



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des S. H., X, gegen den Bescheid des Finanzamtes Bruck Eisenstadt Oberwart betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. Oktober 2005 bis 30. April 2007 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.) bezog für seine Tochter D, geb. am 1. April 2000 in Portugal (Staatsbürgerschaft: Portugal), im Zeitraum Oktober 2005 bis April 2007 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge.

Im Zuge von Erhebungen seitens des Landespolizeikommandos B, Polizeiinspektion Y kam es zur unten stehenden Sachverhaltsfeststellung, welche dem Finanzamt am 14. März 2007 übermittelt wurde.

„Sachverhaltsdarstellung:

Am 13.03.2007 wurden von Beamten der ho. Dienststelle auf Grund eines Auftrages der BH XX Erhebungen am Wohnsitz des S. H. geführt.

Dabei konnte im ZMR erhoben werden, dass drei mj Kinder an der Adresse in L 116 polizeilich gemeldet sind, obwohl tatsächlich nur zwei Kinder dort aufhältig sind. Die gemeldete C H. D, geb. 1.4.2000 in F (Portugal) ist tatsächlich nicht in L wohnhaft oder aufhältig. Sie ist jedoch seit 24.10.2005 mit dem Hauptwohnsitz gemeldet, obwohl sie noch niemals in L war. Wegen dieser Scheinmeldung wurde S. H. am 14.03.2007, ... wegen Übertretung nach dem Meldegesetz der BH XX angezeigt. Er gab zu seiner Rechtfertigung an, das Kind sei in Portugal bei seiner Mutter wohnhaft. Er wollte es jedoch auch bei ihm anmelden.

Eine telefonische Rücksprache mit dem Finanzamt XX am 13.3.2007, Frau T, ergab, dass S. H. auch für dieses Kind die Familienbeihilfe bezieht..."

Am 13. April 2007 richtete der Bw. an das Finanzamt ein Schreiben, in dem er mitteilte, dass seine Tochter seit September 2006 die Grundschule in Portugal besuche und sich seit Mitte August ständig bei ihrer Oma in Portugal aufhalte. Er habe sie aus diesem Grund bei ihm in Österreich abgemeldet (Abmeldung: 15. März 2007).

Er ersuche aus diesem Grund um Prüfung, ob die von ihm beantragte und vom Finanzamt ausbezahlte Familienbeihilfe zu Recht bestanden habe. Weiter ersuche er um Prüfung für die Zeiträume, wo sich seine Tochter zu Besuch bei ihrer Oma und Mutter befunden hätte.

Laut der dem Schreiben beiliegenden Aufstellung hielt sich D zu folgenden Zeiten im Ausland auf:

August, September 2003	je 3 Wochen
Dezember 2003	1 Woche
Jänner 2004	ges.
Februar, Juni, Juli 2004	je 2 Wochen
November 2004	ges.
Februar 2005	1 Woche
März 2005	ges.
April 2005	1 Woche
Juli 2005	2 Wochen
August, Oktober, November 2005	je 3 Wochen
März 2006	1 Woche
April, Juni 2006	je 3 Wochen

Dezember 2003 Übertragung des alleinigen Sorgerechts an mich bei RA ...

Seit Mitte August 2006 laufend bis Ende Juni 2007.

Anfang Juli kehrt D wieder nach Österreich zurück.

Die weitere Vorgehensweise wird für das Schuljahr 07/08 noch abgeklärt."

Das Finanzamt erließ am 18. April 2007 einen Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge betreffend Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für die Tochter D für den Zeitraum Oktober 2005 bis April 2007 und führte zur Begründung aus, dass diese in L nicht haushaltszugehörig gewesen sei.

Der Bw. brachte gegen den Bescheid fristgerecht Berufung ein und ersuchte um Prüfung, ob die Familienbeihilfe für seine Tochter D in den Zeiträumen, in denen sie bei ihm wohnte, zugestanden werde. Weiters ersuchte er um Prüfung, ob außerhalb dieser Zeiten nicht der Kinderabsetzbetrag schlagend werde.

Das Finanzamt erließ am 23. Mai 2007 eine Berufungsvorentscheidung und wies die Berufung mit der Begründung ab, dass sich die Tochter vom Oktober 2005 bis April 2007 nicht ständig im Haushalt des Bw. aufgehalten habe, weshalb die Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen worden seien. Verwiesen wurde noch darauf, dass der Anspruch auf den Kinderabsetzbetrag nur in Verbindung mit der Familienbeihilfe bestehe.

Der Bw. stellte mit Schreiben vom 22. Juni 2007 den Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz.

Zur Begründung führte er aus, dass seine Tochter D wie angeführt familienzugehörig gewesen sei. Er habe bis 15. August 2006 die Kosten alleinig für den Lebensunterhalt getragen und trage auch heute noch den überwiegenden Teil der anfallenden Kosten für seine Tochter in Portugal.

Der unabhängige Finanzsenat richtete am 14. September 2007 folgenden Vorhalt an den Bw.:

„Strittig ist, ob der Rückforderungsbescheid des Finanzamtes betreffend Ihre Tochter D zu Recht ergangen ist.

Festgehalten wird zunächst, dass Sie in Ihrem Antrag vom 13.4.2007 Ihren Familienstand mit „verheiratet“ angeben. Da Ihre Frau N. allerdings bereits seit längerem in Portugal lebt, kann davon ausgegangen werden, dass Sie nunmehr dauernd getrennt leben. Ist diese Annahme zutreffend, bejahendenfalls ab wann?

In Ihrer Aufstellung vom 13.4.2007 heißt es u.a. „Seit Mitte August 2006 laufend bis Ende Juni 2007. Anfang August kehrt D wieder nach Österreich zurück.“ Bedeutet dies, dass sich D von Mitte August 2006 bis Ende Juni 2007 in Portugal aufgehalten hat?

In Ihrem Vorlageantrag bringen Sie vor, Sie hätten bis 15.8.2006 die Kosten für den Lebensunterhalt Ihrer Tochter getragen und trügen auch heute noch den überwiegenden Teil der anfallenden Kosten.

Da auch die Frage, wer den überwiegenden Teil des Unterhalts trägt, für die Entscheidung relevant sein könnte, werden Sie gebeten, hierfür für den Zeitraum 1. Oktober 2005 bis 30. April 2007 einen entsprechenden Nachweis zu erbringen.

Zuletzt werden Sie um Mitteilung gebeten, welche Familienleistungen (Art und Höhe) Ihre Gattin in Portugal in diesem Zeitraum für Ihre Tochter erhalten hat.“

Der Bw. beantwortete den Vorhalt wie folgt:

„Ich bin im Jahr 1997 nach Portugal gezogen und habe dort geheiratet. Meine Tochter D entstammt aus der früheren Ehe mit der Portugiesin C. Im Jahr 2002 bin ich wieder nach Österreich, um meine Familie nachzuholen. Tatsächlich entschied sich aber meine damalige Frau dafür, unsere Tochter bei mir in Österreich zu belassen und selbst wieder nach Portugal zurück zu kehren. Ab April 2003 beschäftigte ich aus diesem Grund ein Au pair Mädchen, da ich mich aus beruflichen Gründen selbst nicht alleine um meine Tochter kümmern konnte. Meine damalige Frau übertrug mir 2003 das Sorge-recht für unsere Tochter D. Im Oktober 2004 wurde unsere Ehe geschieden und ich heiratete darauf meine jetzige Frau N.. Da sich meine Tochter beharrlich weigerte die deutsche Sprache zu erlernen, habe ich mit meiner nun von mir geschiedenen Frau C den Entschluss gefasst, D bei ihrer Oma unterzubringen um in Portugal die Schule zu besuchen. D besuchte aus diesem Grund ihre Oma öfters in Portugal. Seit Mitte August 2006 ist D in Portugal und besucht dort auch die Schule mit gutem Erfolg. So weit es mir finanziell möglich ist, kommt D zu uns nach Hause um hier ihre Ferien zu verbringen. So war D in den Semester-Hauptferien bei uns. Bei diesen Besuchen wurde D von mir mit Bekleidung und notwendigen Dingen für Schule und Privat versorgt. Da meine damalige Frau beruflich regelmäßig in Österreich ist, wird sie auch bei diesen Besuchen finanziell von mir unterstützt und mit dem notwendigen Kapital für den Schulbesuch ausgestattet. Seit dem letzten Besuch lebt D nun wieder bei ihrer Mutter, da aus gesundheitlichen Gründen die Unterbringung bei ihrer Oma immer schwieriger wurde. Leider ist der Kontakt zu ihrer Mutter in den letzten Monaten sehr schwierig und kompliziert geworden, da es die Absicht war, D in Österreich den weiteren Schulbesuch zu ermöglichen, ich diesen aber aus persönlichen – finanziellen Gründen ablehnen musste. Auf Nachfrage bei Ds Mutter erhält diese vom Finanzamt in Portugal keinerlei Familienleistungen. Ich möchte dazu ergänzen, dass auch ich keinerlei Familienleistungen in Portugal beziehe bzw. bezogen habe.“

Aus den vom Finanzamt über Auftrag der Berufungsbehörde gesetzten Ermittlungshandlungen ergibt sich folgender Sachverhalt:

Der Bw. wurde von der BH XX wegen Scheinmeldung seiner Tochter rechtskräftig mit einer Geldstrafe von 165 € bestraft. Aus einer von der Polizei aufgenommenen Niederschrift vom 14.3.2007 geht unter „Darstellung der Tat“ hervor, dass der Bw. seine Tochter an seinem Wohnsitz angemeldet habe, obwohl sie noch niemals in L gewesen sei.

Der Bw. gab in der Vernehmung an, er habe sein im Ausland lebendes Kind auch in Österreich anmelden wollen; auf die Frage, ob sich das Kind auch schon einmal in L aufgehalten habe, wolle er keine Antwort geben.

Weiters wurde der Unterkunftgeber befragt, der angab, zwar den Meldezettel der Tochter unterschrieben zu haben, aber nicht mehr sagen zu können, wieviele solcher Zettel er für die Familie unterschrieben habe. Das am Meldezettel angeführte Kind habe er noch niemals gesehen, obwohl sich das vermietete Objekt in unmittelbarer Nachbarschaft befinde.

Weiters richtete das Finanzamt an den Bw. einen Vorhalt, in dem es zur Klärung seines Vorbringens, die Tochter habe sich im Zeitraum Oktober 2005 bis August 2006 insgesamt 13 Wochen im Ausland und den Rest der Zeit bei ihm aufgehalten, folgende Fragen stellte:

- „Besitzt bzw. besaß Ihre Tochter einen damals gültigen Pass oder Personalausweis? Wo wurde dieser ausgestellt?
- Wie wurden die doch für ein Kind in diesem Alter sehr häufigen und anstrengenden Reisen durchgeführt? Wer war die Begleitperson? Gibt es dafür noch Belege über die benutzten Verkehrsmittel?
- Geben Sie bitte Name und Anschrift des Aupair-Mädchens bekannt, das für Ihre Tochter in Österreich sorgte.“

Weiters ersuchte das Finanzamt um Vorlage von Belegen, aus denen **zweifelsfrei** hervorgehe, dass der Bw. den überwiegenden Teil der Kosten getragen habe; dies sowohl in der Zeit, in der sich die Tochter in Österreich aufgehalten habe, als auch in der Zeit, in der sie in Portugal gewesen sei.

Der Bw. beantwortete den Vorhalt wie folgt:

„Haushaltszugehörigkeit:

Meine Tochter D besitzt ein Reisedokument. B.I: mit der Nummer: ...

Die Reisen wurden mit dem Pkw durchgeführt sowie mit dem Firmenfahrzeug der Mutter, da diese aus beruflichen Gründen mehrmals im Jahr nach Österreich reisen musste.

Ich selbst verfüge über keine Tank-Mautbelege von diesen Fahrten, die Mutter besitzt solche Abrechnung, aus beruflichen Gründen, die aber von Ihrem Dienstgeber verwaltet werden und dieser mir Belege nicht zur Verfügung stellen möchte.

Meine Tochter wurde ab 04/2003 von unserer damaligen Au pair N. ... aus der Ukraine die seit 13.10.2005 meine Frau ist, beaufsichtigt. Wir haben zwischenzeitlich zwei eigene Kinder die ebenfalls haushaltszugehörig sind.

Von September 2006 – Dezember 2006 wurden wir von dem Au pair ... aus ... Ukraine bei der Kinderbeaufsichtigung unterstützt.

Unterhaltsleistungen:

Ihrer Bitte Belege vorzulegen in denen zweifelsfrei hervorgehe das ich die Kosten für D getragen habe kann ich nicht nachkommen. Ich musste zu meinen Entsetzen auch feststellen das ich über keine Belege für meine beiden kleinsten verfüge obwohl diese ebenso wie D von meiner Frau und meiner Person mit allen was unsere Lieben an Nahrung, Kleider und Spielsachen benötigen, erhalten haben. Selbst über Zeckenschutzimpfungen kann ich außer den entsprechenden Eintrag im Impfpass keine weiteren Belege vorweisen sowie fehlen gänzlich Belege von Apotheken die am Wochenende benötigt wurden wenn eines unserer Kinder mit Fieber oder Zahnungsschmerzen Medikamente benötigten. Weiters verfüge ich außer Erinnerungen an gemeinsamen Wochenenden, Besuche bei Verwandten, Hallen- Freibadbesuche, Zoo und Tierparks keine Belege oder Eintrittskarten in denen zweifelsfrei hervorgehen könnte das ich dafür aufgekommen bin oder noch aufkommen werde."

Die Adresse der Kindesmutter in Lissabon sei ihm unbekannt.

Die Vorhaltsbeantwortung enthält in der Folge noch weitere polemische Ausführungen, die zur Sachverhaltsklärung nichts beitragen können.

Über die Berufung wurde erwogen:

Rechtsgrundlagen

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

Die Haushaltszugehörigkeit gilt gemäß § 2 Abs. 5 lit a FLAG u. a. dann nicht als aufgehoben, wenn sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält.

Gemäß § 5 Abs. 3 FLAG besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten. Hält sich allerdings ein Kind in einem Mitgliedsstaat der EU auf, so kommt die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, in der konsolidierten Fassung ABIEG Nr. L 28 vom 30. Jänner 1997 (in der Folge: VO), zur Anwendung. Diese gilt nach ihrem Art. 4 Abs. 1 Buchstabe h für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, welche Familienleistungen betreffen.

Unter Familienleistungen sind nach Art. 1 Buchstabe u sublit. i der VO alle Sach- oder Geldleistungen zu verstehen, die zum Ausgleich von Familienlasten im Rahmen der in Art. 4 Abs. 1

Buchstabe h genannten Rechtsvorschriften bestimmt sind, jedoch mit Ausnahme der in Anhang II aufgeführten besonderen Geburts- oder Adoptionsbeihilfen.

Familienbeihilfen sind nach Art. 1 Buchstabe u sublit. ii der VO regelmäßige Geldleistungen, die ausschließlich nach Maßgabe der Zahl und gegebenenfalls des Alters von Familienangehörigen gewährt werden.

Familienangehöriger ist nach Art. 1 Buchstabe f sublit. i der VO jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, oder in den Fällen des Art. 22 Abs. 1 Buchstabe a und des Art. 31 in den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaates, in dessen Gebiet sie wohnt, als Familienangehöriger bestimmt, anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet ist; wird nach diesen Rechtsvorschriften eine Person jedoch nur dann als Familienangehöriger oder Haushaltsangehöriger angesehen, wenn sie mit dem Arbeitnehmer oder dem Selbständigen oder dem Studierenden in häuslicher Gemeinschaft lebt, so gilt diese Voraussetzung als erfüllt, wenn der Unterhalt der betreffenden Person überwiegend von diesem bestritten wird.

Art. 13 der VO bestimmt, dass - vorbehaltlich hier nicht interessierender Sonderbestimmungen - Personen, für die diese Verordnung gilt, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaates unterliegen. Soweit die hier nicht in Betracht kommenden Art. 14 bis 17 der zitierten Verordnung nicht etwas anderes bestimmen, gilt gemäß Art. 13 Abs. 2 Folgendes:

"a) Eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats abhängig beschäftigt ist, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Staates, und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnt oder ihr Arbeitgeber oder das Unternehmen, das sie beschäftigt, seinen Wohnsitz oder Betriebssitz im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats hat;

b) eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats eine selbständige Tätigkeit ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Staates, und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnt;

.....

f) eine Person, die den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates nicht weiterhin unterliegt, ohne dass die Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats gemäß einer der Vorschriften in den vorhergehenden Buchstaben oder einer der Ausnahmen bzw. Sonderregelungen der Art. 14 bis 17 auf sie anwendbar würden, unterliegt den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaates, in dessen Gebiet sie wohnt, nach Maßgabe allein dieser Rechtsvorschriften."

Nach § 167 Abs. 2 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.

Sachverhalt

Die Berufungsbehörde nimmt es als erwiesen an, dass die Tochter des Bw. im Streitzeitraum nicht zu seinem Haushalt gehört hat und er auch nicht überwiegend für sie Unterhalt geleistet hat.

Diese Beurteilung gründet sich auf folgende in freier Beweiswürdigung herangezogene Umstände:

Der Bw. wurde wegen Scheinmeldung seiner Tochter rechtskräftig mit einer Geldstrafe bestraft. Bei seiner Vernehmung gab er nur an, er habe sein im Ausland lebendes Kind auch in Österreich anmelden wollen; auf die Frage, ob sich das Kind auch schon einmal in L. aufgehalten habe, wollte er aber keine Antwort geben. Es ist nun kein vernünftiger Grund zu erkennen, warum der Bw. dann, wenn sich seine Tochter tatsächlich zumindest zeitweise in Österreich aufgehalten hätte, die Aussage verweigern hätte sollen. Somit kann schon deshalb angenommen werden, dass sich die Tochter – wenn überhaupt – nur sporadisch in Österreich aufgehalten hat.

Dies wird auch durch die Aussage des Unterkunftgebers bestätigt, der angab, die Tochter noch niemals gesehen zu haben, obwohl sich das vermietete Objekt in unmittelbarer Nachbarschaft befinde. Weiters spricht die vom Bw. selbst vorgebrachte beharrliche Weigerung der Tochter, die deutsche Sprache zu erlernen, gegen einen zeitmäßig relevanten Aufenthalt in Österreich.

Schließlich trägt auch die oben wörtlich wiedergegebene ausweichende Antwort des Bw. auf die Frage des Finanzamtes bezüglich des verwendeten Verkehrsmittels, die keinerlei auch nur annähernd genauen Angaben über die Häufigkeit der behaupteten Fahrten mit dem Pkw enthält, nicht zu seiner Glaubwürdigkeit bei. Auch die laut Routenplaner benötigte reine Fahrtzeit von 27 (Lissabon) bzw. 28 Stunden (Faro) in einfacher Richtung spricht gegen eine häufige Zurücklegung des Weges mittels Pkw.

Was zuletzt die behaupteten Unterhaltszahlungen anlangt, ist es völlig unwahrscheinlich und mit den Erfahrungen des täglichen Lebens nicht vereinbar, dass der Bw. dann, wenn er tatsächlich Zahlungen geleistet hätte, wenigstens für Zeiträume, in denen sich die Tochter im Ausland aufgehalten hat, keine Überweisungsbelege für Unterhaltsleistungen vorlegen kann. Die wiederum ausweichende Antwort des Bw., der sich nicht einmal ansatzweise bemüht, die Höhe der Beträge anzugeben, lässt ebenfalls eindeutig darauf schließen, dass der Bw. für seine Tochter zumindest keinesfalls überwiegend Unterhalt geleistet hat.

Rechtliche Würdigung

Steht nach dem oben Gesagten fest, dass die Tochter des Bw. im Streitzeitraum nicht bei ihm haushaltszugehörig war und er ihr auch nicht überwiegend Unterhalt geleistet hat, woraus sich allenfalls ein subsidiärer Familienbeihilfenanspruch ergeben könnte, so ist der Rückforderungsbescheid des Finanzamtes zu Recht ergangen. Ob tatsächlich in Portugal keine Familienleistungen bezogen wurden, kann bei dieser Sachlage auf sich beruhen.

Wien, am 13. März 2008