



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch Dr. C., Rechtsanwalt, in xxxx D., gegen den Bescheid des Finanzamtes X. betreffend Rückforderung von zu Unrecht bezogenen Beträgen an Familienbeihilfe für den Zeitraum vom 1. September 1990 bis 31. Dezember 1993 und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum vom 1. Jänner bis 31. Dezember 1993 für das Kind S., entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Mit dem angefochtenen Bescheid forderte das Finanzamt von der Berufungswerberin (Bw.) die für deren Sohn S. für den Zeitraum vom 1. September 1990 bis 31. Dezember 1993 bezogene Familienbeihilfe in Höhe von ATS 53.400,- (€ 3.880,73) und die für den Zeitraum vom 1. Jänner 1993 bis 31. Dezember 1993 bezogenen Kinderabsetzbeträge im Betrag von ATS 4.200,- (€ 305,23) als zu Unrecht bezogen zurück. Begründet wurde der Bescheid damit, dass eine Überprüfung des Beihilfenanspruches ergeben habe, dass das Kind S. trotz Schulpflicht ab September 1990 keine Schule in Österreich besucht habe und daher angenommen werden müsse, dass sich dieses Kind nicht ständig in Österreich aufgehalten habe. Damit sei gemäß § 5 Abs. 4 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 kein Anspruch auf Familienbeihilfe vorgelegen. Weiters sprach die erstinstanzliche Behörde aus, dass die Rückzahlung mit der für den Zeitraum November 1993 bis August 1996 nachzuzahlenden Familienbeihilfe für das Kind T. kompensiert werde.

Die gegen den Rückforderungsbescheid eingebrachte Berufung begründete die Bw. dahingehend, dass das Kind S. ihr außereheliches Kind sei, für das sie alleiniger gesetzlicher

Vertreter sei. Der leibliche Vater des Kindes, K.V., Kaufmann, der in den maßgeblichen Jahren seinen ständigen Wohnsitz in Tunesien gehabt habe, hätte diesen Sohn gegen den Willen der Bw. mit sich genommen. Von einer Anzeige habe die Bw. Abstand genommen, um das Wohl des Kindes nicht zu gefährden. Die Rückforderung erfolge zu Unrecht, da sich das minderjährige Kind in den wesentlichen Jahren vom 1. Jänner 1990 bis 31. Dezember 1993 in Tunesien aufgehalten habe und damals Gegenseitigkeit mit diesem Staat bestanden habe. Das Finanzamt hätte die Bestimmung des § 5 Abs. 4 FLAG 1967 in der damals geltenden Rechtslage anwenden müssen und auf den Staatsvertrag bzw. das Übereinkommen der Republik Österreich mit Tunesien Bedacht nehmen müssen.

Das Finanzamt wies die Berufung mit Berufungsvorentscheidung als unbegründet ab. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass gemäß § 5 Abs. 4 FLAG 1967 in der Fassung des BGBl. 818/1993 für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestehe, es sei denn, die Gegenseitigkeit sei durch Staatsverträge verbürgt. Mit der Republik Tunesien sei ein Abkommen über Soziale Sicherheit geschlossen worden, das mit 1. März 1991 in Kraft getreten sei (BGBl. 33/1991). Gemäß Abschnitt III; Kapitel vier, Artikel 24 des Abkommens sei, wenn die Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe nach den Rechtsvorschriften beider Vertragsstaaten gegeben sind, die Familienbeihilfe für ein Kind ausschließlich nach den Rechtsvorschriften des Vertragsstaates zu gewähren, in dem sich das Kind ständig aufhalte. Da sich das Kind der Bw. in den Jahren 1990 bis 1993 nicht in Österreich aufgehalten habe, das Abkommen über gegenseitige Ansprüche auf Familienbeihilfen mit Tunesien erst mit 1. März 1991 wirksam geworden sei und überdies der Kindesvater (aufgrund des Abkommens) vorrangig Anspruch gehabt hätte, sei die Berufung abzuweisen.

Im Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz führte die Bw. aus, dass der ihr zugestellte Bescheid keine Behörde erkennen lasse, sondern "nur von der Finanzverwaltung" stamme und nur die Sozialversicherungsnummer und auch ein Datum habe. Die Bw. bezweifle die Bescheidqualität, da nicht erkennbar sei, von welcher Behörde oder welchem Finanzamt dieser Bescheid stamme.

Auch sei die Begründung unschlüssig, wenn ausgeführt werde, dass das Abkommen erst am 1. März 1991 wirksam geworden sei, zumal es ja auf einen Zeitraum von 1990 bis 1993 ankomme. Zu den Ansprüchen des Kindesvaters sei überdies auszuführen, dass dieser mit der Bw. nur nach islamischem Recht verheiratet gewesen sei und nur der leibliche bzw. biologische Vater gewesen sei. Die Ehe sei nie nach den staatlichen und zivilen Bestimmungen anerkannt gewesen, weil die Bw. und der biologische Vater eben nur "islamisch" geheiratet hatten und nach österreichischem Recht nur Lebensgefährten gewesen seien. Da es aber nie

zu einer Anerkennung der Vaterschaft gekommen sei, habe der Kindesvater auch nicht vorrangig berücksichtigt werden können.

Die Bw. halte schon im Vorlageantrag fest, dass sie die Regelung des § 5 Abs. 4 FLAG 1967 für verfassungswidrig erachte, da diese Bestimmung sachlich nicht gerechtfertigt sei und auch dem EU-Recht zuwiderlaufe, weil unter dem Begriff Ausland die EU-Staaten nicht ausgenommen seien, wenngleich Österreich dazu verpflichtet gewesen wäre. Das FLAG knüpfe an eine Beschäftigung im Inland und an Unterhaltspflichten an, ohne dass es gerechtfertigt wäre, ein Kind, das aus einem bestimmten Grund im Ausland lebe, auszunehmen. Begünstigt sei ja derjenige, der Unterhalt leiste und nicht das Kind selbst, das ja nur einen privatrechtlichen Anspruch gegen den Unterhaltsschuldner habe. Lebe ein Kind im Ausland, so kämen oft eine wesentlich höhere Belastung auf den Steuerpflichtigen zu, weil der Unterhalt nicht nur in Geld zu leisten sei, sondern auch häufig ein wesentlich höherer Aufwand. Gerade dass keine Einschränkung auf Kinder mit Staatsbürgerschaft aus EU-Ländern erfolgt sei oder auch nicht an den Wohnsitz angeknüpft worden sei, zeige die Verfassungswidrigkeit und auch EU-Rechtswidrigkeit an. Eine derartige Regelung greife nämlich zu Unrecht in die Freizügigkeit der EU ein, da aus unsachlichen Gründen auf einen Aufenthalt des Kindes in Österreich bestanden werde.

Im gegenständlichen Berufungsfall ist somit unstrittig, dass sich das Kind in dem vom angefochtenen Bescheid umfassten Zeitraum ständig im Ausland aufgehalten hat.

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 2 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben - und noch weitere, in den folgenden Bestimmungen des FLAG 1967 genannte Bedingungen erfüllen, - Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder.

Anspruchsberechtigt ist grundsätzlich die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört (§ 2 Abs.2 leg.cit.). 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.

Gemäß § 2 Abs. 5 FLAG 1967 gehört ein Kind dann zum Haushalt einer Person, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltszugehörigkeit gilt nicht als aufgehoben, wenn sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält.

Eine Person, die sowohl im Bundesgebiet als auch im Ausland einen Wohnsitz hat, hat gemäß § 2 Abs. 8 FLAG 1967 nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn diese Person den

Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Bundesgebiet hat und sich die Kinder ständig im Bundesgebiet aufhalten.

Gemäß § 5 Abs. 4 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 in der im Streitzeitraum geltenden Fassung besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, es sei denn, dass die Gegenseitigkeit durch Staatsverträge verbürgt ist.

Zwischen der Republik Österreich und der Tunesischen Republik wurde ein Abkommen über Soziale Sicherheit, BGBl. 33/1991, abgeschlossen. Dieses Abkommen ist am 1. März 1991 in Kraft getreten und mit wurde 31. Dezember 1996 gekündigt.

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

Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat nach § 26 Abs. 1 FLAG 1967 die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs.4 FLAG 1967 unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2 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 in dem genannten Sinne verlangt grundsätzlich körperliche Anwesenheit. Daraus folgt auch, dass eine Person nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben kann.

In der Berufungsschrift wird ausdrücklich ausgeführt, das Kind habe sich im Zeitraum vom 1. Jänner 1990 bis 31. Dezember 1993 - also bereits vor dem vom Rückforderungsbescheid umfassten Zeitraum - ständig beim Kindesvater in Tunesien aufgehalten. Laut Aktenlage hat das Kind auch in den nachfolgenden Jahren in Österreich die Schule nie besucht. Im gegenständlichen Berufungsfall ist somit unstrittig, dass das Kind in dem vom angefochtenen Bescheid umfassten Zeitraum sich ständig im Ausland aufgehalten hat und nicht dem Haushalt der Bw. zugehörig war.

In der Berufung gegen den Rückforderungsbescheid wurde der Anspruch auf Familienbeihilfe für den strittigen Zeitraum September 1990 bis Dezember 1993 aufgrund des Abkommens zwischen der Republik Österreich und der Tunesischen Republik über Soziale Sicherheit

behauptet. Zur Feststellung der Bw., die Begründung der Berufungsvorentscheidung sei un-
schlüssig, wenn ausgeführt werde, dass das Abkommen über Soziale Sicherheit mit Tunesien
erst am 1. März 1991 wirksam geworden sei, obwohl es auf einen Zeitraum von 1990 bis 1993
ankomme, ist auszuführen:

Gemäß der für den strittigen Zeitraum geltenden Fassung des § 5 Abs. 4 FLAG1967 besteht
Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, nur dann,
wenn die Gegenseitigkeit durch Staatsverträge verbürgt ist. Das bereits erwähnte Abkommen
zwischen der Republik Österreich und der Tunesischen Republik über Soziale Sicherheit ist
erst am 1. März 1991 wirksam geworden. Somit liegen, für den strittigen Zeitraum, soweit
dieser vor dem Inkrafttreten des erwähnten Abkommens liegt, jedenfalls die Anspruchs-
voraussetzungen für die Familienbeihilfe nicht vor, wenn sich das Kind - wie im Berufungsfall
unstrittig – ständig im Ausland aufgehalten hat. Für den Zeitraum September 1990 bis
Februar 1991 bestand daher gemäß § 5 Abs. 4 FLAG 1967 kein Anspruch auf Familienbeihilfe,
weil ein die Gegenseitigkeit verbürgender Staatsvertrag gar nicht bestanden hat.

Mit dem Vorbringen der Bw., sie sei alleiniger gesetzlicher Vertreter des Kindes und daher
hätte der Kindesvater aufgrund des Art. 24 des Abkommens mit Tunesien (Gewährung der
Familienbeihilfe ausschließlich nach den Rechtsvorschriften des Vertragsstaates, in dem sich
das Kind ständig aufhält) nicht vorrangig berücksichtigt werden können, ist auch für den
Zeitraum ab März 1991 für die Berufung nichts gewonnen: Nach Artikel 20 des Abkommens
über Soziale Sicherheit zwischen der Republik Österreich und der Tunesischen Republik hat
nur eine Person, die in einem Vertragsstaat als Dienstnehmer erwerbstätig ist, nach den
Rechtsvorschriften dieses Vertragsstaates auch für Kinder, die sich ständig in dem anderen
Vertragsstaat aufhalten, Anspruch auf Familienbeihilfe. Das Abkommen stellt die in § 5
Abs. 4 FLAG geforderte Gegenseitigkeit somit nur zugunsten von Personen her, die als
Dienstnehmer erwerbstätig sind. Personen, die nicht als Dienstnehmer in Österreich
erwerbstätig sind, haben daher auch aufgrund dieses Abkommens für ihre in Tunesien
lebenden Kinder keinen Anspruch auf Familienbeihilfe.

Die Bw. war laut Aktenlage im strittigen Zeitraum weder in Österreich noch in Tunesien als
Dienstnehmerin erwerbstätig. Anlässlich der Antragstellung auf Familienbeihilfe für ein
weiteres Kind im November 1998 (rückwirkend ab November 1993) legte die Bw. zudem
Unterlagen vor, laut denen der Wohnort der Bw. zuvor in Frankreich gelegen war
(Heiratsurkunde vom xx 1993: Wohnort der Bw. Frankreich, A., Mietvertrag v. xxx.1993:
Adresse der Bw.: Frankreich, B.). Auch ergab eine Meldeabfrage des Finanzamtes vom
21. März 1995 (für das Jahr 1992 bzw. 1993) keine aufrechte Meldung der Bw. in D. und im
Jahr 1994 erfolgte laut Meldedarstellung die Einreise der Bw. von Frankreich (B.).

Die von § 5 Abs. 4 FLAG 1967 verlangte Gegenseitigkeit wird durch Artikel 20 des Abkommens mit Tunesien somit im Fall der Bw. nicht eingeräumt, da die Bw. nicht dem Personenkreis angehört, der vom Abkommen erfasst ist. Ein Anspruch der Bw. auf Familienbeihilfe für das Kind ist somit auch auf Grund des mit 1. März 1991 in Kraft getretenen Abkommens über Soziale Sicherheit zwischen der Republik Österreich und der Tunesischen Republik nicht ableitbar.

Ob der Kindesvater - laut den Angaben der Bw. anlässlich der erstmaligen Antragstellung im Jahr 1985 ein saudiarabischer Staatsbürger - und im strittigen Zeitraum ebenfalls weder in Österreich noch in Tunesien als Dienstnehmer erwerbstätig, sondern laut den Angaben der Bw. Kaufmann in Tunesien – überhaupt Anspruch auf Familienleistungen nach dem Abkommen bzw. nach den innerstaatlichen Bestimmungen des Wohnlandes des Kindes hatte, oder ob dem Kindesvater nach den Rechtsvorschriften des Staates, in dem er sich mit dem Kind im strittigen Zeitraum ständig aufgehalten hat, bzw. des Staates, dessen Staatsangehöriger er war, Familienleistungen für das Kind tatsächlich gewährt wurden, ist aufgrund des Ausschlusses der Bw. vom Anspruch nach § 5 Abs.4 FLAG 1967 nicht relevant.

Auch das Vorbringen der Bw., sie sei mit dem Kindesvater nicht verheiratet gewesen und sei alleiniger gesetzlicher Vertreter des Kindes, ist für den Anspruch auf Familienbeihilfe in Österreich somit nicht von Bedeutung. Die Bw. hatte nach den vorstehenden Ausführungen gemäß § 5 Abs. 4 FLAG 1967 keinen Anspruch auf die Familienbeihilfe, weil sich das betreffende Kind im strittigen Zeitraum ständig im Ausland aufgehalten hat und das zitierte Abkommen im Fall der Bw. nicht zur Anwendung kommen kann.

Damit war auch eine Ermittlung, ob die Bw. die Unterhaltskosten für das Kind tatsächlich überwiegend getragen hat, nicht weiter erforderlich. Mit den allgemein gehaltenen Ausführungen im Vorlageantrag hinsichtlich Unterhaltskosten wurde eine dahingehende Behauptung nicht aufgestellt.

Dahingestellt kann damit auch bleiben, dass die Bw. selbst den nach § 2 Abs.8 FLAG 1967 erforderlichen Mittelpunkt der Lebensinteressen laut Aktenlage im strittigen Zeitraum nicht (bzw. nicht durchgehend) in Österreich, sondern laut Aktenlage z.T. in Frankreich hatte.

Zur behaupteten Verfassungswidrigkeit des § 5 Abs.4 FLAG 1967 ist auszuführen, dass die einschränkende Bestimmung des § 5 Abs. 4 leg.cit. unabhängig von der Staatsbürgerschaft besteht. Solcherart liegt eine Diskriminierung nach der Staatsangehörigkeit nicht vor. Auch bestehen laut Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes keine verfassungsrechtliche Bedenken gegen gesetzliche Regelungen, die den Anspruch auf eine der Familienförderung dienende Transferleistung an eine Nahebeziehung des anspruchsvermittelnden Kindes zum Inland binden und hierbei auf dessen Aufenthalt abstellen.

Da durch die Entscheidung über die Berufung der verfassungsrechtliche Anspruch der Bw. auf den Zugang zu einem Höchstgericht und auf Überprüfung der Rechtssache nicht abgeschnitten wird, ist auch dem Rechtsschutzbedürfnis der Bw. Rechnung getragen.

Zu den Ausführungen der Bw. hinsichtlich EU-Recht wird nur angeführt, dass im gegenständlichen Fall die innerstaatliche Bestimmung des § 5 Abs. 4 FLAG, welche den Familienbeihilfenanspruch ausschließt, wenn sich das potenziell anspruchsvermittelnde Kind ständig im Ausland außerhalb des Gemeinschaftsgebietes aufhält, im Berufungsfall nicht durch die von der Bw. nur allgemein angesprochenen Bestimmungen verdrängt ist.

Zum Vorbringen hinsichtlich Bescheidqualität wird noch bemerkt:

Gemäß § 96 Bundesabgabenordnung (BAO) müssen alle schriftlichen Ausfertigungen der Abgabenbehörden die Bezeichnung der Behörde enthalten sowie mit Datum und mit der Unterschrift nach Maßgabe dieser Bestimmung versehen sein. Dem Erfordernis der Bezeichnung der Behörde ist dann Rechnung getragen (vgl. Ritz, Kommentar zur BAO, § 96 Tz 2 in Verbindung mit § 93 Tz 23), wenn nach objektiven Gesichtspunkten für jedermann, also unabhängig von der subjektiven Kenntnis des Adressaten des Schriftstücks erkennbar ist, von welcher Behörde die Erledigung erlassen wurde (VwGH 26. April 1996, 96/17/0086; 30. September 1996, 96/12/0244). Die Behörde kann sich außer aus der Überschrift oder dem Spruch des Bescheides auch aus sonstigen Hinweisen ableiten lassen. Im Hinblick auf die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes (VfGH 15. Juni 1998, A 31/97, A 32/97) ist es für die Individualisierbarkeit der Abgabenbehörde auch ausreichend, dass deren Identifikation mittels Telefonnummer möglich ist, da durch ein einfaches Telefonat festgestellt werden kann, welche Behörde tätig geworden ist.

Im gegenständlichen Berufungsfall ist im Kopf des Bescheides zwar nur "Finanzverwaltung" (sowie die Sozialversicherungsnummer der Bw. und das Bescheiddatum) angegeben, zusätzlich ist aber in einem Feld darunter angeführt, dass die bescheidausstellende Behörde bei Rückfragen unter der angeführten Telefonnummer (es erfolgte die Angabe der Telefonnummer des Finanzamtes und Klappe des Sachbearbeiters) kontaktiert werden kann. Die Berufungsvorentscheidung wurde dem Vertreter der Bw. mit einem RSb-Kuvert zugestellt und die Übernahme des Schriftstückes wurde auf dem Rückschein des bezeichneten Finanzamtes bestätigt. Der Vertreter der Bw. war daher im Stande den Antrag auf Entscheidung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz an die vollständig (einschließlich Adresse) bezeichnete erstinstanzliche Behörde zu richten. Daraus ergibt sich aber zwingend, dass aus den der Bw. zugekommenen Unterlagen die einschreitende Behörde ohne Zweifel erkennbar war. Es ist daher davon auszugehen, dass der Bw. ein den oben genannten

Kriterien entsprechender Bescheid zugegangen ist; der keinesfalls mit der behaupteten "Nichtigkeit" belastet ist.

Im vorliegenden Fall wurde zudem nicht die Bescheidqualität des angefochtenen Bescheides in Zweifel gezogen, sondern die der - gemäß § 276 BAO nicht zwingend vorgesehen - Berufungsvorentscheidung, sodass auch bei allfälliger Rechtswidrigkeit der Berufungsvorentscheidung die Befugnis der Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung über die Berufung gegeben ist.

Es war somit wie im Spruch zu entscheiden.

Wien, am 22. Mai 2006