



UNABHÄNGIGER
FINANZSENAT

Außenstelle Wien
Senat 5

GZ. RV/1006-W/06

Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der D. C, W, vertreten durch Mag. Martin Stoiber, Steuerberater, 1180 Wien, Währingerstraße 121/5, gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 9/18/19 Klosterneuburg, vertreten durch Franz Edelmüller, betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. September 1999 bis 31. Oktober 2004 im Beisein des Schriftführers Ingrid Pavlik nach der am 20. September 2006 in 1030 Wien, Vordere Zollamtsstraße 7, durchgeführten Berufungsverhandlung entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (Bw.) hat ihren Hauptwohnsitz seit 17. Dezember 1993 in Wien. Ihr Sohn Ch., geb. am 27. Oktober 1987, ist mit dem gleichen Datum ununterbrochen unter derselben Adresse gemeldet.

Die Bw. bezog für Ch. von September 1996 bis Oktober 2004 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge.

Im Zuge der Überprüfung des Anspruches ersuchte das Finanzamt die Bw. um Bekanntgabe, wie lange Ch. in Österreich zur Schule gegangen ist.

Vorgelegt wurden folgende Schulbesuchsbestätigungen:

- Bestätigung der öffentlichen Volksschule Sievering vom 15. Oktober 2004, nach der Ch. im Schuljahr 1994/95 die 1B-Klasse sowie im Schuljahr 1995/96 die 2B-Klasse besuchte.
- amtliche Bescheinigungen der Sportschule "General Stojchev" in Sofia vom 16. September 2004 über die Absolvierung der Schuljahre 2003/04 und 2004/05.

In einem weiteren an das Finanzamt gerichteten Schreiben teilte der steuerliche Vertreter mit, dass es – nach Auskunft der Bw. – richtig sei, dass der Sohn seit September 1996 Schulen in Bulgarien besucht.

Das Finanzamt erließ am 9. Mai 2005 einen Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge betreffend Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag, und zwar für die Zeit September 1996 bis Oktober 2004.

Zur Begründung wurde Folgendes ausgeführt:

"Gemäß § 5 Abs. 3 Familienlastenausgleichsgesetz in der derzeit geltenden Fassung besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, kein Anspruch auf Familienbeihilfe, es sei denn, dass gegenseitige Sozialabkommen durch Staatsverträge gegeben sind.

Obiger Betrag wird rückgefordert, da sich Ihr Sohn Ch. seit September 1996 ständig in Bulgarien aufhält und mit Bulgarien kein entsprechendes Sozialabkommen gegeben ist. Ein nur vorübergehender Aufenthalt des Kindes im Inland (Schulferien usw.) spricht nicht gegen die Annahme eines ständigen Aufenthaltes im Ausland."

Der steuerliche Vertreter erhob gegen den Bescheid fristgerecht Berufung und führte dazu aus:

"1. kein ständiger Aufenthalt im Ausland

In § 5 Abs. 3 Familienlastenausgleichsgesetz ist bestimmt, dass der Anspruch nur dann wegfällt, wenn das Kind seinen Aufenthalt **ständig im Ausland** hat.

Nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist der ständige Aufenthalt dem gewöhnlichen Aufenthalt gemäß § 26 Abs. 2 BAO gleichzusetzen und daher dort, wo sich jemand "unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt".

In all jenen Fällen, in denen der Verwaltungsgerichtshof Beschwerden gegen die Rückforderung von Familienbeihilfe abgelehnt hat, war der Aufenthalt und Schulbesuch des Kindes im Ausland aber damit verbunden, dass gleichzeitig auch ein Elternteil seinen Wohnsitz mit den Kindern im Ausland hatte.

Genau das war jedoch nicht der Fall: Vielmehr lebten sowohl die Mutter wie auch bis vor kurzem der Vater in Österreich. Die Erziehung war ausschließlich Angelegenheit von Frau C. als Mutter, deren Haushalt sich der Sohn auch ausschließlich zugehörig fühlt.

Es kann meines Erachtens **nicht angenommen** werden, dass

- **das minderjährige Kind einer alleinerziehenden Mutter**, die
- für ihren im selben Haushalt lebenden Sohn
- für dessen Unterhalt sie aus ihrem niedrigen Einkommen aufkommen muss
- weil der von ihr geschiedene Vater des Kindes zunächst geringe, schließlich keine Unterhaltszahlungen mehr leistet
- und sie ausschließlich aus finanziellen Erwägungen und um dem Sohn eine seinen Talenten entsprechende Ausbildung zu gewähren, einen ausländischen Ausbildungsplatz auswählt

seinen dauernden Aufenthalt **woanders hat als im Haushalt seiner Mutter**.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Sohn an eine deutschsprachige Schule wechselte, was zusätzlich auf die beabsichtigte Rückkehr an seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich hindeutet.

2. Kein Ersatz durch außergewöhnliche Belastung

Der Verweis auf eine mögliche Absetzbarkeit der Aufwendungen im Rahmen der außergewöhnlichen Belastung geht insofern ins Leere, als sich aufgrund des niedrigen Einkommens der Frau C. daraus keine spürbare Entlastung ergeben könnte, die auch nur annähernd an die Wirkung der Familienbeihilfe heranreichen könnte. Schließlich ist ja gerade das in Österreich angewendete Instrumentarium der Transferzahlungen zur Herstellung einer sozial ausgewogenen Belastung der Staatsbürger gedacht.

3. Sinn der Bestimmung

Aus der Entwicklungsgeschichte des § 5 Abs. 3 FLAG ist ersichtlich, dass die Bestimmung eingeführt wurde, um eine unverhältnismäßig starke, missbräuchliche Ausnutzung des österreichischen Sozialsystems zu verhindern. Die Bestimmung war daher ursprünglich nur für die Kinder nicht-österreichischer Staatsbürger gedacht. Sie wurde letztlich zwar aus rechtspolitischen Gründen auch auf österreichische Staatsbürger ausgedehnt. Alleine die Formulierung des ständigen Aufenthalts deutet aber darauf hin, dass der Gesetzgeber hiermit nur extreme Auswüchse eindämmen wollte.

In diesem Zusammenhang scheint mir auch fraglich, ob die Gleichsetzung des ständigen Aufenthalts mit dem gewöhnlichen Aufenthalt durch den VwGH entgegen dem ausdrücklichen und wohl bewusst gewählten Wortlaut gerechtfertigt ist.

Auch in Punkt 05.04 der Durchführungsrichtlinien zum FLAG ist unter 1. letzter Satz ausgeführt "ein längerer Aufenthalt im Inland ohne absehbare zeitliche Begrenzung wird allerdings die Annahme eines ständigen inländischen Aufenthaltes rechtfertigen". Entsprechend dem Ausbildungsziel und den sonstigen Umständen ist eindeutig davon auszugehen, dass der Sohn von Frau C. seinen Aufenthalt in Österreich als dauerhaft ansieht, während der – wenn auch wiederholte – Aufenthalt in Bulgarien insgesamt ein begrenzter sein wird.

Es ist auch nicht vorstellbar, dass es Intention des Gesetzgebers war, die in der heutigen Zeit für eine adäquate international bestehende Ausbildung seiner Staatsbürger unerlässliche Auslandserfahrung – sei es durch ausländische Schul-, Studien- oder sonstige Berufsausbildungen – zu behindern.

4. Sachverhalt offengelegt

Es wird und wurde nie bestritten, dass der Sohn von Frau C., Ch. R., seit September 1996 Schulen in Bulgarien besuchte und besucht. Dieser Umstand war insbesondere auch aufgrund der Scheidung vom Vater ihres Sohnes und nachfolgenden Verfahren wegen des vom Vater zu leistenden Unterhalt unter Beiziehung der Jugendfürsorge und der Wiener Gerichte stets öffentlich. Dieser Umstand wie auch die Tatsache des Bezuges von Familienbeihilfe waren Grundlage für alle im Laufe der Jahre vor diesen Institutionen abgewickelten Verfahren.

Insbesondere wurde seitens der Jugendfürsorge und der Gerichte der Bezug der Beihilfen stets vorausgesetzt.

5. Verjährung

Zumindest hinsichtlich der Familienbeihilfen und Kinderabsetzbeträge für Monate bis Dezember 1999 ist bereits Verjährung eingetreten.

Der Vollständigkeit halber möchte ich darauf hinweisen, dass Frau C. aufgrund der besonderen Umstände der Scheidung und weil sie ihren Sohn ausschließlich deshalb zu einer ausländischen Ausbildungsstätte schicken musste, weil sie bemüht ist, für sich und ihren Sohn in Österreich die Existenz zu sichern und eine adäquate Ausbildung in Österreich nicht finanzieren konnte..."

Das Finanzamt erließ am 24. Juni 2005 eine Berufungsvorentscheidung und gab der Berufung mit folgender Begründung teilweise statt:

"Stattgabe für den Zeitraum 9/96 – 8/99 (Anm.: offenkundig wegen eingetretener Verjährung).

Ab dem 1.9.1999 (Formular Anspruchsüberprüfung am 22.9.2004 beim ho. Finanzamt eingelangt) wird der Berufung der Erfolg versagt, da sich Ihr Kind überwiegend in Bulgarien aufhält und mit Bulgarien kein Abkommen über soziale Sicherheit, Bereich Familienleistungen, gegeben ist.

Den gewöhnlichen Aufenthalt hat jemand dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt.

Gelegentliche Aufenthalte des Kindes im Inland sind daher nicht geeignet, den ständigen Aufenthalt des Kindes im Ausland, wo auch die Schule besucht wird, zu unterbrechen. Abwesenheiten (z.B. Ferienzeiten) unterbrechen nicht den Zustand des Verweilens und daher nicht den gewöhnlichen Aufenthalt."

Der steuerliche Vertreter stellte am 13. Juli 2005, soweit Zeiträume ab September 1999 betroffen sind, den Antrag auf Vorlage der Berufung an die Abgabenbehörde zweiter Instanz.

In der am 20. September 2006 abgehaltenen Berufungsverhandlung wurde ergänzend ausgeführt:

„Mag. Stoiber:

Ich verweise zunächst darauf, dass meine Mandantin mit ihrem Mann und ihrem Sohn ursprünglich in Österreich gelebt hat. Nach der Trennung von ihrem Gatten war es sehr schwierig, von ihm Unterhalt zu erhalten, wobei das Jugendamt stets über die Probleme informiert gewesen ist.

Da meine Mandantin selbst aus dem sportlichen Bereich kommt, hat sie beabsichtigt, für ihren Sohn eine Ausbildung in diese Richtung zu erreichen. Nach einigen Versuchen, in Österreich eine adäquate Möglichkeit zu finden, hat sie sich schließlich auch aus finanziellen Erwägungen entschlossen, ihm eine entsprechende Ausbildung in Bulgarien zuteil werden zu lassen.

Bereits in meiner Berufung habe ich darauf hingewiesen, dass die zu diesem Thema ergangenen VwGH-Erkenntnisse nicht völlig deckungsgleich mit dem vorliegenden Fall sind; dies insoweit, als in der Regel in den geschilderten Erkenntnissen ein Elternteil mit dem Kind gemeinsam im Ausland gelebt hat.

Nun aber fühlt sich der Sohn durchaus Österreich zugehörig und hat auch hier de facto den Mittelpunkt seiner Lebensinteressen; er besuchte auch seine Mutter in regelmäßigen Abständen.

Ich weise ferner darauf hin, dass der Sohn nunmehr wieder in Österreich ist und meine Mandantin ihn selbst trainiert (Tennis).

Ich habe meiner Mandantin empfohlen, ihren Sohn als Zeugen zur Verhandlung mitzunehmen, sie wollte ihn aber nicht mit den Umständen des Verfahrens belasten.

Herr Edelmüller:

Auf Grund der abverlangten Schulbestätigungen ist ersichtlich, dass der Sohn der Berufungswerberin letztmals im Jahre 1995/96 eine Schule in Österreich besucht hat.

Auf Grund dessen hat das Finanzamt die Rückforderung ab September 1996 ausgesprochen, dabei aber übersehen, dass für einen Teil des Rückforderungszeitraumes bereits Verjährung eingetreten war. Dies hat das Finanzamt sodann in der Berufungsvorentscheidung korrigiert und die Rückforderung nur fünf Jahre rückwirkend ab dem Rücklangen des Überprüfungs Bogens vorgenommen.

In materieller Hinsicht vertritt das Finanzamt die Meinung, dass – unabhängig davon ob sich der Sohn der Bw. im Internat aufgehalten hat oder nicht – jedenfalls kein ständiger Aufenthalt in Österreich gegeben war.

Dafür spricht auch der lange Zeitraum des Schulbesuchs in Bulgarien.

Über die Berufung wurde erwogen:

Nach § 5 Abs. 4 (ab BGBl. I Nr. 142/2000 § 5 Abs. 3) FLAG in der durch das Bundesgesetz BGBl. Nr. 201/1996 geschaffenen, ab dem 1. Mai 1996 geltenden Fassung besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

Gemäß § 26 Abs. 1 FLAG in der zum Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides geltenden Fassung BGBl. I Nr. 142/2000 hat, wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die

entsprechenden Beträge zurückzuzahlen, soweit der unrechtmäßige Bezug nicht ausschließlich durch eine unrichtige Auszahlung durch eine in § 46 FLAG genannte Gebietskörperschaft oder gemeinnützige Krankenanstalt verursacht worden ist.

Gemäß § 33 Abs. 4 Z 3 lit. a EStG steht einem Abgabepflichtigen für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, kein Kinderabsetzbetrag zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 FLAG anzuwenden.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs. 3 bzw. Abs. 4 FLAG 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. 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. VwGH 20.6.2000, 98/15/0016, mwN und 2.6.2004, 2001/13/0160).

Unstrittig ist, dass der Sohn der Bw. im Streitzeitraum (September 1996 bis Oktober 2004) Schulen in Bulgarien besucht hat.

Der zumindest achtjährige Aufenthalt des Sohnes in Bulgarien kann im Sinne der Abgabenvorschriften nicht mehr als vorübergehender Aufenthalt beurteilt werden (vgl. VwGH 20.10.1993, 91/13/0175; der Gerichtshof hat in diesem Erkenntnis einen sich über zwei Jahre erstreckenden Auslandsaufenthalt als schädlich angesehen).

Selbst wenn davon auszugehen ist, dass sich der Sohn zumindest während der Schulferien in Österreich aufgehalten hätte, so würde dies den ständigen Aufenthalt im Ausland nicht unterbrechen (vgl. insbesondere das ebenfalls einen mehrjährigen Schulbesuch im Ausland betreffende Erkenntnis des VwGH 20.6.2000, 98/15/0016, sowie weiters die Erkenntnisse 8.6.1982, 82/14/0047, 28.11.2002, 2002/13/0079 und 27.4.2005, 2002/14/0050).

Zutreffend ist es, dass aus dem den meisten einschlägigen Erkenntnissen des VwGH zugrunde liegenden Sachverhalt ersichtlich ist, dass sich ein Elternteil gemeinsam mit dem Kind im Ausland aufgehalten hat. Dies wurde aber vom Gerichtshof nie als entscheidungsrelevant

angesehen, was sich auch daraus ergibt, dass aus etlichen Judikaten nicht erkennbar ist, wo sich der andere Elternteil aufgehalten hat.

Wenn nun in der Berufung vom 3. Februar 2005 ausführt "*Es kann meines Erachtens aber nicht angenommen werden, dass das minderjährige Kind einer alleinerziehenden Mutter, die für ihren im selben Haushalt lebenden Sohn ...seinen gewöhnlichen Aufenthalt woanders hat als im Haushalt seiner Mutter*", so ist dazu auf die oben wiedergegebene ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu verweisen, wonach die Feststellung des gewöhnlichen Aufenthaltes nach objektiven Kriterien zu treffen ist, also auf die tatsächlichen Gegebenheiten abstellt, und nicht auf bloße Missbrauchsfälle beschränkt ist.

Auch die Meinung des Vertreters, dass der nunmehrige Besuch einer deutschsprachigen Schule auf die beabsichtigte ständige Rückkehr an seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich hindeutet, ändert nichts an der Tatsache, dass sein ständiger Aufenthalt im Streitzeitraum in Bulgarien war.

Dass die Bw. in gutem Glauben die in Rede stehenden Beträge bezogen hat, ist durchaus glaubhaft, ändert aber dennoch nichts daran, dass eine Rückforderung nach § 26 Abs. 1 FLAG zu erfolgen hatte.

Gemäß § 207 Abs. 4 BAO verjährt das Recht, den Ersatz zu Unrecht geleisteter oder die Rückzahlung zu Unrecht bezogener Beihilfen zu fordern, sowie das Recht auf Rückforderung zu Unrecht zuerkannter Erstattungen, Vergütungen oder Abgeltungen von Abgaben in fünf Jahren. Der Beginn der Verjährung ist in § 208 Abs. 1 lit. c geregelt.

Auf Grund der oben genannten Verjährungsbestimmungen kann daher dem Finanzamt nicht entgegengetreten werden, wenn es in der Berufungsvorentscheidung jedenfalls ab September 1999 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge rückgefordert hat.

Wien, am 25. September 2006