



## Bescheid

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der [Berufungswerberin], [Ort], [Straße], vom 25. Oktober 2005 gegen die Bescheide des [FA] vom 28. September 2005 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. September 2002 bis 30. September 2004 entschieden:

Die angefochtenen Bescheide und die Berufungsverentscheidungen werden gemäß § 289 Abs. 1 der Bundesabgabenordnung (BAO), BGBl Nr. 1961/194 idgF, unter Zurückverweisung der Sache an die Abgabenbehörde erster Instanz aufgehoben.

### Begründung

Als Ausfluss einer Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe forderte das Finanzamt mit Bescheid vom 23. September 2005 von der Beihilfenbezieherin die Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge für ihre beiden minderjährigen Kinder Matteo (ab 1.9.2002) und Marco (ab 1.9.2003) zurück. Begründend wurde dazu ausgeführt, dass die beiden Kinder ab den genannten Zeitpunkten nicht mehr in einem gemeinsamen Haushalt leben würden. Dieser Bescheid erging auf Grund der Feststellung des Finanzamtes, dass die Kinder ab den genannten Zeitpunkten beim Kindsvater in [EU-Ausland] wohnen und dort auch die Schule besuchen würden.

In der rechtzeitig eingebrachten Berufung führte die Beihilfenbezieherin aus, sie habe "die Obsorge der Kinder und alleinige Verantwortung". Die Kinder seien bei ihr gemeldet und tatsächlich in der freien Zeit bei ihr. Auch in den Ferien wären die Kinder bei ihr und stünde ihnen auch entsprechender Wohnraum zur Verfügung. Der Schulbesuch in [EU-Ausland]

wurde nicht bestritten, jedoch festgehalten, dass dadurch ein erhöhter finanzieller und zeitlicher Aufwand verursacht werde. Das bezogene Geld wäre den Kindern zu Gute gekommen und mit gutem Gewissen ausgegeben worden. Das Jugendamt könne bestätigen, dass sie Aufwendungen für Telefon, Kleidung, Fahrtkosten, Essen und Wohnen zu tragen habe. Der Kindesvater beziehe in [EU-Ausland] keine Familienbeihilfe. In der Folge wurde sodann eine Bestätigung der zuständigen Bezirkshauptmannschaft, Referat für Jugendwohlfahrt, nachgereicht. Aus dieser Bestätigung geht hervor, dass die Beihilfenbezieherin ihre in [EU-Ausland] die Schule besuchenden Kinder unterstütze und es zu zahlreichen Telefonaten und gegenseitigen Besuchen während des Schuljahres komme, wodurch ihr erhebliche finanzielle Belastungen entstehen würden. Die Kinder wären polizeilich bei der Beihilfenbezieherin gemeldet und hätten tatsächlich nach wie vor "Wohnraum im Haushalt", wo sie auch die Ferien verbringen würden. Die Beihilfenbezieherin besorge für die Kinder auch Kleidung und andere Utensilien.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 22. November 2005 wurde die Berufung als unbegründet abgewiesen. Das Finanzamt vertrat die Ansicht, dass sich die Kinder ständig in [EU-Ausland] aufhalten würden, wodurch ein Familienbeihilfenanspruch u.a. nach § 5 Abs. 3 FLAG 1967 ausgeschlossen wäre.

Daraufhin er hob die Beihilfenbezieherin neuerlich Berufung gegen die Rückforderung und führte neuerlich aus, dass ihr für ihre Kinder ein großer finanzieller Aufwand entstanden und mit der Rückforderung die finanzielle Absicherung der Familie gefährdet sei. Auch sei sie nicht in der Lage den geforderten Betrag zu bezahlen.

Auch wenn die letztgenannte Eingabe ihrem Inhalt nach wohl eher als Nachsichtsantrag zu werten wäre, betrachtete das Finanzamt diese als Antrag auf Entscheidung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz und legte den Fall dem unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung vor.

Die im gegenständlichen Fall Bezug habenden inländischen Rechtsvorschriften lauten:

Nach § 2 Abs. 1 lit. a FLAG 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, für minderjährige Kinder 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 minderjährigen Kindern auch die Kosten der Erziehung.

§ 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 / in der EU im Sinne der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen hervorgehoben.

Im gegenständlichen Fall ist aber nicht nur innerstaatliches Recht zu beachten. Vielmehr ist die Berufungswerberin als in Österreich nichtselbständig Tätige 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.

Nach Art. 73 dieser VO hat ein Arbeitnehmer, 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 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 die Berufungswerberin Arbeitnehmerin ist und ihre Kinder in einen anderen Staat des Gemeinschaftsgebietes abgewandert sind.

Die Tatsache, dass die Kinder der Berufungswerberin nicht mehr im gemeinsamen Haushalt mit der Berufungswerberin leben, ergibt sich aus der Tatsache, dass sie gemeinsam mit Ihrem Vater, der mit der Berufungswerberin niemals verheiratet war, in [EU-Ausland] leben, dort die Schule besuchen, kein überwiegender Inlandsaufenthalt behauptet wurde oder sonst feststellbar ist (siehe dazu auch die Ausführungen der Bezirkshauptmannschaft – "Auch während des Schuljahres kommt es immer wieder zu Aufenthalten" der Kinder bei der Berufungswerberin bzw. besucht diese ihre Kinder in [EU-Ausland].) und liegen auch sonst keine Anhaltspunkte für einen gewöhnlichen Aufenthalt der Kinder im Inland vor.

Nach den Bestimmungen der VO besteht aber auch in derartigen Fällen bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen ein Anspruch der Berufungswerberin auf den Bezug der Familienbeihilfe im Inland. Ausgehend davon, dass kein gemeinsamer Haushalt geführt wird und demzufolge keine Haushaltsgeschäftigkeit gegeben ist, reicht nach Art. 1 lit. f der VO in diesen Fällen die Tatsache der überwiegenden Kostentragung durch die Berufungswerberin aus. In Verkennung der Rechtslage hat die Abgabenbehörde erster Instanz diesbezüglich keinerlei Sachverhaltsfeststellungen getroffen, sondern den angefochtenen Bescheid ausschließlich mit der mangelnden Haushaltsgeschäftigkeit bzw. der dauernden Auslandsaufenthalt begründet. Es wurden dadurch für die Entscheidung wesentliche Sachverhaltsaspekte nicht festgestellt, obwohl die Berufungswerberin in ihren Eingaben stets angeführt hat, dass sie durch diverse Zuwendungen zum Unterhalt ihrer Kinder beiträgt, dies jedoch ohne ihre Leistungen und die tatsächlichen Unterhaltskosten zu beziffern.

In weiterer Folge, wenn überwiegende Kostentragung durch die Berufungswerberin vorliegen sollte, wäre festzustellen, ob für die Kinder für den in Rede stehenden Zeitraum in [EU-Ausland] als Wohnsitzstaat Familienleistungen (an den Vater) auf Grund der Ausübung einer Erwerbstätigkeit vorgesehen sind und wie viel diese betragen. Unabhängig von der tatsächlichen Antragstellung oder Auszahlung allfällig zustehender Familienleistungen, würde

---

sodann nach der Kollisionsnorm des Art. 76 der VO der (inländische) Anspruch der Berufungswerberin in diesem Ausmaß ruhen. Auch Ermittlungen über ein allfälliges Bestehen eines Anspruches des Kindesvaters wurden von der Abgabenbehörde erster Instanz nicht durchgeführt. Ähnliches gilt auch nach den Kollisionsnormen des Art. 10 der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 über die Durchführung der VO, welche, da der innerstaatliche Anspruch auf Familienbeihilfe zumindest bei österreichischen Staatsbürgern nicht von einer Versicherung, Beschäftigung oder selbständigen Tätigkeit abhängig ist, gegebenenfalls bei der Prüfung ob und in welchem Ausmaß eine neuerliche Rückforderung bescheidmäßig festzusetzen ist, auch zu berücksichtigen wäre.

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 oder eine Bescheiderteilung hätte unterbleiben 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 unnötigen 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.

Letztlich wird noch festgehalten, dass die Abgabenbehörde erster Instanz – im Sinne einer ökonomischen Vorgangsweise - allenfalls vor Beginn der noch notwendigen Erhebungen zur Feststellung des entscheidungswesentlichen Sachverhaltes - auf Grund der Ausführungen im Vorlageantrag – auch die Oberbehörde befragen könnte, ob diese allenfalls von dem ihr nach § 26 Abs. 4 FLAG 1967 eingeräumten Recht Gebrauch machen würde, die Abgabenbehörde erster Instanz anzuweisen, von einer Rückforderung eines gegebenenfalls zu Unrecht bezogenen Betrages abzusehen bzw. ob auf Grund der finanziellen Verhältnisse der

---

Berufungswerberin eine Einhebung allenfalls neuerlich festgesetzter Beträge unbillig oder Abgabenanspruch nicht durchsetzbar wäre.

Innsbruck, am 22. November 2006