



Bescheid

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Berufungswerberin, Wohnort, Straße, vom 1. Oktober 2009 gegen den Bescheid des Finanzamtes FA vom 4. September 2009 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab 1. März 2008 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

Mit einem bei einem Finanzamt in Wien am 1. Juni 2009 eingebrachten amtlichen Formular beehrte die Antragstellerin, eine türkische Staatsbürgerin, die Gewährung der Familienbeihilfe für ihren Sohn [Name] ab März 2008. Dieser Antrag wurde an das Finanzamt FA weitergeleitet und ersuchte dieses die Antragstellerin um Vorlage weiterer Beweismittel. Nachdem dieser Vorhalt unbeantwortet blieb, wurde der Antrag als unbegründet abgewiesen.

In der Folge langte am 1. Oktober 2009 beim Finanzamt FA ein Schreiben ein, mit welchem die Antragstellerin behauptete, den Vorhalt nicht erhalten zu haben, und weitere Unterlagen nachgereicht wurden.

Das Finanzamt wertete diese Eingabe als Berufung. In der Folge wurde ein Mängelbehebungsauftrag erteilt, welchen die Antragstellerin mit einem undatierten Schreiben (welches auch keinen Eingangsstempel aufweist) beantwortete. Das Finanzamt beurteilte

dieses Schreiben offenbar als rechtzeitige und ordnungsgemäße Erfüllung des erteilten Auftrages und erließ eine abweisende Berufungsvorentscheidung. Begründet wurde diese Abweisung ausschließlich damit, dass sich der Sohn als Student „nur vorübergehend zu Ausbildungszwecken“ in Österreich aufhalte und daher die Ansicht vertreten werde, dass sich der Mittelpunkt der Lebensinteressen des Sohnes in der Türkei befinde.

Mit dem ersten Teilaspekt der Begründung bezieht sich das Finanzamt offenbar auf die Bestimmung des [§ 5 Abs 3 FLAG 1967](#), nach welcher kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht, wenn sich das (vermeintlich) beihilfenvermittelnde Kind ständig im Ausland aufhält, da es auf den Mittelpunkt der Lebensinteressen des Kindes nicht ankommt ([§ 2 Abs 8 FLAG 1967](#) bezieht sich seinem klaren Wortlaut nach nur auf die Person, die den Anspruch auf Familienbeihilfe erhebt).

Dazu steht auf Grund des Verwaltungsaktes fest, dass der Sohn der Berufungswerberin seit November 2006 mit Hauptwohnsitz in Österreich gemeldet ist und an einer österreichischen Universität seit dem Wintersemester 2006/07 erfolgreich einen Vorstudienlehrgang besucht hat und in der Folge ab dem Sommersemester 2008 ein Studium betreibt. Anzeichen dafür, dass sich der Sohn der Berufungswerberin in dieser Zeit vorwiegend in seinem Heimatland aufgehalten hat, sind dem Verwaltungsakt nicht zu entnehmen. Es ist demnach – wie es auch die Ablegung zahlreicher Prüfungen an der Universität vermuten lässt - davon auszugehen, dass sich der Sohn der Berufungswerberin rechtmäßig als Student über einen mehrjährigen Zeitraum in Österreich aufgehalten hat und noch weiter aufhalten wird. Bei einer derartigen Sachverhaltskonstellation ist alleine auf Grund der Tatsache, dass der Sohn der Berufungswerberin studiert, von einem dem Beihilfenanspruch entgegenstehenden „nur vorübergehenden“ Aufenthalt in Österreich (und daraus resultierend einem ständigen Aufenthalt im Ausland) nicht auszugehen, was der Verwaltungsgerichtshof in bereits mehreren Erkenntnissen klar zum Ausdruck brachte (vgl zB VwGH 20.6.2000, [98/15/0016](#); VwGH 28.11.2002, [2002/13/0079](#); VwGH 2.6.2004, [2001/13/0160](#); VwGH 15.11.2005, [2002/14/0103](#); uam). An dieser Beurteilung ändert auch der Umstand, dass der Sohn der Berufungswerberin über eine Aufenthaltsbewilligung als Studierender nach [§ 8 Abs 1 Z 5 NAG](#) verfügt, nichts, weil allein dieser Aufenthaltstitel dem tatsächlichen (ständigen) Aufenthalt des Sohnes der Berufungswerberin nicht schadet (vgl VwGH 17.12.2009, [2009/16/0221](#); VwGH 21.9.2009, [2009/16/0178](#); VwGH 18.11.2009, [2008/13/0072](#)).

Da das Finanzamt – ausgehend von der Annahme des Vorliegens des Ausschlussgrundes nach [§ 5 Abs 3 FLAG 1967](#) wegen eines nur „vorübergehenden Aufenthaltes“ des Sohnes auf Grund der Tatsache, dass dieser „lediglich“ studiert – weitere Sachverhaltsfeststellungen nicht

durchgeführt hat, ist es dem unabhängigen Finanzsenat jedoch nicht möglich, den vorliegenden Fall abschließend inhaltlich zu entscheiden.

Nach den Bestimmungen des FLAG 1967 hat die Berufungswerberin nämlich nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe für ihren volljährigen Sohn, wenn sie in Österreich über einen Wohnsitz oder den gewöhnlichen Aufenthalt verfügt ([§ 2 Abs 1 FLAG 1967](#)), ihr Sohn eine der Voraussetzungen des § 2 Abs 1 lit b bis i FLAG 1967 erfüllt, dieser bei ihr haushaltszugehörig ist oder sie – in eventu - die Kosten seines Unterhaltes überwiegend trägt (§ 2 Abs 2, 4 und 5 FLAG 1967), die Berufungswerberin den Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich hat (§ 2 Abs 8 FLAG 1967) und sie sich nach den §§ 8 und 9 NAG rechtmäßig in Österreich aufhält.

Dazu ergibt sich aus dem Verwaltungsakt, dass die Berufungswerberin seit dem 31. März 2008 mit Hauptwohnsitz in [Adresse1], gemeldet ist. Mit 3. Juni 2009 erfolgte eine Meldung als Nebenwohnsitz in [Adresse2]. Bei der erstgenannten Adresse handelt es sich um die Wohnung der Familie ihrer Tochter, bei der zweitgenannten Adresse um die Anschrift ihres Sohnes. Bei der vom Sohn bewohnten Unterkunft handelt es sich um eine Kleinstwohnung, bestehend aus einem Zimmer, Küche und Klosett, im Ausmaß von 29,89 m², welche nach den im Akt aufliegenden Bestätigungen von diesem „als Mitbewohner“ benützt wird.

In der Eingabe vom 1. Oktober 2009 gab die Berufungswerberin an, in den letzten sieben Monaten in Wien bei ihrem Sohn gelebt zu haben und sich in den Sommerferien 2009 – zum Besuch der Tochter und der Enkelkinder sowie zu klinischen Untersuchungen – in Innsbruck aufgehalten zu haben. Wo sie davor – gegenständlich ist der Anspruch auf Familienbeihilfe ab März 2008 strittig – gelebt hat, ist nicht ersichtlich. Wenn die Berufungswerberin nunmehr selbst angibt, der Aufenthalt an ihrem „Hauptwohnsitz“ habe nur Besuchszwecken und klinischen Untersuchungen gedient, und die vom Sohn bewohnte Kleinstwohnung von diesem bereits mit (zumindest) einem Mitbewohner geteilt wird, ist für den Unabhängigen Finanzsenat bereits zweifelhaft, ob hier tatsächlich vom Vorliegen eines Wohnsitzes in Österreich ausgegangen werden kann (zur vorübergehenden Überlassung eines Zimmers vgl VwGH 14.11.1996, [94/16/0033](#)). Dies umso mehr, wenn es sich beim „Zweitwohnsitz“ um eine bereits von mehreren Personen bewohnte Kleinstwohnung mit nur einem Zimmer handelt. Lediglich die Meldung an einer Adresse bewirkt für sich allein noch nicht, dass über eine Wohnung rechtlich und tatsächlich verfügt werden kann.

Wenn die Berufungswerberin nunmehr angibt, sie habe sich über sieben Monate in der von ihrem Sohn mitbewohnten Unterkunft aufgehalten, was zu einer Begründung des gewöhnlichen Aufenthaltes in Österreich führen könnte, stellt sich insbesondere auf Grund deren Größe die Frage, ob dies tatsächlich so gewesen ist.

Es wären daher Sachverhaltsfeststellungen zu treffen gewesen,

- ob die Berufungswerberin im streitgegenständlichen Zeitraum tatsächlich über einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich verfügt hat bzw ob (in der Türkei – was auf Grund der Angaben des Sohnes gegenüber der Universität über eine dortige Heimatadresse auch für die Berufungswerberin anzunehmen sein wird) ein Wohnsitz bestanden hat,
- ob auch der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Berufungswerberin sich im streitgegenständlichen Zeitraum in Österreich befunden hat,
- ob der Sohn der Berufungswerberin tatsächlich bei ihr haushaltszugehörig gewesen ist bzw sie wirtschaftlich in der Lage war überwiegend die Kosten des Unterhalts des Sohnes zu tragen und dies auch getan hat.

Erst wenn diese Punkte sachverhaltsmäßig geklärt sind, kann der gegenständliche Fall rechtlich beurteilt werden.

Nach § 289 Abs 1 BAO kann die Abgabenbehörde zweiter Instanz die Berufung durch Aufhebung des angefochtenen Bescheides unter Zurückverweisung der Sache an die Abgabenbehörde erster Instanz erledigen, wenn - wie oben ausgeführt gegenständlich zutreffend - Ermittlungen (§ 115 Abs 1 BAO) unterlassen wurden, bei deren Durchführung ein anders lautender Bescheid hätte erlassen werden oder eine Bescheiderteilung hätte unterbleiben können.

Die Aufhebung nach §289 BAO ist unabhängig von einem „Verschulden“ der Abgabenbehörde erster Instanz zulässig (vgl Ritz, BAO³ Kommentar, § 289 Tz 11) und stellt eine Ermessensentscheidung dar, welche nach den Grundsätzen der Zweckmäßigkeit und Billigkeit zu treffen ist. Zweckmäßig ist die Zurückverweisung jedenfalls aus dem Grund, weil zur Klärung des entscheidungswesentlichen Sachverhaltes umfangreiche Ermittlungsschritte im Zuständigkeitsbereich von zwei Finanzämtern zu setzen sein werden, die (auch) in Einvernahmen vor Ort bestehen können, welche (über Ersuchen um Amtshilfe) vom im örtlichen Nahebereich gelegenen Finanzamt wesentlich einfacher und kostengünstiger durchgeführt werden können. Zudem würde es die Anordnungen des Gesetzgebers unterlaufen, wenn es wegen des Unterbleibens eines (wie sich nun als notwendig erweist - umfangreicheren) Ermittlungsverfahrens in erster Instanz zu einer Verlagerung nahezu des gesamten Verfahrens vor die Berufungsbehörde käme und die Einrichtung von zwei Entscheidungsinstanzen damit zur bloßen Formsache werden würde. Es ist nicht im Sinn des Gesetzes, wenn die Berufungsbehörde, statt ihre (umfassende) Kontrollbefugnis wahrnehmen zu können, jene Behörde ist, die erstmals den entscheidungswesentlichen Sachverhalt

ermittelt und einer Beurteilung unterzieht (vgl Ritz, BAO³ Kommentar, § 289 Tz 5 unter Hinweis auf VwGH vom 21.11.2002, [2002/20/0315](#)). Will der Unabhängige Finanzsenat der ihm zugedachten Rolle eines unabhängigen Dritten gerecht werden, muss er sich im Wesentlichen auf die Funktion eines Kontroll- und Rechtsschutzorganes beschränken (vgl Beiser, SWK 3/2003, S 102ff). Würde der UFS im berufungsgegenständlichen Fall die noch notwendigen Ermittlungen erstmals selbst durchführen, würde dies auch zu einer nicht unbeträchtlichen Verfahrensverzögerung führen, weil alle Ermittlungsergebnisse immer der jeweils anderen Verfahrenspartei zur Stellungnahme bzw. Gegenäußerung unter Beachtung des Parteiengehörs iSd § 115 Abs 2 BAO zur Kenntnis gebracht werden müssten, was bei der Ermessensübung iSd § 289 Abs 1 BAO ebenfalls Beachtung zu finden hat. Billigkeitsgründe stehen einer Aufhebung unter Zurückverweisung nicht entgegen, da die Berufungswerberin im Rahmen des weiterführenden Verfahrens die Möglichkeit eingeräumt werden wird, ihrer Mitwirkungspflicht entsprechend zeitnahe nachzukommen und die Umstände, die für die Rechtmäßigkeit ihres Begehrens sprechen, unter Beweis zu stellen.

Abschließend darf darauf hingewiesen werden, dass je nach den getroffenen Feststellungen allenfalls auch eine (neuerliche) Prüfung der örtlichen Zuständigkeit des bescheiderlassenden Finanzamtes ([§ 13 FLAG 1967](#) iVm den einschlägigen Bestimmungen der BAO) notwendig werden könnte, und dass aus dem elektronischen Informationssystem hervorgeht, dass am 9. März 2009 bereits ein – nicht im vorgelegten Verwaltungsakt enthaltener - Abweisungsbescheid betreffend Familienbeihilfe ab Oktober 2008 an die Berufungswerberin ergangen ist.

Es war daher wie im Spruch ausgeführt zu entscheiden.

Innsbruck, am 11. März 2011