



Bescheid

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Berufungswerberin, Studentin, geb. [Datum], Ort, Straße, vom 2. Jänner 2008 gegen den Bescheid des [Finanzamt2] vom 12. Dezember 2007 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. Oktober 2003 bis 31. Oktober 2005 entschieden:

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

Begründung

Mit Eingabe vom 28. Dezember 2006 beantragte die Kindesmutter mit dem Formular Beih1 beim Finanzamt die Zuerkennung der Ausgleichszahlung für ihre im Jahr 2001 geborene Tochter. Im Antrag wurde angegeben, dass sie [EU-] Staatsbürgerin sei und im August 2000 nach Österreich eingereist wäre. Als Beruf wurde „Studentin“ angeführt, die Felder betreffend die Angaben zum nicht dauernd getrennt lebenden Ehepartner oder Lebensgefährten blieben unausgefüllt. In einer Beilage zum Antrag führte die Kindesmutter aus, sie habe im September 2005 letztmalig Familienbeihilfe vom [Finanzamt1] (für die Monate September und Oktober 2005) erhalten. Im November 2005 habe sie ihren Hauptwohnsitz in den Bereich des Finanzamtes Innsbruck verlegt. Da sie von [EU-Staat] € 100,00 Kinderbeihilfe beziehe, ersuche sie um Erstattung des Differenzbetrages. Unklar sei ihr noch der Anspruch auf Kinderabsetzbetrag.

Eine Abfrage im Zentralen Melderegister ergab, dass die Kindesmutter über einen am [Ausstellungsdatum] in Wien ausgestellten Reisepass ihres Geburtsstaates verfügt und in Österreich

im Zeitraum [1.01-1.04] mit Nebenwohnsitz in [Stadt1],

im Zeitraum [2.04-11.06] mit Hauptwohnsitz in [Stadt2] und zum Großteil zeitlich überschneidend im Zeitraum [3.04-11.06] mit Nebenwohnsitz in [Stadt3] sowie

ab [11.06] bis laufend in [Stadt3] mit Hauptwohnsitz und in [Stadt2] mit Nebenwohnsitz gemeldet war bzw. ist. Die Melde Daten der Tochter in Österreich stimmen mit jenen der Antragstellerin im Wesentlichen überein, lediglich die Anmeldung mit Hauptwohnsitz in [Stadt2] erfolgte bereits am [1.04].

Weiters ergibt sich aus einem undatierten Aktenvermerk des Finanzamtes, dass die Mutter der Antragstellerin [EU-] Staatsbürgerin ist und in [EU-Staat] lebt. Der Vater ist österreichischer Staatsbürger und als [Beruf] sowohl in [EU-Staat] als auch in Österreich tätig. Zur Zeit der Anfertigung des Aktenvermerkes befände er sich in [EU-Staat2]. Er verfüge über ein Haus in [Stadt2], wo er hauptwohnsitzlich gemeldet sei. In diesem Haus befand sich auch der Hauptwohnsitz bzw. spätere Nebenwohnsitz der Antragstellerin, welche in Finnland aufgewachsen sei und sich ab August 2000 zu Studienzwecken in Österreich aufgehalten habe.

Im Verwaltungsakt befinden sich zwei vom Postamt in Innsbruck-Igls aus versendete Faxkopien aus dem Jahr 2004. Dabei handelt es sich um eine von der zuständigen Behörde aus [EU-Staat] verfasste Bestätigung in englischer Sprache über den Bezug von dortiger Familienbeihilfe in Höhe von € 100,00 sowie um einen ebenfalls in englische Sprache verfassten Auszug aus dem „Population information system“ von [EU-Staat], datiert mit 16. Dezember 2003, dem zu entnehmen ist, dass die Antragstellerin seit [10.03] nicht mehr in [EU-Staat] wohnhaft ist. Für ihre Tochter scheint für den Zeitraum [10.03-2.04] eine gültige Adresse in Finnland auf.

Einer Bestätigung vom 10. Juli 2006 ist zu entnehmen, dass die Tochter der Antragstellerin seit [5.04] einen Kindergarten in Österreich (Stadt) regelmäßig besucht. Aus dem Studienblatt der Antragstellerin geht hervor, dass diese seit dem Wintersemester 2003/04 an der Universität Stadt das Diplomstudium der [Studium1] und seit dem Wintersemester 2005/06 zusätzlich das Diplomstudium der [Studium2] betreibt.

Weiters im Verwaltungsakt enthalten ist ein Schriftverkehr zwischen der Volksanwaltschaft, an welche sich die im [Stadt2] lebende Großmutter der Antragstellerin gewandt hatte, und dem für Familienbeihilfenangelegenheiten zuständigen Bundesministerium. Nach diesem vertritt

das zuständige Bundesministerium die Auffassung, dass Studierende, welche sich zu Studienzwecken in Österreich aufhalten (und keine österreichischen Staatsbürger sind), keinen Anspruch auf Familienbeihilfe für deren Kinder haben, da sich diese und ihr/e Kind/er nur vorübergehend im Inland aufhalten würden.

Das Finanzamt wies mit Bescheid vom 12. Dezember 2007 den Antrag auf Ausgleichszahlung ab und forderte mit Bescheid gleichen Datums die ab Oktober 2003 für die Tochter der Antragstellerin an diese bereits ausbezahlte Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbeträgen zurück. Beides ohne in den Erstbescheiden auch nur ansatzweise den entscheidungsrelevanten Sachverhalt darzulegen mit der Begründung, dass gegenständlich kein Mittelpunkt der Lebensinteressen (in Österreich) gegeben sei.

In der Berufung gegen den zweitgenannten Bescheid, welcher Gegenstand des nunmehr abzuführenden Verfahrens ist, stellte die Einschreiterin fest, dass sie seit dem bereits oben angeführten Zeitpunkt an der Universität Stadt studiere und (vorerst mit Nebenwohnsitz, dann mit Hauptwohnsitz) dort zusammen mit ihrer Tochter wohne. Die Tochter habe dort den Kindergarten besucht und absolviere jetzt die Volksschule.

In der abweisenden Berufungsvorentscheidung wurde vom Finanzamt an Sachverhalt festgehalten, dass sich die Berufungswerberin lediglich zu Studienzwecken in Österreich aufhalte und in Österreich nicht beschäftigt sei. Weiters wäre sie seit [1.01] – teilweise nur mit Nebenwohnsitz – in Österreich gemeldet. Zudem wurde ausgeführt, dass sich eine Person, die sich zu Studienzwecken im Inland aufhalte, nur über einen (mehrere Jahre andauernden) vorübergehenden Aufenthalt für die Zeit des Studiums verfüge. Kinder dieser Studierenden würden ihren Aufenthaltszweck von den Eltern ableiten und befänden sich ebenfalls nur vorübergehend am Studienort. Der vorübergehende Inlandsaufenthalt zu Studienzwecken stehe der Annahme eines ständigen Auslandsaufenthaltes nicht entgegen. Auf Grund des nur vorübergehenden Aufenthaltes in Österreich wäre im streitgegenständlichen Zeitraum kein Anspruch auf Familienbeihilfe gegeben gewesen.

In einem neuerlich als Berufung bezeichneten Schreiben bestritt die Einschreiterin sinngemäß, dass sich der Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen nicht in Österreich befände und legte eine Kindergarten- und Schulbesuchsbestätigung für ihre Tochter vor. Das Finanzamt wertete diese Eingabe zu Recht als Antrag auf Entscheidung durch den Unabhängigen Finanzsenat.

Im gegenständlichen Fall ist festzuhalten:

1. § 2 Abs 1 FLAG 1967:

Nach den innerstaatlichen Regelungen des FLAG 1967 in der für den Streitzeitraum gültigen Fassung ist der Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder vorerst an einen Wohnsitz oder einen gewöhnlichen Aufenthalt der anspruchserhebenden Person in Österreich (§ 2 Abs 1 lit a) und die Haushaltzugehörigkeit des Kindes bei dieser Person (§ 1 Abs 2) geknüpft. Unstrittig verfügte die Berufungswerberin im Streitzeitraum über einen Wohnsitz in Österreich und war das Kind bei ihr durchgehend haushaltzugehörig (siehe Angaben der Berufungswerberin und die unwidersprochenen Punkte 2. und 3. des Vorhaltes an das Finanzamt vom 6. Juni 2008). Durch die diesbezüglich eindeutige und klare Formulierung des § 2 Abs 1 FLAG 1967 („... oder ...“) ist - bei bestehendem Wohnsitz – zusätzlich ein gewöhnlicher Aufenthalt der Beihilfenwerberin im Bundesgebiet grundsätzlich nicht gefordert.

Auch wenn nach dem Gesetzestext der gewöhnliche Aufenthalt somit lediglich eine zusätzliche (und in diesem Zusammenhang für den gegenständlichen Fall nicht entscheidende) Möglichkeit zur Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen darstellt, ist dennoch auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl VwGH 27.4.2005, 2002/14/0050; VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103; und die in diesen Erkenntnissen zitierte Vorjudikatur) zu verweisen, nach der der ständige (=gewöhnliche) Aufenthalt einer Person, welche (voraussichtlich) über mehrere Jahre einer Berufsausbildung in einem Staat nachgeht und sich lediglich in Ferienzeiten in einem anderen Staat (bei den Eltern) aufhält – was im gegenständlichen Fall mangels entsprechender Sachverhaltsfeststellungen zudem überhaupt nicht feststeht –, regelmäßig im erstgenannten Staat gelegen ist und der Aufenthalt dort nicht als bloß vorübergehend anzusehen ist. Diese nicht auf den Mittelpunkt der Lebensinteressen abstellende Beurteilung ist nach objektiven Kriterien zu treffen.

Die von der für Familienbeihilfen zuständigen Fachabteilung im Bundesministerium für Gesundheit, Familie und Jugend im Schreiben an die Volksanwaltschaft und in zahlreichen anderen Erledigungen vertretene Rechtsansicht, dass sich Studierende im Ausbildungsstaat stets nur vorübergehend aufhalten würden, steht in offenem Widerspruch zu dieser Rechtsprechung.

2. § 2 Abs 8 FLAG 1967:

In § 2 Abs 8 FLAG 1967 in der für den Streitzeitraum gültigen Fassung wird gefordert, dass sich der Mittelpunkt der Lebensinteressen eines Beihilfenwerbers in Österreich befindet; dies allerdings **nur dann**, wenn dieser „*sowohl im Bundesgebiet als auch im Ausland einen Wohnsitz*“ hat.

In Punkt 4. des Vorhaltes vom 6. Juni 2008 wurde dem Finanzamt unter Bezugnahme auf den bereits im Verwaltungsakt enthaltenen Auszug aus dem „Population information system“ mitgeteilt, dass nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates aus diesem geschlossen

werden müsse, dass die Antragstellerin gegenständlich über kein Wohnsitz im Ausland verfüge. Als Reaktion darauf, teilte das Finanzamt mit Schreiben vom 6. August 2008 mit, dass es keine entscheidende Rolle spielen könne, ob sich die Berufungswerberin „*für die Zeit des Studiums im Heimatstaat wohnsitzlich abgemeldet*“ habe.

Dem Finanzamt ist durchaus zuzustimmen, dass es für das Vorliegen eines Wohnsitzes grundsätzlich nicht auf den Meldestatus ankommt. Steuer- und auch beihilfenrechtlich ist das Bestehen eines Wohnsitzes stets an die objektive Voraussetzung der Innehabung einer Wohnung geknüpft. Innehaben bedeutet, über eine Wohnung tatsächlich oder rechtlich verfügen zu können, sie also jederzeit für den eigenen Wohnbedarf benützen zu können. Maßgeblich ist die tatsächliche Gestaltung der Dinge. Um einen Wohnsitz im Sinne der Abgabenvorschriften zu begründen, bedarf es daher nur der tatsächlichen Verfügungsgewalt über bestimmte Räumlichkeiten, die nach der Verkehrsauffassung zum Wohnen geeignet sind, also ohne wesentliche Änderung jederzeit zum Wohnen benutzt werden können und ihrem Inhaber nach Größe und Ausstattung ein den persönlichen Verhältnissen entsprechendes Heim bieten (vgl. VwGH 16.11.1991, 91/14/0041; VwGH 16.9.1992, 90/13/0299; VwGH 24.1.1996, 95/13/0150; VwGH 3.7.2003, 99/15/0104 uva).

Wenn das Finanzamt nunmehr im Antwortschreiben an den Unabhängigen Finanzsenat offensichtlich andeutet, dass die Berufungswerberin in ihrem Herkunftsstaat nach wie vor über einen Wohnsitz im Sinne der obigen Ausführungen verfüge, hätte es dazu aktenkundige Feststellungen treffen müssen, was im gegenständlichen Fall jedoch nicht erfolgt ist, weshalb der entscheidungswesentliche Sachverhalt unvollständig ermittelt blieb.

Würde sachverhaltsmäßig davon auszugehen sein, dass im Rückforderungszeitraum tatsächlich sowohl im Ausland als auch im Inland ein Wohnsitz bestanden hat oder nach wie vor besteht, wäre es weiters Aufgabe des Finanzamtes gewesen, entsprechende Feststellungen zum Mittelpunkt der Lebensinteressen zu treffen. Nach § 2 Abs 8 FLAG 1967 hat eine Person den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. VwGH 18.1.1996, 93/15/0145) kann eine Person zwar mehrere Wohnsitze, jedoch nur einen Mittelpunkt der Lebensinteressen haben. Unter persönlichen Beziehungen sind dabei all jene zu verstehen, die jemanden aus in seiner Person liegenden Gründen auf Grund der Geburt, der Staatszugehörigkeit, des Familienstandes und der Betätigungen religiöser und kultureller Art, mit anderen Worten nach allen Umständen, die den eigentlichen Sinn des Lebens ausmachen, an ein bestimmtes Land binden. Nach den Erfahrungen des täglichen Lebens bestehen im Regelfall die stärksten persönlichen Beziehungen zu dem Ort, an dem man regelmäßig und Tag für Tag mit seiner Familie lebt. Daraus folgt, dass der Mittelpunkt der Lebensinteressen einer Person regelmäßig am Ort des

Aufenthaltes ihrer Familie (Kinder und gegebenenfalls Ehegatte oder Lebensgefährte) zu finden sein wird. Diese Annahme setzt allerdings im Regelfall die Führung eines gemeinsamen Haushaltes sowie das Fehlen ausschlaggebender und stärkerer Bindungen zu einem anderen Ort, etwa aus beruflichen oder gesellschaftlichen Gründen, voraus. Dabei kommt es insbesondere auf die Umstände der Lebensführung, wie etwa eine eigene Wohnung, einen selbständigen Haushalt, gesellschaftliche Bindungen, aber auch auf den Pflichtenkreis einer Person und hier insbesondere auf ihre objektive und subjektive Beziehung zu diesem an. Die auf die Wohnsitze entfallenden Aufenthaltszeiten sind zudem ein bedeutsames quantitatives Kriterium dafür, wo der Mittelpunkt der Lebensverhältnisse einer Person besteht (siehe hiezu beispielsweise VwGH 18.1.1996, 93/15/0145; VwGH 20.6.1990, Zl. 90/16/0032, mwN). Den wirtschaftlichen Beziehungen (Mittelherkunft zur Bestreitung des Lebensunterhaltes) kommt bei der Bestimmung des Mittelpunktes der Lebensinteressen nur eine weitergehenden Zwecken dienende – und somit nicht vorrangig entscheidende - Funktion zu (VwGH 30.1.1990, 89/14/0054)

Die Berufungswerberin ist nicht verheiratet. Inwieweit (noch) nähere persönliche Beziehungen zum Kindesvater, welcher (zumindest im Jahr 2004) in [EU-Staat] wohnte, bestehen, hat das Finanzamt nicht ermittelt. Unbestritten blieb, dass die Berufungswerberin sich über Jahre (nahezu) durchgehend in Österreich aufgehalten hat, im Streitzeitraum über eine eigene Wohnung verfügte, das Kind den Kindergarten und die Schule in Österreich besuchte, das Studium in Österreich betrieben wurde und familiäre Bindungen zur in Österreich lebenden Großmutter bestanden. Auf Grund welcher Sachverhaltsfeststellungen das Finanzamt (wie aus dem Erstbescheid zu erahnen ist) unter diesen Umständen davon ausgeht, dass der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Berufungswerberin im Streitzeitraum nicht in Österreich gelegen sein sollte, ist weder dem Verwaltungsakt noch dem Erstbescheid oder der Berufungsvorentscheidung zu entnehmen (siehe Pkt. 5 des Vorhaltes vom 6. Juni 2008).

3. § 3 Abs 1 FLAG 1967:

Nach dieser Gesetzesbestimmung besteht für Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur bei Erfüllung zusätzlicher Voraussetzungen (erlaubte Beschäftigung, Aufenthaltsdauer) Anspruch auf Familienbeihilfe.

Im Vorhalt vom 6. Juni 2008 hat der Unabhängige Finanzsenat bereits auf die Bestimmungen des § 53 FLAG 1967 und das Diskriminierungsverbot des Art 12 EG-Vertrag hingewiesen. Dennoch vertritt das Finanzamt in Beantwortung des Vorhaltes – nunmehr erstmalig - die Ansicht, dass § 3 FLAG 1967 einer Familienbeihilfengewährung entgegen stehe.

In diesem Zusammenhang darf auf die Entscheidung des EuGH vom 15.3.2005, C 209/03, und die dort zitierte Rechtsprechung verwiesen werden, nach der ein Unionsbürger, der sich

in einen anderen Mitgliedsstaat begibt und dort eine weiterführende Schule (Universität) besucht, von der durch Art 18 EG garantierten Bewegungsfreiheit Gebrauch macht. Hält sich dieser Unionsbürger im Gebiet eines Aufnahmemitgliedsstaates rechtmäßig auf, kann er sich in allen Situationen, die in den sachlichen Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechtes fallen, auf Art 12 EG berufen. Vgl. dazu auch sinngemäß EuGH 20.9.2001, C-184/99.

Wenn das Finanzamt dennoch im gegenständlichen Fall auf Grund der nichtösterreichischen Staatsbürgerschaft zusätzliche Voraussetzungen erfüllt sehen will (Antwortschreiben vom 6. August 2008), wäre dies hinsichtlich der Vereinbarkeit mit dem EU-Recht zu begründen gewesen.

4. § 4 Abs 7 FLAG 1967:

Kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

Auf die grundsätzlichen Ausführungen oben unter Pkt. 1. zum ständigen Aufenthalt, welche abgeleitet auch für die Tochter der Berufungswerberin Anwendung finden, und die Regelung des § 53 Abs 1 letzter Satz FLAG 1967 wird hingewiesen.

5. zusätzliche Überlegungen zum FLAG 1967:

Nach § 4 Abs 1 FLAG 1967 besteht grundsätzlich kein Anspruch auf Familienbeihilfe in Österreich, wenn Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe besteht.

Festzustehen scheint, dass für die Tochter der Berufungswerberin in Finnland eine gleichartige Beihilfe bezahlt wurde. Ob und aus welchem Grund beim vorliegenden Sachverhalt ein tatsächlicher Anspruch (allenfalls auch auf Grund der VO (EWG) 1408/71 im Zusammenhang mit dem Kindesvater) bestanden hat oder ob allenfalls der Bezug in Finnland beim vorliegenden Sachverhalt zu Unrecht erfolgte und somit in Finnland tatsächlich kein Anspruch bestanden hat, wurde vom Finanzamt nicht geprüft.

Wohl aus diesem Grund wurden auch keine Überlegungen hinsichtlich des Zustehens einer Ausgleichszahlung angestellt.

6. weitere europarechtliche Überlegungen:

Der europarechtliche Bezug blieb im gegenständlichen Fall seitens des Finanzamtes ohnehin vollkommen unbeachtet, was sachverhaltsmäßig ebenfalls einen gravierenden Ermittlungsmangel darstellt.

So wäre beispielsweise zu untersuchen gewesen, ob die Berufungswerberin bzw. ihre Tochter allenfalls als „Arbeitnehmerin“ oder „Selbständige“ (auf Grund des Bestehens einer Pflicht- oder freiwilligen Versicherung nach Titel I Art 1 lit a) bzw als „Studierende“ (Titel I Art 1 lit ca)

oder „Angehörige“ im Sinne der Verordnung (EWG) 1408/71 anzusehen sind bzw die genannte Verordnung (Titel I Art 2) oder andere europarechtliche Regelungen anwendbar sind und für den gegenständlichen Fall spezielle, innerstaatliche Vorschriften verdrängende oder ergänzende Bestimmungen enthalten. Auch könnte es – wie oben unter Pkt. 5 bereits angeschnitten - beispielsweise der Fall sein, dass der Kindesvater in [EU-Staat] Arbeitnehmer oder Selbständiger im Sinne der genannten Verordnung und deshalb für seine Tochter dort Anspruchsberechtigter ist (vgl. EuGH 5.2.2002, C-255/99), was eventuell die Anwendung der Kollisionsnormen des Art 10 VO (EWG) 574/72 bedingen könnte. Diesbezüglich wird zudem auf Art 10 Abs 3 der genannten Verordnung hingewiesen.

7. Zusammenfassung und Ermessensübung

Vorweg ist festzuhalten, dass der Inhalt behördlicher Erledigungen in Bescheidform zu begründen ist (§ 93 Abs 3 BAO). Derartige Begründungen müssen geeignet sein, den Bescheidempfänger (aber auch den Unabhängigen Finanzsenat als Rechtsmittelbehörde) in die Lage zu versetzen, die Entscheidung bzw. die Entscheidungsfindung der Behörde nachvollziehen zu können. In diesem Zusammenhang ist die Behörde nach § 115 Abs 1 BAO verpflichtet, die Fälle (vollständig) zu erforschen, von Amts wegen die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zu ermitteln und den Parteien Gelegenheit zur Geltendmachung ihrer Rechte und rechtlichen Interessen zu geben (§ 115 Abs 2 BAO).

Wie sich aus den obigen Punkten ergibt, hat das Finanzamt bei seiner Entscheidung nicht nur die ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum Thema „ständiger Aufenthalt“ nicht berücksichtigt, sondern darüber hinaus entgegen der bestehenden Ermittlungspflicht den vorliegenden Fall weder umfassend erforscht noch die entscheidenden tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse ermittelt. Vielmehr scheint sich aus den Umständen des vorliegenden Falles zu ergeben, dass die Erledigung des Finanzamtes basierend auf der unreflektierten Übernahme (vermeintlicher) Vorgaben der Fachabteilung des zuständigen Ministeriums getroffen wurde, ohne den tatsächlichen Sachverhalt entsprechend festzustellen oder zu würdigen.

Nach § 289 Abs 1 BAO kann die Abgabenbehörde zweiter Instanz eine Berufung, die weder zurückzuweisen noch als zurückgenommen oder als gegenstandslos zu erklären ist, durch Aufhebung des angefochtenen Bescheides und allfälliger Berufungsvorentscheidungen unter Zurückweisung der Sache an die Abgabenbehörde erster Instanz erledigen, wenn Ermittlungen (§ 115 Abs 1 BAO – gegenständlich siehe die obigen Punkte 1. bis 6.) unterlassen wurden, bei deren Durchführung ein anders lautender Bescheid hätte erlassen werden oder eine Bescheiderteilung hätte unterbleiben können. Durch die Aufhebung des

angefochtenen Bescheides tritt das Verfahren in die Lage zurück, in der es sich vor Erlassung dieses Bescheides befunden hat.

Die Aufhebung nach § 289 BAO stellt eine Ermessensentscheidung dar, welche nach den Grundsätzen der Zweckmäßigkeit und der Billigkeit zu treffen ist.

Zweckmäßig ist die Aufhebung im gegenständlichen Fall, da es dem Willen des Gesetzgebers, welcher ab dem Jahr 2003 im abgabenrechtlichen Berufungsverfahren ein kontradiktorisches Zweiparteienverfahren geschaffen hat, zuwiderlaufen würde, wenn es wegen des Unterbleibens eines (ordnungsgemäßen und vollständigen) Ermittlungsverfahrens bei der Abgabenbehörde erster Instanz zu einer Verlagerung (nahezu) des gesamten Verfahrens zur Berufungsbehörde kommen würde. Die Berufungsbehörde wäre sodann einerseits gehalten, jedes Ermittlungsergebnis der jeweils anderen Verfahrenspartei unter Gewährung einer entsprechenden Frist zur Stellungnahme zu übermitteln und allfällige neue Vorbringen – wiederum mit Frist – neuerlich vorzuhalten, was zu einer nicht unbeträchtlichen Verkomplizierung und Verzögerung des Verfahrenslaufes führen würde, und würde andererseits, statt ihre (umfassende und unparteiliche) Kontrollbefugnis wahrnehmen zu können, erstmals den entscheidungswesentlichen Sachverhalt zur Gänze festzustellen und einer Beurteilung zu unterziehen haben und so die Aufgaben einer Verfahrenspartei übernehmen, was nicht Sinn des Gesetzes ist (Ritz, Bundesabgabenordnung Kommentar, 3. Auflage, § 289 Tz 5, unter Hinweis auf VwGH 21.11.2002, 2002/20/0315).

Die Durchführung eigener Ermittlungen durch den Unabhängigen Finanzsenat wäre daher nur dann zweckmäßig, wenn der bereits festgestellte Sachverhalt notwendigen und (hinsichtlich des Umfangs) konkret abschätzbaren Ergänzungen bedürfen würde, nicht jedoch dann, wenn – wie im gegenständlichen Fall – ein Vorhalt an das Finanzamt nicht zu einer ausreichenden Klärung des Sachverhaltes beitragen konnte und das Ausmaß und der Umfang der noch notwendigen Ermittlungen nicht absehbar ist. Zudem würde eine umfangreiche Ermittlungstätigkeit durch den Unabhängigen Finanzsenat, welche letztlich zu erstmaligen Sachverhaltsfeststellungen und in der Folge allenfalls zu einer Abweisung einer Berufung mit vollständig anderen Argumenten als von Finanzamt herangezogen führen könnte, geeignet sein, den Anschein der Bevorzugung einer Verfahrenspartei zu erwecken.

Die Grundsätze der Billigkeit sprechen nicht gegen eine Aufhebung, da einerseits die Berufungswerberin dadurch (vorerst) keiner Rückforderung mehr ausgesetzt ist und ihr die Durchführung eines mängelfreien erstinstanzlichen Verfahrens ermöglicht wird, andererseits das Finanzamt in der Folge die Möglichkeit hat, unter Berücksichtigung der rechtlichen Rahmenbedingungen die entsprechend notwendigen Sachverhaltsfeststellungen zu treffen und – für den Fall, dass weiterhin von der Notwendigkeit der Erlassung eines

Rückforderungsbescheides ausgegangen wird – einen neuen und nachvollziehbar begründeten Rückforderungsbescheid zu erlassen.

Es war daher wie im Spruch ausgeführt zu entscheiden.

Innsbruck, am 25. August 2008