



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des P. I., W., gegen den Bescheid des Finanzamtes Bruck Eisenstadt Oberwart betreffend Familienbeihilfe für den Zeitraum 1. Mai 2004 bis 30. September 2005 entschieden:

Der angefochtene Bescheid wird gemäß § 289 Absatz 1 BAO unter Zurückverweisung der Sache an die Abgabenbehörde erster Instanz aufgehoben.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw), ein ungarischer Staatsbürger mit Wohnsitz in Österreich, stellte im Juli 2006 den Antrag auf Gewährung einer Differenzzahlung zur Familienbeihilfe für seinen Sohn P. T. I. (geb. am XYZ.1981), und zwar von Mai 2004 bis September 2005.

Der Bw. ist seit Februar 1989 rechtskräftig geschieden. Seine geschiedene Gattin hat das alleinige Sorgerecht für die beiden gemeinsamen Kinder. Der Bw hat einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von 20 % seines jeweiligen Nettodurchschnittsverdienstes zu leisten.

Der Bw ist laut Bestätigung der Fa. „X.“ Bau und Personalleasing GmbH vom 27. Juni 2006 seit 16. Mai 2006 im Unternehmen als Monteur beschäftigt und bezieht ein monatliches Nettoeinkommen von € 1.234,34.

Laut seinen Angaben hatte der Bw im Jahr 2004 von Jänner bis Dezember und im Jahr 2005 von Jänner bis Juni Anspruch auf eine der österreichischen Familienbeihilfe gleichartige ausländische Beihilfe in Ungarn.

Folgende Unterlagen liegen unter anderem im Akt auf:

- EU-Freizügigkeitsbestätigung vom 22. Juli 2005
- Bestätigung über Inskription im Sommersemester 2004/05
- Schulbesuchsbestätigung für das Schuljahr 2004/2005 in Ungarn.
- Bestätigung Hochschuldiplom von Sohn P. T. I. vom 27. März 2006 („Genannter wird aufgrund des Entscheides der Schlussprüfungskommission vom 21. Juni 2005 zum Brandschutzingenieur erklärt.“)
- Bestätigung der geschiedenen Gattin, dass der Bw in den Jahren 2004 bis 2005 monatlich € 200,-- „seinem Sohn überreicht hat“.

Das Finanzamt erließ am 15. Februar 2007 einen Bescheid und wies den Antrag mit folgender Begründung ab:

„Aufgrund der VO/EWG Nr. 1408/71 haben Sie in Österreich Anspruch auf Familienleistungen (Differenzzahlung) für ein Kind, das in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union wohnt.“

Gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 haben Personen Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind, zu deren Haushalt das Kind gehört. Da Sie nicht mit Ihrem Sohn T. im gemeinsamen Haushalt leben, konnte das von Ihnen vorgelegte Formular E401 nicht ordnungsgemäß bestätigt werden. Ein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht daher nicht.“

Der Bw. er hob gegen den Bescheid vom 15. Februar 2007 mit Schreiben vom 23. März 2007 (eingelangt beim Finanzamt am 27. März 2007) Berufung und führte folgendes zur Begründung aus:

„...Begründet wird der Bescheid damit, dass gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 Anspruch auf Familienbeihilfe solche Personen haben, zu deren Haushalt das Kind gehört. Da ich aber mit meinem Sohn im gemeinsamen Haushalt nicht lebe und das von mir vorgelegte Formular nicht ordnungsgemäß bestätigt konnte, in meinem Fall der Anspruch nicht besteht.“

Von anderer Seite gebe ich nochmals an, dass ich, obwohl ich von Mutter des Kindes seit langem geschieden bin, ihn regelmäßig in Ungarn besuche, und seine Unterhaltskosten zur Gänze nach wie vor trage...“

Die verspätet eingebrachte Berufung wurde seitens des Finanzamtes zurückgewiesen. In der vom Bw erhobenen Berufung legte dieser die Gründe für die Verspätung dar. Mit

Berufungsvorentscheidung vom 22. Oktober 2007 gab das Finanzamt der Berufung insofern statt als die Berufung vom 23. März 2007 als rechtzeitig eingebracht gewertet wurde.

In seinem Vorlageantrag führte der Bw. aus, dass sein Sohn nach § 2 FLAG 1967 zu seiner geschiedenen Gattin haushaltzugehörig sei. Er besuche ihn aber seit seiner Geburt regelmäßig und trage überwiegend, wenn nicht zur Gänze, seine Unterhaltskosten.

Strittig ist somit, ob dem Bw für den Zeitraum Mai 2004 bis September 2005 die Familienbeihilfe oder allenfalls eine Ausgleichszahlung zusteht.

Über die Berufung wurde erwogen:

Folgender unbestrittene Sachverhalt steht fest.

Der Bw ist ungarischer Staatsbürger mit Wohnsitz in Österreich, den er im Jahr 1990 begründete.

Er war von Mai 2004 bis September 2005 überwiegend nichtselbständig beschäftigt und bezog für kurze Zeiträume auch Arbeitslosengeld.

Seit 16.5.2006 ist er bei der Fa „X.“ Bau und Personalleasing GmbH als Monteur nichtselbständig beschäftigt und bezieht ein monatliches Nettoeinkommen von € 1.234,34.

Er ist seit Februar 1989 rechtskräftig geschieden. Seine geschiedene Gattin wohnt in Ungarn und bezieht dort Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit. Sie hat das alleinige Sorgerecht für die beiden Kinder, und zwar die Tochter sowie den gemeinsamen volljährigen Sohn T. I. P., geb. am XYZ .1981, der bei der Mutter haushaltzugehörig ist.

Der Bw hat einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von 20% seines jeweiligen Nettodurchschnittsverdienstes für die Kinder, mindestens aber 1.500 Forint, zu leisten. Er besucht seinen Sohn regelmäßig.

Aus rechtlicher Sicht ist auszuführen wie folgt.

Nach § 2 Abs 1 lit b) FLAG 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, für volljährige Kinder, die sich in Aus- bzw Fortbildung unter dort näher genannten Voraussetzungen befinden, 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 volljährigen Kindern, die für ihren Beruf ausgebildet oder in ihrem Beruf fortgebildet werden, auch die Kosten der Berufsausbildung oder Berufsfortbildung.

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

Im gegenständlichen Fall ist aber nicht nur innerstaatliches Recht zu beachten. Vielmehr ist der Bw als in Österreich nichtselbständig Tätiger 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.

Die in Rede stehende Familienbeihilfe ist zweifelsfrei eine Familienleistung iSd Art 1 Buchstabe u sublit i der VO, welche einen Ausgleich von Familienlasten bezieht und in einem staatlichen Beitrag zum Familienbudget besteht, der die Kosten des Unterhalts von Kindern verringern soll (s auch Urteil des EuGH vom 5.2.2002, Rs C-255/99 *Anna Humer*).

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 der Bw Arbeitnehmer ist und sein Kind in einem anderen Staat des Gemeinschaftsgebietes wohnt.

Die Tatsache, dass das Kind des Bw nicht im gemeinsamen Haushalt mit dem Berufungswerber lebt, ist unbestritten und ergibt sich aus dem Vorbringen des Bw und den vorliegenden Unterlagen.

Nach den Bestimmungen der VO besteht aber auch in derartigen Fällen bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen ein Anspruch des Bw auf den Bezug der Familienbeihilfe im Inland. Ausgehend davon, dass kein gemeinsamer Haushalt geführt wird und demzufolge keine Haushaltzugehörigkeit gegeben ist, reicht nach Art. 1 lit. f der VO in diesen Fällen die Tatsache der überwiegenden Kostentragung durch den Bw aus.

Auch die Tatsache der Auflösung der Ehe des Bw ändert nichts an der Anwendbarkeit der VO; wie der VwGH im Erkenntnis vom 19.4.2007, ZI 2004/15/0049, unter Berufung auf das oben erwähnte EuGH Urteil Rs *Humer* eindeutig klarstellte. Demnach sind unter dem Ausdruck „Familienlast“ auch Familiensituationen nach einer Scheidung erfasst.

In Verkennung der Rechtslage hat die Abgabenbehörde erster Instanz diesbezüglich keinerlei Sachverhaltsfeststellungen getroffen, sondern den angefochtenen Bescheid ausschließlich mit der mangelnden Haushaltzugehörigkeit begründet. Es wurden dadurch, ausgehend von der dargestellten Rechtsansicht, für die Entscheidung wesentliche Sachverhaltsaspekte nicht festgestellt.

Es wäre zu prüfen, ob für den volljährigen Sohn des Bw nach innerstaatlichem Recht ein Anspruch auf Familienbeihilfe wegen Berufsausbildung bestünde.

Ferner wäre durch Ermittlungen festzustellen, ob für den Sohn für den in Rede stehenden Zeitraum im EU-Ausland als Wohnsitzstaat Familienleistungen (an die Mutter) vorgesehen sind

und wie viel diese betragen. Nach dem Erkenntnis des VwGH vom 23.5.2007, ZI 2006/13/0074, gilt nämlich der Grundsatz "iura novit curia" in Bezug auf ausländisches Recht nicht.

Da auch die Mutter im vorliegenden Fall nichtselbständig erwerbstätig ist, ist nach der VO der Wohnsitzstaat Ungarn primär für die Gewährung der Familienbeihilfe zuständig. Unabhängig von der tatsächlichen Antragstellung oder Auszahlung allfällig zustehender Familienleistungen würde somit nach der Kollisionsnorm des Art 76 der VO der inländische Anspruch des Bw in diesem Ausmaß ruhen. Der Bw hätte unter der Voraussetzung der überwiegenden Kostentragung Anspruch auf eine entsprechende Differenzzahlung.

Sollte in Ungarn kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestehen, würde allenfalls der subsidiäre Tatbestand der überwiegenden Kostentragung zur Geltung gelangen und möglicherweise ein primärer Anspruch auf österreichische Familienbeihilfe bestehen.

Daher wäre abzuklären, ob überwiegende Kostentragung durch den Bw in Bezug auf den Unterhalt des Sohnes vorliegt. Dazu wären die gesamten Unterhaltskosten zu ermitteln und der prozentuelle Anteil, den der Bw dazu beträgt, festzustellen, wobei auch der Zahlungsfluss durch geeignete Belege nachzuweisen wäre.

Im Falle überwiegender Kostentragung und bei Vorliegen aller anderen Voraussetzungen wäre die Familienbeihilfe bzw ein allfälliger Differenzbetrag zuzuerkennen, andernfalls besteht weder Anspruch auf Familienbeihilfe noch auf Ausgleichszahlungen.

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 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 unnotwendigen 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.

Auf die Entscheidungen des UFS vom 14.7.2006, RV/0187-I/06 und vom 22.11.2006,
RV/0061-I/06, wird verwiesen.

Wien, am 26. Februar 2008