



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 4/5/10 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. Februar 2003 bis 30. November 2004 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Strittig ist im vorliegenden Fall, ob der Berufungswerber (Bw.) für seine Tochter L., geb. am 28.1.2003, Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen hat.

Im Zuge der Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe gab der Bw. dem Finanzamt mit am 14.1.2005 eingebrachtem Schreiben Folgendes bekannt:

"Wie sich nach einem Informationsgespräch mit ihrer Abteilung herausstellte, habe ich die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen, weil meine Frau ... und meine Tochter ... seit 28.1.2003 nicht mehr in meinem Haushalt gemeldet sind.... Ich war der Ansicht, der Umstand verheiratet zu sein, sei ausreichend...

Ergänzung zu meinen Dienstgeberangaben im Formular: Mein letztes österreichisches Dienstverhältnis endete am 31.3.2003 bei der Fa. R GmbH. Seit Dezember 2003 Freiwilliger bei Ärzte ohne Grenzen Österreich und seit 6.3.2004 Freiwilliger bei Ärzte ohne Grenzen Schweiz, im Einsatz in Äthiopien für 9 Monate. Seit 21.12.04 wieder in Wien."

Das Finanzamt erließ am 24. Mai 2005 einen Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge betreffend Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum 1.2.2003 bis 30.11.2004 und führte zur Begründung aus, dass gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 die Person Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind hat, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das

Kind überwiegend trage, habe dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt sei.

Der Bw. erhob gegen den Bescheid fristgerecht Berufung und führte dazu Folgendes aus:

"1) Zum Spruchpunkt Rückforderung angeblich zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe: Gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz hat nicht nur jene Person Anspruch auf Familienbeihilfe, deren Haushalt das Kind angehört sondern auch jene Person, die die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt. Ich überweise meiner Gattin, Frau S.H. monatlich € 250,-- an Unterhalt. Hinzu kommen € 100,-- monatlich, die meine Schwester aufgrund ihrer mir gegenüber aushaftenden Schulden, direkt anweist, sodass mein Beitrag zum Unterhalt meines minderjährigen Kindes, L.H., monatlich insgesamt € 350,-- beträgt. Dass es sich hierbei um den überwiegenden Teil des Unterhaltes handelt, ergibt sich daraus, dass dieser an den konkreten Lebensverhältnissen zu messen ist. In Peru sind die Lebenshaltungskosten im Vergleich zu Österreich wesentlich niedriger. Die wirtschaftliche Situation ist – ebenfalls im Vergleich zu Österreich – wesentlich schlechter. Das durchschnittliche pro Kopf-Einkommen in Peru (Jahreseinkommen US\$ 2.140,--) beträgt gemäß der Angaben der Weltbank nicht einmal 8 % des Pro-Kopf-Einkommens in Österreich (Jahreseinkommen US\$ 26.810,--). Ein ähnliches Verhältnis besteht hinsichtlich der Preise für Grundnahrungsmittel und Wohnungen. Hieraus ergibt sich, dass der von mir geleistete Unterhalt in Peru mehr wert ist als ein gesamtes Jahreseinkommen. Wenn man diese Werte mit den genannten Relationen auf österreichische Verhältnisse zurückrechnet, ergibt sich ein Betrag von monatlich ca. € 4.375,--. Ein Betrag, der damit sogar über der vom OGH in seiner Judikatur zu § 140 Abs. 1 ABGB als Luxusgrenze des Unterhalts bezeichneten Höhe liegt. Ich komme daher gerade zu für den vollen Unterhalt, jedenfalls aber für den überwiegenden Unterhalt meines Kindes auf, der ja an den konkreten Lebensverhältnissen zu messen ist, auf. Die Familienbeihilfe steht mir daher ex lege zu. Die im zitierten Bescheid normierte Rückforderung erfolgt daher mAn zu Unrecht.

2) Zum Spruchpunkt der Rückforderung des Kinderabsetzbetrages

Ich habe mich weder 2003 noch 2004 einer freiwilligen Arbeitnehmerveranlagung unterzogen, noch unterliege ich der Pflichtveranlagung. Ich habe in keinem der beiden Jahre den Alleinverdiener- bzw. Kinderabsetzbetrag geltend gemacht. Die nunmehr zurückgeforderte Leistung wurde von mir gar nicht konsumiert.

Aus den oben genannten Gründen beantrage ich

- 1) den gegenständlichen Bescheid ersatzlos zu beheben sowie
- 2) die Familienbeihilfe weiterhin bis zur Selbsterhaltungsfähigkeit des Kindes an mich auszubezahlen.
- 3) ..."

Das Finanzamt erließ am 31. August 2005 eine Berufungsvorentscheidung und wies die Berufung mit folgender Begründung ab:

"Gemäß § 2 (2) Familienlastenausgleichsgesetz 1957 hat nur die Person Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind, zu deren Haushalt das Kind gehört.

Gemäß § 2 (5) Familienlastenausgleichsgesetz 1967 gehört ein Kind dann zum Haushalt einer Person, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt.

Gemäß § 5 (3) Familienlastenausgleichsgesetz 1967 besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

Ihr Kind ... lebt ständig in Peru.

Ein Anspruch auf Familienbeihilfe ist demnach nicht gegeben.

Der Kinderabsetzbetrag wurde gemeinsam mit der Familienbeihilfe ausgezahlt. Ist kein Anspruch auf Familienbeihilfe gegeben, ist auch der Kinderabsetzbetrag rückzufordern..."

Der Bw. stellte mit Schreiben vom 24. September 2005 den Antrag auf Vorlage seiner Berufung an die Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung.

Im Wesentlichen verweist der Bw. auf sein bisheriges Vorbringen in der Berufung, bringt jedoch ergänzend vor, dass die Annahme, dass seine Tochter ständig in Peru lebe, jeglicher Grundlage entbehre. Die in der Berufung angegebenen Daten hätten Ausführungen zur Darstellung seiner Verdienste sowie jener seiner Gattin dargestellt, jedoch über den tatsächlichen Aufenthaltsort seiner Tochter keinen Ausschluss gegeben. Hätte die Behörde erster Instanz hier entsprechende Erhebungen durchgeführt, wäre sie nicht zu einer derartigen Feststellung gekommen.

Weiters vertritt der Bw. im Vorlageantrag die Meinung, dass es – wenn ein Elternteil für den überwiegenden Anteil am Unterhalt des Kindes aufkomme – keinen Unterschied machen könne, wo sich das Kind aufhalte. Überdies sei § 50g Abs. 2 FLAG nicht beachtet worden.

Die Abgabenbehörde zweiter Instanz richtete an den Bw. sodann einen Ergänzungsauftrag; im bisherigen Verfahren sei es nicht strittig gewesen, dass die Tochter im gemeinsamen Haushalt mit der Gattin in Peru lebe, was auch den Meldedaten im zentralen Melderegister entspreche.

Der Bw. werde daher gebeten, die Angaben in seinem Vorlageantrag, wonach sich die Tochter nicht ständig in Peru aufhalte, näher zu erläutern und zu belegen.

In seiner Vorhaltsbeantwortung führte der Bw. aus, es sei seiner Ansicht nach nicht richtig, dass es im Verfahren 1. Instanz unstrittig gewesen sei, dass seine Tochter gemeinsam mit seiner Gattin in Peru lebe. Diesbezüglich wäre er im Verfahren erster Instanz gar nicht befragt worden.

Er könne nur wiederholen, dass seine Tochter jeweils dort im gemeinsamen Haushalt lebe, wo sie sich gerade aufhalte. Da sie Österreicherin sei, brauche sie für die Einreise kein Visum. Aus einer möglichen Verletzung der Meldepflichten nach dem Meldegesetz könne nicht die ständige Abwesenheit seiner Tochter abgeleitet werden. Ständig iSd FLAG bedeute seiner Ansicht nach, dass seine Tochter 365 Tage im Jahr in Peru leben müsste, was aber wie bereits erwähnt nicht der Fall sei.

Darüber hinaus gebiete seiner Ansicht nach eine grundrechtskonforme Auslegung des FLAG, dass die Frage des ständigen Aufenthalts nicht entscheidungsrelevant sei, zumal § 2 Abs. 2 gegenüber § 5 Abs. 3 lex specialis sei. Die Belastung desjenigen, der zum überwiegenden Teil für die Erhaltung seines Kindes aufkomme, sei die gleiche, egal, wo dasselbe lebe. Es gehe um die Absicherung der Grundversorgung einer **österreichischen** Staatsbürgerin.

Bezüglich der Rückforderung des Kinderabsetzbetrages könne er nur nochmals betonen, dass er denselben nicht geltend gemacht habe.

Über die Berufung wurde erwogen:

1. Rechtsgrundlagen

Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG hat die Person Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im 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. 5 FLAG gehört ein Kind dann zum Haushalt einer Person, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt.

Gemäß § 2 Abs. 5 lit. a FLAG gilt ein Kind noch als haushaltszugehörig, wenn es sich nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält.

§ 5 Abs. 3 FLAG 1967 bestimmt, dass für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht.

Gemäß § 33 Abs. 4 Z. 3 lit. a Einkommensteuergesetz 1988 (EStG) stehen einem Steuerpflichtigen, dem auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe Kinderabsetzbeträge zu. Für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, steht kein Kinderabsetzbetrag zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 FLAG anzuwenden.

Gemäß § 26 Abs. 1 FLAG hat derjenige, der Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen, soweit der unrechtmäßige Bezug nicht ausschließlich durch eine unrichtige Auszahlung durch eine in § 46 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 genannte Gebietskörperschaft oder gemeinnützige Krankenanstalt verursacht worden ist.

Gemäß § 50g Abs. 2 FLAG tritt § 5 Abs. 4 (Anm.: Redaktionsfehler, gemeint ist § 5 Abs. 3) idF des BG BGBl. 201/1996 an dem der Kundmachung des BG BGBl. 201/1996 folgenden Tag in Kraft. Soweit bestehende Staatsverträge die Gewährung von Familienbeihilfe für Kinder vorsehen, die sich ständig in einem anderen Staat aufhalten, ist § 5 Abs. 3 in der Fassung des BG BGBl. 297/1995 weiter anzuwenden, bis völkerrechtlich anderes bestimmt ist.

Gemäß § 167 Abs. 2 Bundesabgabenordnung (BAO) hat die Abgabenbehörde unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht.

2. Ständiger Auslandsaufenthalt iSd § 5 Abs. 3 FLAG

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs 3 FLAG 1967 unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs 2 Bundesabgabenordnung (BAO) zu beurteilen. Danach hat jemand den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne der Abgabenvorschriften dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt. Diese nicht auf den Mittelpunkt der Lebensinteressen abstellende Beurteilung ist nach objektiven Kriterien zu treffen.

Ein Aufenthalt verlangt grundsätzlich körperliche Anwesenheit. Daraus folgt auch, dass eine Person nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben kann. Um einen gewöhnlichen Aufenthalt aufrechtzuerhalten, ist aber keine ununterbrochene Anwesenheit erforderlich. Abwesenheiten, die nach den Umständen des Falles nur als vorübergehend gewollt anzusehen sind, unterbrechen nicht den Zustand des Verweilens und daher auch nicht den gewöhnlichen Aufenthalt (vgl. die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 2.6.2004, 2001/13/0160, vom 20.6.2000, 98/15/0016).

Dem würde auch nicht entgegen stehen, wenn das Kind beispielsweise die Ferien in Österreich verbracht hätte; dies wäre jeweils als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, wodurch der ständige Aufenthalt des Kindes im Ausland nicht unterbrochen wird (vgl. insbesondere die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 2.6.2004, 2001/13/0160, vom 28.11.2002, 2002/13/0079, und vom 20.6.2000, 98/15/0016).

Daraus folgt, dass die in der Vorhaltsbeantwortung vom Bw. geäußerte Ansicht, ein ständiger Aufenthalt der Tochter in Peru setze voraus, dass sie 365 Tage in Jahr in diesem Staat hätte leben müssen, im Lichte der obigen Rechtsprechung eindeutig unzutreffend ist.

3. Angenommener Sachverhalt

Der unabhängige Finanzsenat nimmt es als erwiesen an, dass die Tochter des Bw. im Rückforderungszeitraum ihren ständigen Aufenthalt iSd § 5 Abs. 3 FLAG in Peru gehabt hat.

Diese in freier Beweiswürdigung getroffene Annahme gründet sich auf folgende Umstände:

- Der Bw. selbst führt in seinem am 14.1.2005 eingebrachten Schreiben an, er habe die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen, weil seine Frau und seine Tochter seit 28.1.2003 nicht mehr in seinem Haushalt gemeldet seien. Dies geht auch aus den beim Zentralen Melderegister erfassten Daten hervor.

Es ist zwar dem Bw. Recht zu geben, dass aus einer möglichen Verletzung der Meldepflichten eine ständige Abwesenheit der Tochter nicht abgeleitet werden kann. Eine Abmeldung stellt aber dennoch ein gewichtiges Indiz dar, dass sich die abgemeldete Person ab diesem Zeitpunkt nicht mehr an der in Rede stehenden Adresse aufgehalten hat.

- In seiner Berufung bringt der Bw. vor, Anspruch auf Familienbeihilfe habe auch jene Person, die die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trage. In weiterer Folge verweist er auf die von ihm tatsächlich bezahlten Unterhaltsbeträge sowie darauf, dass in Peru die Lebenshaltungskosten im Vergleich zu Österreich wesentlich niedriger seien.

Schon hieraus kann in genügender Klarheit abgeleitet werden, dass sich der gewöhnliche Aufenthalt von Frau und Tochter im Rückforderungszeitraum in Peru befunden hat. Eine Überweisung der Unterhaltsbeträge ins Ausland wäre sonst mit Gewissheit nicht erfolgt.

- Im Ergänzungsauftrag hat der unabhängige Finanzsenat ausdrücklich um Erläuterung gebeten, warum sich die Tochter nach Meinung des Bw. nicht ständig in Peru aufhalte. Diesbezüglich hat sich der Bw. in der Vorhaltsbeantwortung im Wesentlichen darauf beschränkt, auszuführen, dass seiner Meinung nach von einem ständigen Auslandsaufenthalt nur dann gesprochen werden könne, wenn dieser 365 Tage andauere. Dass dies unzutreffend ist, wurde bereits oben dargelegt.

Der Bw. bleibt aber jede Aussage schuldig, wie lange sich die Tochter tatsächlich in Österreich aufgehalten hat. Dies alles spricht eindeutig gegen einen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland, wobei noch hinzuzufügen ist, dass der Bw. nach seinen eigenen Angaben ab 6.3.2004 neun Monate lang in Äthiopien tätig gewesen ist, wodurch ebenfalls ein gemeinsamer Haushalt in Österreich naturgemäß nicht gegeben sein kann.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass sämtliche aktenkundige Umstände darauf schließen lassen, dass sich die Tochter im Rückforderungszeitraum ständig im Ausland aufgehalten hat.

4. § 2 Abs. 2 FLAG "lex specialis" gegenüber § 5 Abs. 3 FLAG?

In § 2 FLAG ist zunächst geregelt, wer einen Familienbeihilfenanspruch hat und für wen dieser besteht. § 2 Abs. 2 FLAG bestimmt, dass hierfür in erster Linie die Haushaltszugehörigkeit, in zweiter Linie aber die überwiegende Tragung der Unterhaltskosten maßgeblich ist.

In § 5 FLAG wird normiert, unter welchen Voraussetzungen kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht.

Schon aus der Gesetzessystematik ist klar ableitbar, dass § 5 Abs. 3 FLAG dem § 2 Abs. 2 FLAG vorgeht. Eine andere Auslegung würde bewirken, dass § 5 FLAG faktisch inhaltsleer würde, da die dort geregelten Voraussetzungen bedeutungslos wären, wenn nur die Grundvoraussetzungen der Haushaltszugehörigkeit oder der Unterhaltsleistung erfüllt sind.

Eine Gewährung von Familienbeihilfe ist somit nur dann möglich, wenn Haushaltszugehörigkeit gegeben ist oder (subsidiär) überwiegend die Unterhaltskosten getragen werden **und** sich das Kind ständig im Inland aufhält.

Es wird darauf hingewiesen, dass Steuerpflichtigen, die für ein nicht ihrem Haushalt zugehöriges Kind den gesetzlichen Unterhalt leisten, grundsätzlich der Unterhaltsabsetzbetrag nach § 33 Abs. 4 Z 3 lit. b EStG zusteht.

5. Anwendbarkeit des § 50g Abs. 2 FLAG?

Hierzu genügt es darauf hinzuweisen, dass mit Peru kein entsprechender Staatsvertrag abgeschlossen wurde.

6. Kinderabsetzbetrag

Nach § 33 Abs. 4 Z. 3 lit. a bis c EStG werden Kinderabsetzbeträge zugleich mit der Familienbeihilfe ausbezahlt. Aus der Aktenlage ergibt sich, dass dies auch beim Bw. der Fall war. Der Bw. hatte dem bloß seine gegenteilige unzutreffende Behauptung entgegenzusetzen. Auf den beiliegenden Ausdruck betreffend vom Februar 2003 bis November 2004 ausbezahlte Familienbeihilfe (FB) sowie Kinderabsetzbetrag (KG) wird verwiesen.

7. In rechtlicher Hinsicht folgt somit aus dem oben Ausgeführten, dass das Finanzamt zu Recht die in Rede stehenden Beträge rückgefordert hat.

Beilage: 1 Ausdruck betr. Beihilfendaten

Wien, am 18. Jänner 2006