

"Die Familienbeihilfe wird vom Beginn des Monats gewährt, in dem die Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt werden. Die Familienbeihilfe wird höchstens für fünf Jahre rückwirkend vom Beginn des Monats der Antragstellung gewährt.

Da Sie Ihrer Mitwirkungspflicht im Sinne des § 115 der Bundesabgabenordnung nicht nachgekommen sind, musste auf Grund der Aktenlage entschieden werden."

Der Rechtsvertreter erhob gegen den Bescheid fristgerecht Berufung und führte dazu aus:

"Wie aus der eidesstättigen Erklärung der beiden Kindeseltern vom 13.10.1997 und der amtlichen Bestätigung der Kindergeldkasse des Arbeitsamtes Ludwigsburg an den Kindesvater vom 20.1.1994 hervorgeht, wurde im antragsgegenständlichen Zeitraum, d.h. von 8/91 bis 10/92, für die beiden mj. Enkelkinder der Berufungswerberin keine Familienbeihilfe bzw. kein Kindergeld gewährt bzw. bezahlt.

Wie aus den bereits vorgelegten vier Meldezetteln betreffend die beiden mj. Enkelkinder hervorgeht, wohnten diese im antragsgegenständlichen Zeitraum (siehe oben) in Österreich, Wien, bei der Großmutter bzw. Berufungswerberin. Die Familienbeihilfe steht der Berufungswerberin sohin schon aufgrund dieser Haushaltsgehörigkeit ihrer mj. Enkelkinder während des antragsgegenständlichen Zeitraumes zu ihr zu.

Zudem hat die Berufungswerberin während der Zeit des Aufenthaltes ihrer mj. Enkelkinder bei ihr in Österreich, Wien, die **Kosten für diese mj. Enkelkinder zur Gänze getragen**, was in Anbetracht des Umstandes, dass sich die Kindeseltern während dieses Zeitraumes als Flüchtlinge und ohne einen Verdienst in Deutschland aufgehalten haben, durchaus sehr glaubhaft ist und auch der allgemeinen Lebenserfahrung entspricht, dass jene Person, in deren Haushalt sich die mj. Kinder bzw. Enkelkinder befinden, die Kosten für deren Unterhalt trägt.

Sollte dem Finanzamt sohin aufgrund der bereits vorgelegten Unterlagen und der hiemit ergänzend beigeschlossenen Unterlagen während des antragsgegenständlichen Zeitraumes von 8/91 bis 10/92 die Zugehörigkeit der beiden mj. Enkelkinder zum Haushalt der Berufungswerberin einerseits und deren überwiegende, tatsächlich sogar alleinige Kostentragung seitens der Berufungswerberin nicht glaubhaft erscheinen, wird zum Nachweis des Vorliegens der Anspruchsvoraussetzungen ergänzend die zeugenschaftliche Einvernahme der Berufungswerberin beantragt.

Aufgrund der obigen Ausführungen und Darlegungen wird sohin beantragt, der vorliegenden Berufung statzugeben und den angefochtenen Bescheid im Sinne einer entsprechenden Berufungsvorentscheidung aufzuheben bzw. dahingehend abzuändern, dass der Berufungswerberin die Familienbeihilfe für ihre beiden mj. Enkelkinder ... für den Zeitraum 8/91 bis 10/92 gewährt und nachgezahlt wird.

Mit Schreiben vom 15. Oktober 2001 ersuchte der Vertreter der Bw. auf Grund des neuerlichen Ergänzungsersuchens des Finanzamtes vom 24.9.2001 um Erstreckung der dortigen Frist zur Vorlage von Unterlagen (teilweise aus Deutschland) bzw. zur Stellungnahme zumindest bis zum 31.12.2001.

Das Finanzamt erließ am 6. November 2002 eine Berufungsvorentscheidung und wies die Berufung vom 27. Juli 2001 mit folgender Begründung ab:

"Die Familienbeihilfe wird vom Beginn des Monats gewährt, in dem die Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt werden. Die Familienbeihilfe wird höchstens für fünf Jahre rückwirkend vom Beginn des Monats der Antragstellung gewährt.

Es wurden bis dato keine entsprechenden Nachweise nachgereicht, obwohl es eigentlich in diesem Zeitraum möglich gewesen sein müsste.

Da Sie Ihrer Mitwirkungspflicht im Sinne des § 115 der Bundesabgabenordnung nicht nachgekommen sind, musste auf Grund der Aktenlage entschieden werden..."

Der steuerliche Vertreter stellte fristgerecht den Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz und führte unter anderem aus:

"...Laut Erinnerung der Berufungswerberin hat die Berufungswerberin bereits im Jahre 1993 beim Finanzamt f. d. 2. u. 20. Bezirk die Gewährung von Familienbeihilfe für ihre beiden mj. Enkelkinder selbst, damals rechtsanwaltlich noch nicht vertreten, beantragt. In diesem Fall wird die Familienbeihilfe zu Recht ab 8/91 bis 10/92 begehrt.

Sollte jedoch entgegen der Erinnerung der Berufungswerberin kein Antrag der Berufungswerberin aus dem Jahre 1993 oder später (bis zum Antrag des Rechtsvertreters am 1.4.1997) d.a. vorliegen bzw. aufgefunden werden können, wird mit Rücksicht auf den vom Rechtsvertreter eingebrachten, schriftlichen rekommandierten Antrag vom 1.4.1997 das Begehr auf Gewährung von Familienbeihilfe für die beiden mj. Enkelkinder auf den Zeitraum 4/92 bis 10/92 eingeschränkt.

Wie aus den vorgelegten Unterlagen hervorgeht, waren die beiden mj. Enkelkinder im Zeitraum, für welchen die Familienbeihilfe begehrt wird, ohnehin im gemeinsamen Haushalt mit der Berufungswerberin, weshalb der Berufungswerberin, die während dieser Zeit zusätzlich für ihre beiden mj. Enkelkinder auch sämtliche Kosten getragen hat, die Familienbeihilfe für ihre beiden mj. Enkelkinder bereits aufgrund dieser Haushaltzugehörigkeit zusteht..."

Über die Berufung wurde erwogen:

Rechtsgrundlagen

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

Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG hat Anspruch auf Familienbeihilfe für ein in Abs. 1 genanntes Kind 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.

Kinder einer Person sind gemäß § 2 Abs. 3 FLAG:

- a) deren Nachkommen
- b) deren Wahlkinder und deren Nachkommen,
- c) deren Stiefkinder,
- d) deren Pflegekinder (§§ 186 und 186a des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches).

Gemäß § 2 Abs. 5 FLAG gehört ein Kind zum Haushalt einer Person, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt.

Gemäß § 5 Abs. 4 FLAG besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, grundsätzlich kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

Gemäß § 50 g Abs. 2 FLAG tritt § 5 Abs. 4 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl.Nr. 201/1996 an dem der Kundmachung des Bundesgesetzes BGBl.Nr. 201/1996 folgenden Tag in Kraft. Soweit bestehende Staatsverträge die Gewährung von Familienbeihilfe für Kinder vorsehen, die sich ständig in einem anderen Staat aufhalten, ist § 5 Abs. 4 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl.Nr. 297/1995 weiter anzuwenden, bis völkerrechtlich anderes bestimmt ist.

Gemäß § 167 Abs. 2 BAO hat die Abgabenbehörde unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht.

Folgende Unterlagen liegen vor:

- **Bescheid der Botschaft der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien in Österreich, Konsularabteilung (Übersetzung) vom 1. August 1991**, der wie folgt lautet:

"Die mj. P. A. und D. sind in der Ehe von P.S. und Si. aus Osijek geboren. Die Kinder lebten mit den KE. Da aber Osijek zum Kriegsgebiet in Kroatien gehört, wo auch die Lebensgefahr droht und die Einkünfte der KE wegen der erschwertem Wirtschaftsaktivität drastisch zusammengestutzt sind, können die KE für die Kinder derzeit nicht sorgen. Daher haben sie diese gestern nach Wien bei der gen. Vormünderin gebracht, damit sie da bleiben bis die Bedingungen für ihre Heimkehr entstehen. Die Vormünderin benützt in Wien eine Hauswartswohnung und hat ordentliche Einkünfte von ihrem Lohn und der Pension ihres Ehemannen Mirko. Die KE haben ihre Zustimmung zu dieser Vormundschaft abgegeben. Im Verfahren ist festgestellt, daß P.D. zum Vormund fähig ist. Da sie väterliche Großmutter der Mündel ist und ihren Willen geäußert hat, zum Vormund bestellt zu werden, wofür sie auch die gesetzlichen Bedingungen erfüllt, war es spruchgemäß zu entscheiden..."

- **Meldezettel für A. und D.:**

Laut Meldezettel wurden die beiden Kinder am 20. August 1991 unter der Adresse W./1/5, angemeldet und am 3. Dezember 1991 abgemeldet. Unter "verzogen nach" wurde BRD angeführt.

- **Weitere zwei Meldezettel für A. und D.:**

Nach diesen wurden die Kinder am 2. Jänner 1992 wieder mit der Adresse W./1/5 angemeldet und am 19. Oktober 1992 wieder abgemeldet. Unter dem Vermerk "verzogen nach" wurde angeführt "unbek. amtl. abgem. mittels Rsb". Unter der Rubrik "Bei gleichzeitiger Aufgabe eines bisherigen ordentlichen Wohnsitzes diesen hier eintragen" wird "Deutschland" angegeben.

- **Brief des Arbeitsamtes Ludwigsburg**, mit dem dem Kindesvater P.S. bestätigt wird, dass er während seines Aufenthaltes in Deutschland kein Kindergeld erhalten habe.

- **Bestätigung der Firma "S."**, Industrie von Modekonfektion, (beglaubigte Übersetzung) vom 6. August 1992, dass die Kindesmutter Si.P. in den Jahren 1991 und 1992 ebenfalls keine Kinderbeihilfe bezogen habe.

- Durch eigenhändige Unterschrift unterfertigte Erklärung unter Eid (Beglaubigte Übersetzung aus der serbischen Sprache) vom 13.10.1997, die wie folgt lautet:

"Wir; Herr P.S., geb. am 26.06.57 in Do, Bosnien und Herzegowina, wohnhaft in T., und Frau P. Si., geb. am 25.01.61 in O., Kroatien, wohnhaft in T., erklären unter Eid, dass wir ab dem Jahre 1991 keine Kinderbeihilfe für unsere Kinder P. A., geb. am 29.11.1985 und P. D., geb. am 03.11.1989, weder in Jugoslawien noch in Österreich und auch nicht in Deutschland erhalten haben...."

(Stempel mit Datum des Einlangens beim Finanzamt unleserlich)

- **Bestätigung des Stadtschulrates** vom 20. August 2001 (eingelangt beim Finanzamt am 28. August 2001), dass laut Schulpflichtmatrik des Stadtschulrates für Wien beide Kinder mit 1992 aus Wien amtlich unbekannt abgemeldet und daher auch keine Schule in Wien besuchten.

Angenommener Sachverhalt

Aufgrund der oben wiedergegebenen Unterlagen nimmt es die Berufungsbehörde als erwiesen an, dass sich die Kinder zumindest im Zeitraum April bis Oktober 1992 zum Haushalt der Bw. zugehörig waren.

Insbesondere steht fest, dass die Bw. als Vormünderin für ihre Enkel bestellt war und auch entsprechende Meldedaten vorliegen.

Bei Auslandsbeziehungen bestehen zwar nach der Judikatur des VwGH erhöhte Mitwirkungspflichten der Parteien; im Berufungsfall wurde aber diesen Mitwirkungspflichten in den wesentlichen Punkten entsprochen.

Was die Frage anlangt, ob Familienbeihilfe schon ab August 1991 oder erst ab April 1992 gewährt werden kann, so ist hierzu Folgendes anzuführen:

Der von der Bw. eingebrachte Antrag vom 16. März 1994 enthält keine Angaben darüber, ab wann die Familienbeihilfe für ihre beiden Enkelkinder beantragt wird. Deshalb muss davon ausgegangen werden, dass keine rückwirkende Gewährung begehrt wurde.

Dieser Antrag wurde mit Bescheid vom 19. Dezember 1995 als zurückgenommen erklärt. Die Erlassung eines derartigen Bescheides war zwar rechtlich nicht zutreffend (es wäre vielmehr eine Abweisung des Antrages geboten gewesen), fest steht dennoch, dass dieser Bescheid in Rechtskraft erwachsen ist.

Durch die mangelnde Rückwirkung des Erstantrages vom 16. März 1994 war der zweite (nunmehr rückwirkende) Antrag vom 1. April 1997 des zwischenzeitig bevollmächtigten Rechtsvertreter zulässig, ohne dass dem das Hindernis der entschiedenen Sache entgegen stehen würde; allerdings konnte Familienbeihilfe höchstens für fünf Jahre rückwirkend von Beginn des Monats der nunmehrigen Antragstellung, also ab April 1992, gewährt werden.

Da somit jedenfalls für April bis Oktober 2002 von Haushaltszugehörigkeit auszugehen ist, war für diesen Zeitraum Familienbeihilfe zu gewähren, ohne dass überprüft werden musste, ob § 50 g Abs. 2 FLAG zur Anwendung zu kommen hatte.