



Bescheid

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 6. Juli 2010 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 3/11 Schwechat Gerasdorf vom 10. Juni 2010 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum Oktober 2007 bis August 2009 entschieden:

Der angefochtene Bescheid vom 10. Juni 2010 und die Berufungsvorentscheidung vom 10. September 2010 werden gemäß § 289 Abs. 1 der Bundesabgabenordnung (BAO), BGBI. Nr. 194/1961 idgF, unter Zurückverweisung der Sache an die Abgabenbehörde erster Instanz aufgehoben.

Entscheidungsgründe

Mit Antrag vom 18. März 2010 machte der in der Türkei geborene, in Österreich nichtselbständig beschäftigte Berufungswerber (Bw.), der in diesem Antrag die Staatsbürgerschaft mit "Stadtlos" und das Datum der Einreise nach Österreich mit "01.10.1989" angab, für seinen im Mai 1984 geborenen Sohn S. (S.) die Zuerkennung von Familienbeihilfe ab 2007 geltend.

Das Datum der Einreise des Sohnes wurde mit "31.10.2005", der Wohnort des Kindes mit "ständig bei mir" (dem Bw.), die Finanzierung der monatlichen überwiegenden Kosten durch den Bw. sowie die Tätigkeit des Kindes bzw. die Bezeichnung der (Hoch)Schule mit "Universität" angegeben.

In beigelegten Bestätigungen der Meldung aus dem Zentralen Melderegister über zuletzt geänderte Meldedaten vom 5. April 2006 wird ab diesem Datum derselbe Wohnsitz in Wien

als Hauptwohnsitz sowohl des Bw. als auch seines Sohnes S. ausgewiesen. Die Staatsangehörigkeit des Bw. wird hierin mit "Konventionsflüchtling", jene des Sohnes mit "Türkei" bezeichnet.

Der den S. betreffende Bescheid des Bundesasylamtes vom 2. April 2009 (sh. dazu im Folgenden) enthält u.a. folgende Feststellungen: "Im Bundesgebiet sind Ihr Vater (der Bw.), ..., StA: Türkei, Ihre Mutter, ..., StA: Türkei und Ihr Bruder, ..., StA: Türkei aufhältig. Diesen Angehörigen wurde die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt. Sie sind mit ihren Familienangehörigen an gemeinsamer Adresse wohnhaft. ... Sie studieren an der Universität Wien." (AS 38)

Laut Versicherungsdatenauszug der Österreichischen Sozialversicherung vom 15. April 2010 waren für den Zeitraum ab 1. Jänner 2007 unter der Versicherungsnummer des Sohnes des Bw. folgende Angaben gespeichert:

| Von | bis | Art der Monate / meldende Stelle |
|------------|------------|---|
| 09.02.2007 | 31.10.2007 | Selbstvers. Krankenvers. § 16 ASVG |
| 12.03.2007 | 14.03.2007 | Asylwerber bzw. Flüchtlings Nö. Gebietskrankenkasse |
| 15.06.2007 | 30.06.2007 | geringfügig beschäftigter Arbeiter ... Restaurants GmbH |
| 02.01.2009 | 31.01.2009 | geringfügig besch. § 4 Abs. 4 ASVG Ang. ...GesmbH |

Über Ergänzungsersuchen des Finanzamtes vom 16. April 2010, den Nachweis über den rechtmäßigen Aufenthalt (z.B.: NAG-Karte mit Aufenthaltstitel) des Sohnes S. für den Zeitraum August 2006 bis September 2009) zu erbringen, übermittelte der Bw. (nebst Kopien der e-card und der NAG-Karte vom 11.9.2009) eine Bestätigung des Amtes der Wiener Landesregierung, Magistratsabteilung 35, vom 27. Mai 2010 über folgende seinem Sohn erteilte Aufenthaltstitel:

| Eingangsdatum | Bewilligungsdauer | Aufenthaltszweck/Aufenthaltbewilligung |
|---------------|---------------------------|--|
| 21.08.2009 | 11.09.2009 bis 30.08.2010 | Quotenfreie Erst-AB Studierender |
| 22.08.2006 | 23.08.2006 bis 23.08.2007 | Studierender |

Mit Bescheid vom 10. Juni 2010 wurde der Antrag des Bw. auf Familienbeihilfe betreffend das Kind S. für den Zeitraum von Oktober 2007 bis August 2009 mit folgender Begründung abgewiesen:

"Für Kinder, die nicht österreichische StaatsbürgerInnen sind, besteht gemäß § 3 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 (FLAG 1967) nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten."

Die Berufung gegen den Abweisungsbescheid wurde wie folgt erhoben:

"Mein Sohn S. ... ist am 31.10.2005 mit einem D Visum nach Österreich eingereist, da er die Absicht hatte, hier zu studieren.

Da ich als sein Vater anerkannter Flüchtling bin, wurde ihm in Traiskirchen im Bundesasylamt mitgeteilt, dass er einen Asylantrag stellen müsste.

Dieser Aufforderung ist er auch nachgekommen, sein Asylverfahren hat dann 2 Jahre gedauert und endete mit einer negativen Entscheidung, da mein Sohn über 18 Jahre alt war. Nach 1 Jahr hat er dann wieder einen Aufenthaltstitel als Student bekommen.

Ich sehe also, dass es einem behördlichen Fehler entsprungen ist, wie der neue Aufenthaltstitel entstanden ist und ersuche daher um Stattgabe der Berufung."

Über Ersuchen des Finanzamtes vom 9. Juli 2010 wurde der Asylbescheid betreffend den Sohn S. vom 2. April 2009, mit welchem der Antrag auf internationalen Schutz vom 9. März 2007 bezüglich der Zuerkennung des Status des Asylberechtigten gemäß § 3 Abs. 1 iVm § 2 Abs. 1 Z 13 AsylG 2005, BGBl. I Nr. 100/2005 (AsylG) idgF, sowie der Antrag auf internationalen Schutz bezüglich der Zuerkennung des Status des subsidiär Schutzberechtigten in Bezug auf seinen Herkunftsstaat Türkei gemäß § 8 Abs. 1 iVm § 2 Abs. 1 Z 13 AsylG abgewiesen und S. gemäß § 10 Abs. 1 Z 2 AsylG aus dem österreichischen Bundesgebiet in die Türkei ausgewiesen wurde, da ihm im Herkunftsstaat keine Verfolgung iS des Art. 1 Abschn. A Z 2 Genfer Flüchtlingskonvention drohte, vorgelegt.

Vor Erlassung des Asylbescheides hatte S. beim Bundesasylamt vorgesprochen und angegeben, dass er das Asylverfahren beenden möchte und auf die Einbringung von Rechtsmitteln gegen den abweisenden Bescheides verzichte. Er hatte die Verlängerung der Gültigkeit seines türkischen Reisepasses am türkischen Konsulat in Wien vorgenommen und anlässlich einer Erkundigung bei der Fremdenpolizei wegen seines aufenthaltsrechtlichen Status erfahren, dass er, wenn er sein Asylverfahren beende, wieder ein Visum für Studienzwecke erhalten könne (vgl. S 14 des Asylbescheides, AS 35).

Das Finanzamt wies die Berufung mit Berufungsvorentscheidung vom 10. September 2010 als unbegründet ab und begründete dies wie folgt:

"Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 2005 (AsylG 2005), BGBl. I Nr. 100, gewährt wurde, haben Anspruch auf Familienbeihilfe auch für jene Kinder, denen ebenfalls Asyl nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde. Maßgebend für den Beginn des Beihilfenanspruches ist jener Monat, in dem sowohl die antragstellende Person als auch das Kind über den Asylstatus verfügen. Dieser muss durch Vorlage positiver Asylbescheide dokumentiert werden. Laut Bescheid des Bundesasylamtes Wien wurde der Antrag auf internationalen Schutz vom 9.3.2007 – Zuerkennung des Status Asylberechtigung gemäß § 3 Absatz 1 und Zuerkennung des Status – subsidiär Schutzberechtigten abgewiesen.

Da keine Anspruchsvoraussetzung für den Bezug der Familienbeihilfe vorlag, war Ihre Berufung abzuweisen."

Den Vorlageantrag vom 8. Oktober 2010 begründete der Bw. wie folgt:

"Wir wissen auch, dass es keine Familienbeihilfe für AsylwerberInnen gibt. Wir ersuchen aber daher unseren Antrag noch mehr zum Zeitpunkt, in dem mein Sohn ... S. ... ordentlicher Student war und keine Aufenthaltsbewilligung besitzt, zu berücksichtigen. Mein Sohn ... S. ... war folgende Zeiten ordentlicher Student und besitzt keine Aufenthaltsbewilligung:

- von Oktober 2007 bis Februar 2008 an der Wirtschaftsuniversität Wien
- von Oktober 2008 bis Februar 2009 an der Universität Wien
- von März 2009 bis Juni 2009 an der Universität Wien"

Studienbestätigungen (vom 10. Februar 2010) der Wirtschaftsuniversität Wien für das Wintersemester 2007/08 und der Universität Wien für das Wintersemester 2008, das Sommersemester 2009 und das Wintersemester 2009 wurden vom Bw. übermittelt.

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967 in der für den Streitzeitraum noch maßgebenden Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 23/1999 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für volljährige Kinder, die das 26. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich war. Bei volljährigen Kindern, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992, BGBl. Nr. 305, genannte Einrichtung besuchen, ist eine Berufsausbildung nur dann anzunehmen, wenn sie die vorgesehene Studienzeit pro Studienabschnitt um nicht mehr als ein Semester oder die vorgesehene Ausbildungszeit um nicht mehr als ein Ausbildungsjahr überschreiten. Wird ein Studienabschnitt in der vorgesehenen Studienzeit absolviert, kann einem weiteren Studienabschnitt ein Semester zugerechnet werden. Die Studienzeit wird durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis (z.B. Krankheit) oder nachgewiesenes Auslandsstudium verlängert. Dabei bewirkt eine Studienbehinderung von jeweils drei Monaten eine Verlängerung der Studienzeit um ein Semester. ... Bei einem Studienwechsel gelten die in § 17 Studienförderungsgesetz 1992, BGBl. Nr. 305, angeführten Regelungen auch für den Anspruch auf Familienbeihilfe. Die Aufnahme als ordentlicher Hörer gilt als Anspruchsvoraussetzung für das erste Studienjahr. Anspruch ab dem zweiten Studienjahr besteht nur dann, wenn für ein vorhergehendes Studienjahr die Ablegung einer Teilprüfung der ersten Diplomprüfung oder des ersten Rigorosums oder von Prüfungen aus Pflicht- und Wahlfächern des betriebenen Studiums im Gesamtumfang von acht Semesterwochenstunden (oder im Ausmaß von 16 ECTS-Punkten; BGBl. I Nr. 90/2007 ab Sommersemester 2008)

nachgewiesen wird. Der Nachweis ist unabhängig von einem Wechsel der Einrichtung oder des Studiums durch Bestätigungen der im § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannten Einrichtungen zu erbringen. Für eine Verlängerung des Nachweiszeitraumes gelten die für die Verlängerung der Studienzeit genannten Gründe sinngemäß.

Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind hat § 2 Abs. 2 FLAG 1967 zufolge 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.

Zum Haushalt einer Person gehört gemäß § 2 Abs. 5 FLAG 1967 ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt.

Gemäß § 2 Abs. 8 FLAG 1967 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.

Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben gemäß § 3 Abs. 1 FLAG 1967 nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Anspruch auf Familienbeihilfe besteht § 3 Abs. 2 FLAG 1967 zufolge für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Der EuGH hielt in seinem Urteil vom 4. Mai 1999, in der Rechtssache C-262/96 (Sema Sürül) hinsichtlich der Assoziation EWG–Türkei in den Punkten 3. bis 27. Folgendes fest:

3. Das Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei wurde am 12. September 1963 in Ankara von der Republik Türkei einerseits und den Mitgliedstaaten der EWG und der Gemeinschaft andererseits unterzeichnet und durch den Beschluss 64/732/EWG des Rates vom 23. Dezember 1963 im Namen der Gemeinschaft geschlossen, gebilligt und bestätigt (ABl. 1964, Nr. 217, S. 3685; im Folgenden: Abkommen).

4. Ziel des Abkommens ist es nach seinem Artikel 2 Absatz 1, eine beständige und ausgewogene Verstärkung der Handels- und Wirtschaftsbeziehungen zwischen den Vertragsparteien zu fördern. Dazu sieht das Abkommen eine Vorbereitungsphase, eine Übergangsphase und eine Endphase vor; die Vorbereitungsphase soll es der Republik Türkei ermöglichen, ihre Wirtschaft mit Hilfe der Gemeinschaft zu festigen (Artikel 3), in der

Übergangsphase ist die schrittweise Errichtung einer Zollunion und die Annäherung der Wirtschaftspolitiken vorgesehen (Artikel 4), und die auf der Zollunion beruhende Endphase schließt eine verstärkte Koordinierung der Wirtschaftspolitiken ein (Artikel 5).

5. Artikel 6 des Abkommens lautet:

"Um die Anwendung und schrittweise Entwicklung der Assoziationsregelung sicherzustellen, treten die Vertragsparteien in einem Assoziationsrat zusammen; dieser wird im Rahmen der Befugnisse tätig, die ihm in dem Abkommen zugewiesen sind."

6. Artikel 8, der zu dem mit "Durchführung der Übergangsphase" überschriebenen Titel II des Abkommens gehört, bestimmt:

"Zur Verwirklichung der in Artikel 4 genannten Ziele bestimmt der Assoziationsrat vor Beginn der Übergangsphase nach dem in Artikel 1 des Vorläufigen Protokolls geregelten Verfahren die Bedingungen, die Einzelheiten und den Zeitplan für die Durchführung der Bestimmungen bezüglich der einzelnen Sachbereiche des Vertrages zur Gründung der Gemeinschaft, die zu berücksichtigen sind; dies gilt insbesondere für die in diesem Titel enthaltenen Sachbereiche sowie für Schutzklauseln aller Art, die sich als zweckmäßig erweisen."

7. Ferner bestimmt Artikel 9, der ebenfalls zu Titel II gehört:

"Die Vertragsparteien erkennen an, dass für den Anwendungsbereich des Abkommens unbeschadet der besonderen Bestimmungen, die möglicherweise auf Grund von Artikel 8 noch erlassen werden, dem in Artikel 7 des Vertrages zur Gründung der Gemeinschaft verankerten Grundsatz entsprechend jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten ist."

8. Artikel 12 des Abkommens lautet:

"Die Vertragsparteien vereinbaren, sich von den Artikeln 48, 49 und 50 des Vertrages zur Gründung der Gemeinschaft leiten zu lassen, um untereinander die Freizügigkeit der Arbeitnehmer schrittweise herzustellen."

9. In Artikel 22 Absatz 1 des Abkommens heißt es:

"Zur Verwirklichung der Ziele des Abkommens und in den darin vorgesehenen Fällen ist der Assoziationsrat befugt, Beschlüsse zu fassen. Jede der beiden Parteien ist verpflichtet, die zur Durchführung der Beschlüsse erforderlichen Maßnahmen zu treffen ..."

10. Das am 23. November 1970 in Brüssel unterzeichnete und durch die Verordnung (EWG) Nr. 2760/72 des Rates vom 19. Dezember 1972 (ABl. L 293, S. 1) im Namen der Gemeinschaft geschlossene, gebilligte und bestätigte Zusatzprotokoll (im Folgenden: Protokoll) legt in Artikel 1 die Bedingungen, die Einzelheiten und den Zeitplan für die Verwirklichung der in Artikel 4 des Abkommens genannten Übergangsphase fest.

11. Das Protokoll enthält einen mit "Freizügigkeit und Dienstleistungsverkehr" überschriebenen Titel II, dessen Kapitel I den "Arbeitskräften" gewidmet ist.

12. Artikel 36 des Protokolls sieht vor, dass die Freizügigkeit der Arbeitnehmer zwischen den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft und der Türkei nach den Grundsätzen des Artikels 12 des Abkommens schrittweise hergestellt wird und dass der Assoziationsrat die hierfür erforderlichen Regeln festlegt.

13. In Artikel 39 des Protokolls heißt es:

"(1) Der Assoziationsrat erlässt vor dem Ende des ersten Jahres nach Inkrafttreten dieses Protokolls Bestimmungen auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer türkischer Staatsangehörigkeit, die von einem Mitgliedstaat in einen anderen zu- oder abwandern, sowie für deren in der Gemeinschaft wohnende Familien.

(2) Diese Bestimmungen müssen es ermöglichen, dass für Arbeitnehmer türkischer Staatsangehörigkeit die in den einzelnen Mitgliedstaaten zurückgelegten Versicherungs- oder Beschäftigungszeiten in Bezug auf Alters-, Hinterbliebenen- und Invaliditätsrenten sowie auf die Krankheitsfürsorge für den Arbeitnehmer und seine in der Gemeinschaft wohnende Familie nach noch festzulegenden Regeln zusammengerechnet werden. Mit diesen Bestimmungen dürfen die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft nicht verpflichtet werden, die in der Türkei zurückgelegten Zeiten zu berücksichtigen.

(3) Die genannten Bestimmungen müssen die Zahlung der Familienzulagen für den Fall sicherstellen, dass die Familie des Arbeitnehmers in der Gemeinschaft wohnhaft ist.

14. Gestützt auf Artikel 39 des Protokolls erließ der durch das Abkommen geschaffene Assoziationsrat am 19. September 1980 den Beschluss Nr. 3/80.

15. Dieser Beschluss soll die Systeme der sozialen Sicherheit der Mitgliedstaaten dahin gehend koordinieren, dass türkische Arbeitnehmer, die in einem oder mehreren Mitgliedstaaten der Gemeinschaft beschäftigt sind oder waren, sowie deren Familienangehörige und Hinterbliebene Leistungen in den herkömmlichen Zweigen der sozialen Sicherheit beziehen können.

16. Zu diesem Zweck verweist der Beschluss Nr. 3/80 im Wesentlichen auf einige Bestimmungen der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (AbI. L 149, S. 2), und auf einige wenige Bestimmungen der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 des Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der Verordnung Nr. 1408/71 (AbI. L 74, S. 1).

17. Die Artikel 1 bis 4 des Beschlusses Nr. 3/80 finden sich in Titel I, der die Überschrift "Allgemeine Vorschriften" trägt.

18. Artikel 1 mit der Überschrift "Begriffsbestimmungen" lautet:

"Für die Anwendung dieses Beschlusses:

a) haben die Ausdrücke ... 'Familienangehörige', 'Hinterbliebener', 'Wohnort', ... 'Familienleistungen', 'Familienbeihilfen' ... die Bedeutung, wie sie in Artikel 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 ... definiert ist;

b) bezeichnet der Ausdruck 'Arbeitnehmer' jede Person,

i) die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den Zweigen eines Systems der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer erfasst werden, pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist, und zwar vorbehaltlich der Einschränkungen in Anhang V Punkt A. Belgien, Absatz 1 zur Verordnung (EWG) Nr. 1408/71;

ii) die im Rahmen eines für alle Einwohner oder die gesamte erwerbstätige Bevölkerung geltenden Systems der sozialen Sicherheit gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken pflichtversichert ist, die von den Zweigen erfasst werden, auf die dieser Beschluss anzuwenden ist,

- wenn diese Person aufgrund der Art der Verwaltung oder der Finanzierung dieses Systems als Arbeitnehmer unterschieden werden kann, oder

- wenn sie bei Fehlen solcher Kriterien im Rahmen eines für die Arbeitnehmer errichteten Systems aufgrund einer Pflichtversicherung oder freiwilligen Weiterversicherung gegen ein anderes im Anhang näher bezeichnetes Risiko im Rahmen eines Systems für Arbeitnehmer versichert ist;

19. Der in Artikel 1 Buchstabe b Ziffer ii zweiter Gedankenstrich des Beschlusses Nr. 3/80 genannte Anhang enthält für Deutschland keine Präzisierung der Definition des Arbeitnehmerbegriffs.

20. Artikel 2 des Beschlusses Nr. 3/80, der die Überschrift "Persönlicher Geltungsbereich" trägt, lautet:

"Dieser Beschluss gilt:

- für Arbeitnehmer, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, und die türkische Staatsangehörige sind;
- für die Familienangehörigen dieser Arbeitnehmer, die im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen;
- für Hinterbliebene dieser Arbeitnehmer."

21. Artikel 3 Absatz 1 des Beschlusses Nr. 3/80, der die Überschrift "Gleichbehandlung" trägt und Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1408/71 entspricht, lautet:

"Die Personen, die im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen und für die dieser Beschluss gilt, haben die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates, soweit dieser Beschluss nichts anderes bestimmt."

22. Artikel 4 des Beschlusses Nr. 3/80, der die Überschrift "Sachlicher Geltungsbereich" trägt, bestimmt in Absatz 1:

"(1) Dieser Beschluss gilt für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, die folgende Leistungsarten betreffen:

- a) Leistungen bei Krankheit und Mutterschaft;
- b) Leistungen bei Invalidität einschließlich der Leistungen, die zur Erhaltung oder Besserung der Erwerbsfähigkeit bestimmt sind;
- c) Leistungen bei Alter;
- d) Leistungen an Hinterbliebene;
- e) Leistungen bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten;
- f) Sterbegeld;
- g) Leistungen bei Arbeitslosigkeit;
- h) Familienleistungen."

23. Titel III des Beschlusses Nr. 3/80, der die Überschrift "Besondere Vorschriften für die einzelnen Leistungsarten" trägt, enthält entsprechend der Verordnung Nr. 1408/71 ausgestaltete Koordinierungsvorschriften, die Leistungen bei Krankheit und Mutterschaft, Invalidität, Alter und Tod (Renten), Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten, das Sterbegeld sowie die Familienleistungen und -beihilfen betreffen.

24. Anders als bei den anderen beiden vom Assoziationsrat EWG–Türkei am selben Tag erlassenen (nicht veröffentlichten) Beschlüssen Nr. 1/80 über die Entwicklung der Assoziation und Nr. 2/80 zur Festlegung der Bedingungen für die Durchführung der Sonderhilfe für die Türkei ist im Beschluss Nr. 3/80 der Zeitpunkt seines Inkrafttretens nicht festgelegt.

25. Artikel 32 des Beschlusses Nr. 3/80 lautet:

"Die Türkei und die Gemeinschaft treffen beiderseits die zur Durchführung dieses Beschlusses erforderlichen Maßnahmen."

26. Am 8. Februar 1983 legte die Kommission dem Rat den Vorschlag einer Verordnung (EWG) über die Durchführung des Beschlusses Nr. 3/80 innerhalb der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (ABl. C 110, S. 1) vor, wonach dieser Beschluss "in der Gemeinschaft

Anwendung [findet]" (Artikel 1) und der "ergänzende Regelungen für seine Durchführung" enthält.

27. Bislang hat der Rat diesen Vorschlag nicht angenommen.

Der Gerichtshof vertrat in dem genannten Urteil die Auffassung, dass das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 des Beschlusses Nr. 3/80 unmittelbar anwendbar ist und unmittelbare Wirkung entfaltet. Es räumt dem Einzelnen Rechte ein und ist daher geeignet, vom Einzelnen vor einem nationalen Gericht zur Stützung des Begehrens geltend gemacht zu werden, um diskriminierende Vorschriften einer Regelung eines Mitgliedstaats unangewendet zu lassen, die die Gewährung eines Anspruchs von einer Voraussetzung abhängig macht, die für Inländer nicht gilt. Des Erlasses ergänzender Durchführungsvorschriften bedarf es insoweit nicht. Art. 3 Abs. 1 des Beschlusses Nr. 3/80 stellt für den besonderen Bereich der sozialen Sicherheit die Durchführung und Konkretisierung des allgemeinen Verbotes der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit dar, das in Art. 9 des Abkommens verankert ist, der auf Art. 12 EG verweist. Art. 3 Abs. 1 des Beschlusses Nr. 3/80 stellt im Geltungsbereich dieses Beschlusses einen eindeutigen, unbedingten Grundsatz auf, der ausreichend bestimmt ist, um von einem nationalen Gericht angewandt werden zu können, und der daher geeignet ist, die Rechtsstellung des Einzelnen zu regeln.

Wie der EuGH in seinem Urteil vom 4. Mai 1999, in der Rechtssache C-262/96 (Sema Sürül) zu Recht erkannte, verbietet es Artikel 3 Absatz 1 des Beschlusses Nr. 3/80 des Assoziationsrates vom 19. September 1980 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften auf die türkischen Arbeitnehmer und auf deren Familienangehörige einem Mitgliedstaat, den Anspruch eines türkischen Staatsangehörigen, für den dieser Beschluss gilt und dem er den Aufenthalt in seinem Hoheitsgebiet gestattet hat, der jedoch dort nur eine zu einem bestimmten Zweck erteilte, befristete Aufenthaltsbewilligung besitzt, auf Kindergeld für sein Kind, das in diesem Mitgliedstaat mit ihm zusammenwohnt, vom Besitz einer Aufenthaltsberechtigung oder Aufenthaltserlaubnis abhängig zu machen, während Inländer insoweit nur ihren Wohnsitz in diesem Mitgliedstaat haben müssen.

In seinem Erkenntnis vom 22.12.2011, 2009/16/0179, erwog der Verwaltungsgerichtshof betreffend die Geltendmachung von Familienbeihilfe durch eine türkische Staatsbürgerin, die im Streitzeitraum seit 10. Oktober 2007 bei der T. GesmbH in W (Österreich) beschäftigt war und Familienbeihilfe für ihre Kinder, ebenfalls türkische Staatsbürger, geltend machte, wie folgt:

Gestützt auf Art. 39 des Protokolls erließ der durch das Abkommen geschaffene Assoziationsrat am 19. September 1980 den Beschluss Nr. 3/80 (im Folgenden: ARB 3/80). Nach Art. 1 ARB 3/80 hat für die Anwendung dieses Beschlusses der Ausdruck Familienbeihilfen die Bedeutung, wie er in Art. 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates definiert ist. Weiters bezeichnet der Ausdruck "Arbeitnehmer" u.a. jede Person, die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den Zweigen eines Systems der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer erfasst werden, pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist.

Der ARB 3/80 gilt nach seinem Art. 2 für Arbeitnehmer, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, und die türkische Staatsangehörige sind, und für die Familienangehörigen dieser Arbeitnehmer, die im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen.

Art. 3 Abs. 1 ARB 3/80 lautet:

"Art. 3 Die Personen, die im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen und für die dieser Beschluss gilt, haben die gleichen Rechte und Pflichten auf Grund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staats, soweit dieser Beschluss nichts anderes bestimmt."

Art. 4 Abs. 1 ARB 3/80 lautet:

"(1) Dieser Beschluss gilt für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, die folgende Leistungsarten betreffen:

...

h) Familienleistungen."

Dem Art. 3 Abs. 1 ARB 3/80 kommt unmittelbare Wirkung in den Mitgliedstaaten zu, er ist somit unmittelbar anwendbar (vgl. mit näherer Begründung das Urteil des EuGH vom 4. Mai 1999 in der Rs. C-262/96 (Sema Sürül), und das Urteil des EuGH vom 29. April 2004 in der Rs. C-373/02 (Sakir Öztürk)).

Für den persönlichen Anwendungsbereich des ARB 3/80 ist es ohne Belang, ob der türkische Staatsangehörige als Wanderarbeiter nach Österreich eingereist ist oder aus anderen Gründen (vgl. etwa zu einem Asylwerber das Urteil des OGH vom 4. Mai 2010, 10 ObS 168/09t).

Für den Verwaltungsgerichtshof ist es daher nicht zweifelhaft, dass die Mitbeteiligte, welche türkische Staatsangehörige ist und im Streitzeitraum in Österreich auf Grund ihrer nichtselbständigen Beschäftigung in der Sozialversicherung zumindest gegen ein Risiko pflichtversichert war, in den Anwendungsbereich des ARB 3/80 fällt (vgl. dazu auch das Urteil des OGH vom 17. März 2009, 10 Ob 14/09w).

Auf Grund der Gleichstellung mit österreichischen Staatsangehörigen durch den insoweit § 3 Abs. 1 FLAG verdrängenden Art. 3 Abs. 1 ARB 3/80 war der Anspruch der Mitbeteiligten auf Familienbeihilfe sohin dahingehend zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 lit. a oder b FLAG erfüllt waren.

Die beiden Söhne der Mitbeteiligten Bu und Ba waren im Streitzeitraum noch minderjährig und erfüllten daher die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 lit. a FLAG.

Die Beschwerde war daher, soweit sie die beiden Söhne der Mitbeteiligten Bu und Ba betrifft, gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Soweit allerdings der im Streitzeitraum volljährige Sohn der Mitbeteiligten B betroffen ist, rügt das beschwerdeführende Finanzamt zu Recht, dass die belangte Behörde keine Feststellungen getroffen hat, ob die in § 2 Abs. 1 lit. b FLAG normierten Voraussetzungen für ein Kind, das - wie dieser Sohn der Mitbeteiligten etwa - die Universität Wien besucht, erfüllt wären.

In seiner Entscheidung vom 22.8.2011, RV/1999-W/04, erwog der unabhängige Finanzsenat wie folgt:

Das Assoziationsabkommen zwischen der Europäischen Union und der Türkei (Beschluss Nr. 3/80 des Assoziationsrates vom 19. September 1980 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit der Mitgliedstaaten der Europäischen Union auf türkische Arbeitnehmer und auf deren Familienangehörige) enthält ein Gleichbehandlungsgebot das unmittelbar anwendbar ist:

"Art. 3 Abs. 1 des Beschlusses Nr. 3/80 stellt für den besonderen Bereich der sozialen Sicherheit die Durchführung und Konkretisierung des allgemeinen Verbotes der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit dar, das in Art. 9 des Assoziationsabkommens verankert ist, der auf Art. 12 EG verweist. Art. 3 Abs. 1 des Beschlusses Nr. 3/80 stellt im Geltungsbereich dieses Beschlusses einen eindeutigen, unbedingten Grundsatz auf, der ausreichend bestimmt ist, um von einem nationalen Gericht angewandt werden zu können und der daher geeignet ist, die Rechtsstellung des Einzelnen zu regeln" (EuGH 4.05.1999 C-262/96, Sema Sürül).

Nach Art. 3 Abs. 1 des Beschlusses Nr. 3/80, der die Überschrift "Gleichbehandlung" trägt (und Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1408/71 entspricht), haben Personen, die im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen und für die dieser Beschluss gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates, soweit dieser Beschluss nichts anderes bestimmt.

Nach Artikel 2 des Beschlusses Nr. 3/80 ("Persönlicher Geltungsbereich") gilt dieser Beschluss

- für Arbeitnehmer, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrer Mitgliedstaaten gelten oder galten, und die türkische Staatsangehörige sind;
- für die Familienangehörigen dieser Arbeitnehmer, die im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen;
- für Hinterbliebene dieser Arbeitnehmer.

Das im Verhältnis zur Türkei assoziationsrechtlich geltende Gleichbehandlungsgebot kommt somit nicht schlechthin türkischen Staatsbürgern, sondern nur türkischen Arbeitnehmern sowie deren Familienangehörigen, die sich in einem Mitgliedstaat aufhalten, zugute (OGH 11.08.2005, 2 Ob 172/05s).

Der unabhängige Finanzsenat führte in seiner Entscheidung vom 13.3.2009, RV/0274-I/08, aus wie folgt:

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 nichtselbstständiger 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 des Berufungswerbers seit September 2006 offenbar in [EU-Staat]. Familienbeihilfe für ein volljähriges Kind steht nach den Bestimmungen des FLAG 1967 bis zur Erreichung der Altersgrenze 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.

In Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG-Kommentar, § 3 Rz 203f, wird ausgeführt:

Nach stRsp des EuGH hängt die Ausübung der Rechte, die den türkischen Staatsangehörigen nach dem Beschluss Nr. 1/80 zustehen, nicht davon ab, aus welchem Grund ihnen die Einreise- und Aufenthaltsgenehmigung im Aufnahmemitgliedstaat ursprünglich erteilt wurde (EuGH 16.12.1992, C-237/91, Kus; EuGH 5.10.1994, C-355/93, Erogul). Die Tatsache, dass ein türkischer Arbeitnehmer das Aufenthaltsrecht in einem Mitgliedstaat und damit das Recht auf Zugang zum Arbeitsmarkt in diesem Staat als politischer Flüchtling erworben hat, schließt nicht aus, dass ein Angehöriger seiner Familie die Rechte aus Art. 7 Abs. 1 des Beschlusses Nr. 1/80 in Anspruch nehmen kann, selbst wenn der Status eines politischen Flüchtlings durch unwahre Angaben erlangt wurde (EuGH 18.12.2008, C-337/07, Altun).

So steht der Anwendung des Beschlusses Nr. 3/80 nicht entgegen, wenn der türkische Staatsangehörige als Asylbewerber das Gebiet der Union erreicht hat, da der Assoziationsrats-Beschluss lediglich an den Aufenthalt eines türkischen Staatsangehörigen – und dessen Beschäftigung bzw. Familienangehörigen-eigenschaft – in einem Mitgliedstaat anknüpft (Urteil des [deutschen] Bundesverwaltungsgerichts vom 6.12.2001, 3 C 25/01, unter Hinweis ua auf EuGH 4.5.1999, C-262/96, Sürül).

Somit ist es für den persönlichen Anwendungsbereich des ARB 3/80 ohne Belang, ob der türkische Staatsangehörige als Wanderarbeitnehmer nach Österreich eingereist ist, als Studierender oder als Asylwerber. Folglich ist es auch unbeachtlich, wann der türkische Staatsangehörige die Arbeitnehmereigenschaft in Österreich begründet hat (OGH 4.5.2010, 10 ObS 168/09t).

Freilich müssen die in dem Beschluss Nr. 3/80 (und im Beschluss Nr. 1/80) genannten Voraussetzungen – insb aus der Mitgliedschaft in einem Sozialversicherungssystem (unabhängig von einer gegenwärtigen Erwerbstätigkeit) abzuleitender Status des Anspruchswertbers oder seines Familienangehörigen als Arbeitnehmer – gegeben sein.

Da § 5 Abs. 3 auch für Österreicher gilt, ist er für türkische Staatsbürger anwendbar, sodass – siehe auch Art. 2 des Beschlusses Nr. 3/80 – für ständig in der Türkei lebende Kinder keine Familienbeihilfe zusteht.

Ausgehend von diesen Rechtsausführungen wird zum gegenständlichen Berufungsfall Folgendes festgestellt:

Der Bw., ein aus der Türkei stammender Konventionsflüchtling, hält sich zumindest seit Oktober 1998 in Österreich auf (vgl. Angabe des Datums der Einreise nach Österreich im Antrag: *01.10.1989*, Hauptwohnsitzmeldung ab 20. Oktober 1998 laut Behördenanfrage aus dem Zentralen Melderegister), war und ist hier nichtselbständig tätig und ist pflichtversichert. Im Jahr 2007 war der Bw. - abgesehen von einer kurzzeitigen Unterbrechung wegen Krankheit - beim Arbeitsmarktservice gemeldet, im Jahr 2008 war er bis 4. März beim Arbeitsmarktservice gemeldet. Im Zeitraum 5. März bis 31. Dezember 2008 und in den Jahren 2009, 2010 und 2011 war der Bw. bei demselben Arbeitgeber nichtselbständig beschäftigt. Der Bw. und sein Sohn S., der am 31. Oktober 2005 mit Visum für Ausbildungszwecke, ausgestellt von der österreichischen Botschaft Ankara, legal nach Österreich eingereist war, waren daher unzweifelhaft vom Geltungsbereich des Beschlusses Nr. 3/80 erfasst. Solcherart ergibt sich aus Art. 3 Abs. 1 des Beschlusses, dass der Bw. in Österreich unter denselben Voraussetzungen wie österreichische Staatsangehörige Anspruch auf eine im österreichischen Recht vorgesehene Leistung der sozialen Sicherheit hat (vgl. VwGH 18.9.2003, 2000/15/0204).

Nach Angabe des S. beim Bundesasylamt/EAST Ost (AS 25) wohnt dieser, seit er in Österreich ist (31. Oktober 2005), mit seinem Vater (dem Bw.) in einer Wohnung (vgl. hiezu auch die Angabe des Bw. im Antrag vom 18. März 2010). Laut Meldebestätigung bestanden übereinstimmende Hauptwohnsitzmeldungen des Bw. und des S. in Wien ab 5. April 2006. Überdies gibt S. an, dass seit Jänner 2007 seine Mutter und sein jüngerer Bruder (als anerkannte Flüchtlinge) bei ihnen leben. Seit seiner Einreise nach Österreich war er nicht mehr in der Türkei (AS 29).

Im Streitzeitraum (ab Oktober 2007) bestand somit ein gemeinsamer Wohnsitz der Eltern und der beiden Söhne in Wien.

Da der Bw. seinen Wohnsitz und den Mittelpunkt seiner Lebensinteressen in Österreich hat und mit seinen unterhaltsberechtigten Kindern im Streitzeitraum im gemeinsamen Haushalt lebte, erfüllt er diese Erfordernisse, die das Gesetz in Bezug auf österreichische Staatsbürger für die Gewährung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen normiert. Im Sinne der obigen Ausführungen hinsichtlich des Verbotes der Diskriminierung von türkischen Staatsangehörigen darf daher dem Bw. die Gewährung der Familienbeihilfe wegen des

Fehlens der Niederlassungsberechtigung für seinen unterhaltsberechtigten Sohn nicht verwehrt werden.

Betreffend den im Mai 1984 geborenen Sohn des Bw. wurden folgende Unterlagen vorgelegt:
Studienbestätigung der Wirtschaftsuniversität Wien vom 10. Februar 2010:

*S. ... ist im Winter - Semester 2007/08 als ordentl. Studierender
der Studienrichtung 033 Bachelorstudium Wirtschafts- und Sozialwissenschaften 561
rückgemeldet.*

Studienbestätigung der Universität Wien vom 10. Februar 2010:

*S. ... ist im Wintersemester 2008 an der Universität Wien als ordentlicher Studierender
des Studiums*

*A 066 915 Magisterstudium Betriebswirtschaft
zur Fortsetzung gemeldet.*

Studienbestätigung der Universität Wien vom 10. Februar 2010:

*S. ... ist im Sommersemester 2009 an der Universität Wien als ordentlicher Studierender
des Studiums*

*A 066 915 Magisterstudium Betriebswirtschaft
zur Fortsetzung gemeldet.*

Studienbestätigung der Universität Wien vom 10. Februar 2010:

*S. ... ist im Wintersemester 2009 an der Universität Wien als ordentlicher Studierender
des Studiums*

*A 066 915 Magisterstudium Betriebswirtschaft
zur Fortsetzung gemeldet.*

Bei der Einvernahme des S. beim Bundesasylamt/EAST Ost am 14. März 2007 gab dieser an, seit dem Wintersemester 2005 an der WU als ordentlicher Hörer inskribiert gewesen zu sein (vgl. AS 24f; Masterstudium AS 29, 30). Einvernahme am 19. März 2009: Laut österreichischem System ist er derzeit im siebten Semester; seit September 2008 ist er an der Uni Wien inskribiert (AS 32).

Der Bw. hatte somit im Streitzeitraum für seinen im Mai 1984 geborenen Sohn grundsätzlich Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge, wenn die Voraussetzungen betreffend volljährige, studierende Kinder erfüllt sind.

Feststellungen, ob für den volljährigen, studierenden Sohn des Bw. ein Anspruch im Sinne des § 2 Abs. 1 lit. b FLAG besteht, wurden vom Finanzamt nicht getroffen.

Gemäß § 289 Abs. 1 BAO kann die Abgabenbehörde zweiter Instanz, wenn die Berufung weder zurückzuweisen (§ 273) noch als zurückgenommen (§ 85 Abs. 2, § 86a Abs. 1) oder als

gegenstandslos (§ 256 Abs. 3, § 274) zu erklären ist, die Berufung durch Aufhebung des angefochtenen Bescheides und allfälliger Berufungsvorentscheidungen unter Zurückweisung der Sache an die Abgabenbehörde erster Instanz erledigen, wenn Ermittlungen (§ 115 Abs. 1) unterlassen wurden, bei deren Durchführung ein anders lautender Bescheid hätte erlassen werden oder eine Bescheiderteilung hätte unterbleiben können. Im weiteren Verfahren sind die Behörden an die für die Aufhebung maßgebliche, im Aufhebungsbescheid dargelegte Rechtsanschauung gebunden. Durch die Aufhebung des angefochtenen Bescheides tritt das Verfahren in die Lage zurück, in der es sich vor Erlassung dieses Bescheides befunden hat.

Das Finanzamt hat keine Erhebungen angestellt, ob die in § 2 Abs. 1 lit. b FLAG normierten Voraussetzungen für den im Streitzeitraum volljährigen Sohn des Bw., der – seinen Angaben vor dem Bundesasylamt zufolge schon seit dem Wintersemester 2005 an der Wirtschaftsuniversität Wien als ordentlicher Hörer inskribiert gewesen war und offenbar nach einer Unterbrechung im Sommersemester 2008 ab dem Wintersemester 2008 an der Universität Wien im Magisterstudium Betriebswirtschaft zur Fortsetzung gemeldet war – erfüllt waren.

Im vorliegenden Fall sind Feststellungen über die im Rahmen der Studien des S, die er an der Wirtschaftsuniversität Wien und an der Universität Wien inskribiert hatte, in einzelnen Studienabschnitten verbrachte bzw. benötigte Studiendauer und weiters solche hinsichtlich der Nachweise des Studienerfolgs entscheidungsrelevant. Da diesbezüglich Feststellungen bislang unterblieben sind, fehlen nicht nur ergänzende Ermittlungen zu einem bereits festgestellten Sachverhalt, sondern es handelt sich um dessen erstmalige Erhebung. Bisher wurden vom Finanzamt infolge Beurteilung des gegenständlichen Falles nach § 3 FLAG 1967 allein die hienach normierten Voraussetzungen beachtet.

Die Bescheidaufhebung nach § 289 Abs. 1 BAO liegt im Ermessen der Abgabenbehörde zweiter Instanz. Nach § 20 BAO müssen sich Entscheidungen, die die Abgabenbehörden nach ihrem Ermessen zu treffen haben, in den Grenzen halten, die das Gesetz dem Ermessen zieht. Innerhalb dieser Grenzen sind Ermessensentscheidungen nach Billigkeit und Zweckmäßigkeit unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Umstände zu treffen.

Aufgabe der Abgabenbehörde zweiter Instanz ist es, den angefochtenen Bescheid auf seine Rechtmäßigkeit zu überprüfen, nicht hingegen Sachverhaltsermittlungen erheblichen Umfangs, deren Vornahme vor der Erlassung des angefochtenen Bescheides, spätestens aber nach Einbringung der Berufung geboten war, erstmals vorzunehmen. Die im Aufgabenbereich der Abgabenbehörde erster Instanz gelegene Ermittlungstätigkeit würde ansonsten - dem Wesen einer nachprüfenden Tätigkeit der Abgabenbehörde zweiter Instanz zuwiderlaufend -

schwerpunktmäßig in das Rechtsmittelverfahren verlagert. Eine solche Sichtweise der Aufgabenverteilung zwischen den Abgabenbehörden erster und zweiter Instanz kann der BAO, insbesondere den Bestimmungen des § 276 Abs. 6 erster Satz BAO sowie des § 279 Abs. 2 BAO (notwendige "Ergänzungen"), nicht entnommen werden. Die Einrichtung von zwei Entscheidungsinstanzen würde damit zur bloßen Formsache werden. 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, BAO⁴, § 289 Tz 5 unter Hinweis auf VwGH 21.11.2002, 2002/20/0315).

Für die Durchführung dieser Ermittlungen durch die Abgabenbehörde erster Instanz spricht auch, dass den Parteien gemäß § 115 Abs. 2 BAO Gelegenheit zur Geltendmachung ihrer Rechte und rechtlichen Interessen zu geben ist. Diesem Gebot ist zunächst im Rahmen der Bescheiderlassung durch die Abgabenbehörde erster Instanz zu entsprechen. Es liegt auch im Interesse des Abgabepflichtigen, wenn eine Abklärung des Sachverhaltes bereits vor Bescheiderlassung und nicht erst im Rahmen des Berufungsverfahrens erfolgt. Ermittlungen des unabhängigen Finanzsenates führten zu einer unnötigen Verfahrensverzögerung, da deren Ergebnisse den Parteien noch vor Erlassung einer Berufungsentscheidung zur Wahrung des rechtlichen Gehörs zur Kenntnis gebracht werden müssten. Interessen der Abgabenbehörde, da für den streitgegenständlichen Zeitraum eine Beihilfengewährung nicht erfolgt ist, stehen der vorliegenden Entscheidung nicht entgegen.

Voraussetzung für eine Bescheidbehebung nach § 289 Abs.1 BAO ist ein objektiv unzureichend erhobener Sachverhalt, wobei die unterlassenen Erhebungen für eine ordnungsgemäße Sachverhaltsfeststellung wesentlich sein müssen. Nicht maßgeblich ist, ob die Erstbehörde ein Verschulden am Unterbleiben der Ermittlungen trifft. Ebenso wenig setzt die Bescheidkassation nach dieser Bestimmung die Gewissheit darüber voraus, dass die unterlassenen Erhebungsmaßnahmen tatsächlich zu einem anders lautenden Bescheid geführt hätten. Eine die Bescheidaufhebung rechtfertigende Unterlassung von Ermittlungen kann sich auch daraus ergeben, dass erstmals in der Berufung oder im Vorlageantrag Umstände releviert werden und die Abgabenbehörde erster Instanz vor Berufungsvorlage keine diesbezüglichen Ermittlungen durchgeführt hat (Ritz, a.a.O. § 289 Tz 11).

Vor dem Hintergrund der dargestellten Rechtslage waren im anhängigen Verfahren der angefochtene Bescheid vom 10. Juni 2010 und die dazu ergangene Berufungsvorentscheidung vom 10. September 2010 gemäß § 289 Abs.1 BAO aufzuheben und die Sache zur Durchführung bisher unterlassener Sachverhaltserhebungen und anschließenden neuerlichen Beurteilung auf Basis der ergänzten Sachverhaltsfeststellungen zurückzuverweisen.

Wien, am 28. Jänner 2013