



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Berufungswerbers, Wohnort, Straße, vom 13. März 2008 gegen die Bescheide des Finanzamtes FA vom 19. Februar 2008 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. August 2005 bis 31. Juli 2007 entschieden:

Der Berufung wird hinsichtlich des Zeitraumes 1. August 2005 bis 30. September 2006 Folge gegeben.

Die Bescheide betreffend Rückforderung der Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbeträge werden soweit sie diesen Zeitraum betreffen ersatzlos aufgehoben.

Für den Zeitraum 1. Oktober 2006 bis 31. Juli 2007 werden die angefochtenen Bescheide und die Berufungsvorentscheidung gemäß § 289 Abs 1 BAO unter Zurückweisung der Sache an die Abgabenbehörde erster Instanz aufgehoben.

### Entscheidungsgründe

Im Zuge der Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe wurde vom Beihilfenbezieher die im streitgegenständlichen Zeitraum an ihn ausbezahlte Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbeträgen zurückgefordert. Dies mit der Begründung, dass für die die Beihilfe vermittelnde Tochter kein Tätigkeitsnachweis erbracht wurde und sich diese seit September 2006 in [EU-Staat] befinde.

Die Berufung begründete der Beihilfenbezieher damit, dass er Tätigkeitsnachweise „schon zweimal“ eingereicht habe, er diese aber neuerlich beilege. Angeschlossen wurde eine Kopie eines Abschlusszeugnisses einer Handelsschule vom 21. Juni 2006 sowie eine Bescheinigung eines in [EU-Staat] ansässigen näher bezeichneten Institutes, wonach eine Schülerin, deren

Vornamen und Geburtsdatum (hinsichtlich Tag und Monat) mit dem der beihilfenvermittelnden Tochter jedoch nicht übereinstimmt, in den Monaten September 2006 bis Juni 2007 einen nicht näher beschriebenen „Vollzeit-Unterricht“ besucht habe.

Mittels Berufungsvorentscheidung wurde der Berufung hinsichtlich des Zeitraumes August 2005 bis September 2006 Folge gegeben, hinsichtlich des restlichen Zeitraumes erfolgte mit der Begründung, es bestehe kein Beihilfenanspruch für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, eine abweisende Erledigung.

Daraufhin beantragte der Einschreiter die Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz und führte aus, dass sich seine Tochter nicht ständig im Ausland befinde, da sie in allen Schulferien nach Österreich fliege oder mit dem Auto abgeholt werde und sie sich dann bei ihm befinde.

### ***Über die Berufung wurde erwogen:***

Vorerst ist festzuhalten, dass der Berufungswerber für den Zeitraum August 2005 bis September 2006 den Nachweis seines Familienbeihilfenanspruches erbracht hat, was dazu führte, dass bereits das Finanzamt eine für diesen Zeitraum stattgebenden Berufungsvorentscheidung erlassen hat. Nachdem auch seitens des Unabhängigen Finanzsenates diesbezüglich keinerlei Bedenken entstanden sind, waren die diesen Zeitraum betreffenden Rückforderungsbescheide ersatzlos aufzuheben.

Anders verhält es sich hinsichtlich des Zeitraumes von Oktober 2006 bis Juli 2007. Diesbezüglich ergibt sich aus dem Verwaltungsakt, dass das Finanzamt offenbar davon ausgeht, dass die Tochter des Berufungswerbers in [EU-Staat] eine Schule besucht hat; dies obwohl die vom Berufungswerber vorgelegte Bescheinigung nicht nur äußerlich in keiner Weise einer Bestätigung einer offiziellen mitteleuropäischen Schule gleicht, sondern auch der darin angeführte Vorname und das Geburtsdatum nicht mit dem Namen und dem Geburtsdatum der Tochter übereinstimmen. Ohne weitere Erhebungen hat das Finanzamt daraus geschlossen, dass sich die Tochter des Berufungswerbers ständig im Ausland aufhält und mit ausschließlich dieser Begründung den Anspruch auf Familienbeihilfe verneint.

Dazu ist festzuhalten, dass der Berufungswerber türkischer Staatsbürger ist, jedoch schon seit Jahren über einen rechtmäßigen Aufenthalt und Wohnsitz in Österreich verfügte und (unterbrochen durch diverse Zeiten der Arbeitslosigkeit) Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit erzielte. Dadurch bestand für den Berufungswerber dem Grunde nach Anspruch auf Familienbeihilfe für seine haushaltszugehörigen Kinder und das Finanzamt zahlte diese auch aus.

Nunmehr lebt die in Rede stehende, volljährig gewordene Tochter der Berufungswerbers seit September 2006 offenbar in [EU-Staat] . Familienbeihilfe für ein volljähriges Kind steht nach den Bestimmungen des FLAG 1967 bis zur Erreichung der Altergrenze ua zu, wenn sich dieses in einer Berufsausbildung iSd § 2 Abs 1 lit b FLAG 1967 befindet und das Kind zur die Beihilfe beanspruchenden Person haushaltszugehörig iSd § 2 Abs 2 FLAG 1967 ist.

Für österreichische Staatsbürger, welche in Österreich leben, wäre der Aufenthalt eines Kindes zu Studienzwecken in [EU-Staat] , einem Staat der Europäischen Union, grundsätzlich nicht beihilfenschädlich. Dies unter der Voraussetzung, dass die Haushaltszugehörigkeit zum Beihilfenwerber nicht aufgehoben ist (§ 2 Abs 5 FLAG 1967) bzw. (für von der VO(EWG) Nr. 1408/71 erfasste Personen) nach der Bestimmung des Art 1 lit f) sublit i) der genannten Verordnung die Kosten des Unterhalts für das Kind überwiegend vom Beihilfenwerber getragen werden.

Der Berufungswerber ist türkischer Staatsbürger, der in Österreich lebt und als Dienstnehmer arbeitet. Damit sind er und seine Angehörigen vom Geltungsbereich des Beschlusses Nr. 3/80 des auf Grund des Abkommens zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei geschaffenen Assoziationsrates vom 19. September 1980 erfasst. Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 18.9.2003, 2000/15/0204, ausführt, bedeutet das im genannten Beschluss aufgestellte Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit, dass ein türkischer Staatsbürger, für den der Beschluss gilt, ebenso behandelt werden muss wie die Staatsangehörigen des Aufnahmemitgliedsstaates.

Wenn nunmehr aber österreichischen Staatsbürgern, welche die anderen Voraussetzungen für den Familienbeihilfenbezug erfüllen, auch für Kinder, welche sich in [EU-Staat] aufhalten, Familienbeihilfe zu gewähren ist, muss dies unter den gleichen Voraussetzungen auch für den Berufungswerber gelten.

Da das Finanzamt den behaupteten ständigen Auslandsaufenthalt der Tochter des Berufungswerbers alleine als für eine abweisende Entscheidung ausreichend angesehen hat, was sich auf Grund der obigen Ausführungen als unrichtig erweist, wurden keinerlei andere Erhebungen durchgeführt. So blieb der Sachverhalt hinsichtlich der für den Zeitraum Oktober 2006 bis Juli 2007 entscheidungswesentlichen Umstände (tatsächliches Vorliegen einer Berufsausbildung, Haushaltszugehörigkeit bzw überwiegende Kostentragung, allfälliger Bezug einer Familienleistung in [EU-Staat] usw.) vollständig unermittelt.

Nach § 289 Abs 1 BAO kann die Abgabenbehörde zweiter Instanz 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 BAO) unterlassen wurden, bei deren Durchführung ein anders lautender Bescheid hätte erlassen werden oder eine Bescheiderteilung hätte unterbleiben können.

§ 289 Abs 1 BAO stellt eine Ermessensentscheidung dar, welche nach Zweckmäßigkeit und Billigkeit zu treffen ist. Zweckmäßig ist die Aufhebung unter Zurückverweisung im gegenständlichen Fall, weil es nicht Aufgabe der Abgabenbehörde zweiter Instanz sein kann, einer Abgabenbehörde erster Instanz gleich den entscheidungswesentlichen Sachverhalt erstmalig festzustellen und so in einem Verfahren, welches von Amts wegen einzuleiten war, die Aufgaben einer von zwei gleichberechtigten Parteien im Verwaltungsverfahren zu übernehmen. Gründe der Billigkeit sprechen ebenfalls nicht gegen die Aufhebung unter Zurückverweisung, da der Beihilfenbezieher mit der Aufhebung (vorerst) keiner Nachforderung mehr ausgesetzt ist und das Finanzamt ohnehin die Gelegenheit hat, in einem neuen und mängelfreien Verfahren einen allfällig zu Recht bestehenden Nachforderungsanspruch geltend zu machen.

Es war daher wie im Spruch ausgeführt zu entscheiden.

Innsbruck, am 13. März 2009