



Bescheid

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw, vertreten durch Vt, vom 12. Dezember 2007 gegen den Bescheid des Finanzamtes d vom 5. Dezember 2007 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab 1. Oktober 2007 entschieden:

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

Begründung

Nach § 2 Abs 1 lit b FLAG 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, für volljährige Kinder, die sich in Aus- bzw Fortbildung unter dort näher genannten Voraussetzungen befinden, 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 volljährigen Kindern, die für ihren Beruf ausgebildet oder in ihrem Beruf fortgebildet werden, auch die Kosten der Berufsausbildung oder Berufsfortbildung.

§ 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 in Österreich tätiger b 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 bezweckt 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 b ist und sein Kind in einem anderen Staat des Gemeinschaftsgebietes wohnt.

Die Tatsache, dass das Kind des Bw nicht im gemeinsamen Haushalt mit dem Berufungswerber lebt, ist unbestritten und ergibt sich aus dem Vorbringen des Bw und den vorliegenden Unterlagen.

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 Haushaltszugehörigkeit gegeben ist, reicht nach Art 1 lit f der VO in diesen Fällen die Tatsache der überwiegenden Kostentragung durch den Bw aus.

Auch die Tatsache der Auflösung der Ehe des Bw ändert nichts an der Anwendbarkeit der VO - wie der VwGH im Erkenntnis vom 19.4.2007, ZI 2004/15/0049, unter Berufung auf das oben erwähnte EuGH Urteil Rs *Humer* eindeutig klarstellte. Demnach sind unter dem Ausdruck "Familienlast" auch Familiensituationen nach einer Scheidung erfasst.

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

Es wäre zu prüfen, ob für die volljährige Tochter des Bw nach innerstaatlichem Recht ein Anspruch auf Familienbeihilfe wegen Berufsausbildung bestünde.

Ferner wäre durch Ermittlungen festzustellen, ob für die Tochter für den in Rede stehenden Zeitraum in i als Wohnsitzstaat Familienleistungen (an die Mutter) vorgesehen sind und wieviel diese betragen. Nach dem Erkenntnis des VwGH vom 23.5.2007, ZI 2006/13/0074, gilt nämlich der Grundsatz "iura novit curia" in Bezug auf ausländisches Recht nicht.

Unabhängig von der tatsächlichen Antragstellung oder Auszahlung allfällig zustehender Familienleistungen würde bei einem Anspruch der Mutter in i somit nach der Kollisionsnorm

des Art 76 der VO der inländische Anspruch des Bw in diesem Ausmaß ruhen. Der Bw hätte unter der Voraussetzung der überwiegenden Kostentragung Anspruch auf eine entsprechende Differenzzahlung.

Sollte in i kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestehen, würde allenfalls der subsidiäre Tatbestand der überwiegenden Kostentragung zur Geltung gelangen und möglicherweise ein primärer Anspruch auf österreichische Familienbeihilfe bestehen.

Daher wäre abzuklären, ob überwiegende Kostentragung durch den Bw in Bezug auf den Unterhalt der Tochter vorliegt. Dazu wären die gesamten Unterhaltskosten zu ermitteln und der prozentuelle Anteil, den der Bw dazu beiträgt, festzustellen, wobei auch der Zahlungsfluss durch geeignete Belege nachzuweisen wäre. Der Bw gibt jedenfalls laut der vom Finanzamt an den Unabhängigen Finanzsenat vorgelegten Unterlagen an, dass er ausschließlich für den Unterhalt aufgekommen sei.

Im Falle überwiegender Kostentragung und bei Vorliegen aller anderen Voraussetzungen wäre die Familienbeihilfe bzw ein allfälliger Differenzbetrag zuzuerkennen, andernfalls besteht weder Anspruch auf Familienbeihilfe noch auf Ausgleichszahlungen.

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 und vom 26.2.2008, RV/3193-W/07, wird verwiesen.

Feldkirch, am 21. Mai 2008