



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vom 10. April 2012 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 4/5/10 vom 4. April 2012 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum September 2009 bis April 2012 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Im Zuge einer Überprüfung des Familienbeihilfenanspruches forderte das Finanzamt von der Berufungswerberin (Bw.) mit Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge vom 4. April 2012 sowohl für den Sohn x, geboren am xx, hinsichtlich des Zeitraumes September 2009 bis April 2012 als auch für den Sohn y, geboren am yy, hinsichtlich des Zeitraumes September 2011 bis April 2012 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge zurück und begründete dies damit, dass Personen nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe haben würden, wenn sich der Mittelpunkt der Lebensinteressen im Inland befände.

Mit Schreiben vom 10. April 2012 er hob die Bw. gegen den betreffenden Rückforderungsbescheid das Rechtsmittel der Berufung und begründete dies damit, dass die Rückforderung der betreffenden Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbeträge zu Unrecht erfolgt sei. Die beiden Söhne der Bw. seien österreichische Staatsbürger, würden in Wien einen Wohnsitz haben und hätten zudem auch in Wien die Pflichtschule abgeschlossen. Zur

Zeit absolvierten die Kinder eine Ausbildung im Ausland, welche fünf Jahre dauern würde. Der Grund für die Ausbildung im Ausland sei darin gelegen, dass es im Inland kein serbisch orthodoxes Internat gäbe. Die Kinder seien während eines Schuljahres jeweils für acht Monate im Ausland im Internat. Das an gegenständliche Ausbildung anschließende Theologiestudium könnten die Kinder aber wieder im Inland besuchen, da es in Wien eine entsprechende Fakultät gäbe. Zudem hätte die Bw. für ihre Kinder bis zu deren Volljährigkeit bereits mit Bescheid vom 30. März 2010 Familienbeihilfe zuerkannt bekommen. Auch habe ein Sohn, nämlich x, eine Aufforderung zur Stellung bekommen. Die Kinder der Bw. würden nur diese fünfjährige Ausbildung im Ausland absolvieren und als österreichische Staatsbürger danach nach Österreich wieder zurückkehren. Zudem würde die Zahlung der rückgeforderten Beträge die Bw. in große finanzielle Schwierigkeiten bringen.

Der Berufung legte die Bw. eine Mitteilung über den Bezug der Familienbeihilfe, datiert vom 30. März 2010, ein Informationsschreiben zur Stellung, Kopien der Pässe der Kinder, die österreichischen Staatsbürgerschaftsnachweise und Geburtsurkunden der Kindern sowie die Heiratsurkunde und den eigenen österreichischen Staatsbürgerschaftsnachweis bei.

Mit Berufungsvorentscheidung wies das Finanzamt gegenständliche Berufung als unbegründet ab und führte unter Bezugnahme auf die gesetzlichen Bestimmungen des § 2 Abs. 2 und 5 sowie § 5 Abs. 3 FLAG 1967 aus, dass kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder gegeben sei, welche sich ständig im Ausland aufhielten. Ein Aufenthalt verlange grundsätzlich eine körperliche Anwesenheit. Um einen gewöhnlichen Aufenthalt aufrechterhalten zu können, sei aber keine ununterbrochene Anwesenheit erforderlich. Abwesenheiten, die nach den Umständen des Einzelfalles nur als vorübergehend gewollt anzusehen seien, würden nicht den Zustand des Verweilens und daher auch nicht den gewöhnlichen Aufenthalt unterbrechen. Zudem habe der Verwaltungsgerichtshof bereits in mehreren Erkenntnissen den Familienbeihilfanspruch für Kinder verneint, die im Ausland eine Schule besuchen und sich lediglich in der schulfreien Zeit bei den Eltern im Inland aufhalten würden. Kehrten die Kinder nach den jeweiligen Ferienaufenthalten in Österreich wieder an die Schule im Ausland zurück, dann sei das Verbringen der schulfreien Zeit in Österreich nur als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, durch die der ständige Aufenthalt der Kinder im Ausland nicht unterbrochen werde. Da der Schulbesuch der Söhne in Belgrad auf voraussichtlich fünf Jahre angelegt sei, könne dieser Zeitraum nicht mehr als ein bloß vorübergehender Aufenthalt beurteilt werden. In diesem Sinne sei daher für x im Zeitraum September 2009 bis April 2012 und für y im Zeitraum September 2011 bis April 2012 ein ständiger Aufenthalt in Serbien gegeben gewesen und seien die Aufenthalte in der schulfreien Zeit in Österreich nur als vorübergehende Abwesenheit von Ausland zu beurteilen gewesen, die zu keiner Unterbrechung des Aufenthaltes in Serbien geführt hätten.

Zu Unrecht bezogene Familienbeihilfe sei ohne Rücksicht darauf, ob die bezogenen Beträge gutgläubig empfangen worden seien oder nicht und ob die Rückzahlung eine Härte bedeuten würde, gemäß § 26 FLAG 1967 zurückzuerstatten. Die Rückerstattungspflicht bestehe auch dann, wenn der unrechtmäßige Bezug ausschließlich auf einer Fehlleistung der Behörde beruhe.

Rechtzeitig brachte die Bw. einen Vorlageantrag ein. In diesem führte sie aus, dass gemäß § 26 Abs. 4 FLAG 1967 die Oberbehörden ermächtigt seien in Ausübung des Aufsichtsrechtes die nachgeordneten Abgabenbehörden anzuweisen, von der Rückforderung des unrechtmäßigen Bezuges abzusehen, wenn die Rückforderung unbillig wäre.

In Annahme die Familienbeihilfe rechtens bezogen zu haben, habe es die Bw. verabsäumt eine finanzielle Absicherung in dieser Höhe sicher zu stellen. Durch die mehrmaligen Bescheide des Finanzamtes sei die Bw. in ihrem Glauben bestärkt worden, dass der Anspruch auf Familienbeihilfe bestehe und rechtens sei.

Vor allem auf Grund der Höhe der Aufwendungen, die die Familie der Bw. in massive finanzielle Schwierigkeiten bringen würde und auch wegen der mehrmaligen Mitteilungen über den Bezug der Familienbeihilfe seitens des Finanzamtes, die für die Bw. konkludent auf einen unrechtmäßigen Anspruch der Familienbeihilfe hingewiesen hätten, erscheine die Aufforderung zur vollen Rückzahlung inkl. Verzugszinsen unverhältnismäßig und unbillig.

### ***Über die Berufung wurde erwogen:***

Die Bw. ist Mutter zweier (minderjähriger) Söhne, x, geboren am xx und y, geboren am yy .

Sowohl die Bw. als auch die Kinder besitzen die österreichische Staatsbürgerschaft.

Nach Beendigung der Schulpflicht begannen x und y im September 2009 bzw. im September 2011 eine fünfjährige schulische Ausbildung an der serbisch-orthodoxen theologischen Schule z in Belgrad. Beide Kinder waren während der Zeit des Schulbesuches in einem schuleigenen Internat untergebracht.

Laut eigenen Angaben der Bw. verbringen die Kinder seit Beginn des Schulbesuches in Belgrad pro Jahr jeweils acht Monate im Internat im Ausland und die übrige Zeit im Inland. Nach Beendigung der fünfjährigen schulischen Ausbildung in Serbien ist eine Rückkehr der Söhne nach Österreich und ein Besuch der theologischen Fakultät in Wien vorgesehen.

Gegenständlicher Sachverhalt ergibt sich aus den im Akt befindlichen Unterlagen sowie den diesbezüglichen Angaben der Bw..

Strittig ist im gegenständlichen Fall, ob der Bw. für die Söhne x und y in der Zeit ab Beginn des Schulbesuchs in Belgrad mit September 2009 bzw. September 2011 bis April 2012 Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge zustehen.

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. b Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für ihre minderjährigen Kinder.

Im Sinne des § 2 Abs. 2 FLAG 1967 hat die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört, Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind. 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 zum Haushalt einer Person dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltzugehörigkeit gilt nicht als aufgehoben, wenn (lit. a) sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält oder (lit. b) das Kind für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt. Ein Kind gilt bei beiden Elternteilen als haushaltzugehörig, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen, dem das Kind angehört.

Gemäß § 2 Abs. 8 FLAG 1967 idF BGBl 23/1999 haben Personen, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Bundesgebiet haben und sich die Kinder ständig im Bundesgebiet aufhalten. Eine Person hat den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.

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

Gemäß § 26 Abs.1 FLAG 1967 ist zu Unrecht bezogene Familienbeihilfe rückzuzahlen. § 26 ieg. cit. gilt gemäß § 33 Abs. 3 EStG 1988 auch für den zu Unrecht bezogenen Kinderabsetzbetrag.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (u.a. VwGH 86/15/0078 vom 22. Juni 1987) ist der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs. 3 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 im genannten Sinne verlangt grundsätzlich körperliche Anwesenheit. Daraus folgt auch, dass eine Person nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben kann. Ein gewöhnlicher Aufenthalt an einem Ort schließt jedoch nicht einen oder mehrere Wohnsitze an anderen Orten aus, denn ein Mensch kann mehrere Wohnungen innehaben und damit sind gleichzeitig mehrere Wohnsitze möglich.

Um einen gewöhnlichen Aufenthalt aufrechtzuerhalten, ist 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. In diesem Sinne haben etwa Personen, die sich während der Arbeitswoche ständig am Betriebsort aufzuhalten, nur dort ihren gewöhnlichen Aufenthalt und unterbricht auch das Verbringen der Ferien im Inland nicht den ständigen Aufenthalt im Ausland, sofern nicht im Einzelfall ein zeitliches Überwiegen der Aufenthalte in Österreich glaubhaft gemacht werden kann. (u.a. VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103, 28.11.2007, 2007/15/0055, 20.06.2000, 98/15/0016).

Entsprechend den seitens der Bw. vorgelegten Schulbestätigungen, begannen beide Söhne der Bw., nämlich x im September 2009 sowie y im September 2011 mit einer fünfjährigen Schulausbildung an der serbisch-orthodoxen theologischen Schule in Serbien. Beide Kinder sind in einem schuleigenen Internat untergebracht. Dies wird seitens der Bw. auch nicht bestritten. So führt die Bw. in ihrer Berufung vielmehr selbst aus, dass die Kinder mangels geeigneter Ausbildungsmöglichkeiten im Inland eine serbisch-orthodoxe Schule im Ausland besuchten, wobei sich die Kinder pro Schuljahr jeweils für acht Monate in Belgrad aufzuhalten würden und eine Rückkehr nach Österreich erst nach Beendigung der schulischen Ausbildung geplant sei. Damit ist aber das Schicksal gegenständlicher Berufung entschieden, rechtfertigen doch die diesbezüglichen Angaben der Bw. die Annahme, dass die Kinder lediglich die Ferien im Inland verbringen und die übrige, jedoch überwiegende Zeit die Schule im Ausland besuchen. Halten sich - so wie von der Bw. angegeben - die Kinder während der Zeit ihrer (geplanten fünf Jahre dauernden) schulischen Ausbildung in Belgrad lediglich zu Ferienzwecken und somit in nicht überwiegendem Ausmaß im Inland auf, ist entsprechend der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes der Aufenthalt in Belgrad als ein ständiger Aufenthalt der Söhne im Ausland zu qualifizieren, welcher durch die jeweiligen bloß vorübergehenden Abwesenheiten zu Ferienzwecken im Inland nicht unterbrochen wird. Daran vermag auch der Umstand, dass x mit Schreiben vom 10. Jänner 2012 zur Stellung aufgefordert wurde, nichts zu ändern. Dies vor allem deshalb, da das Stellungsverfahren laut

entsprechendem Schreiben lediglich 1 1/2 Tage in Anspruch genommen hat und zudem nicht ersichtlich ist, wann genau der Sohn der Bw. zur Ableistung seines Wehrdienstes verpflichtet werden wird. Auch wenn die Bw. in diesem Zusammenhang weiters vorbringt, die Bw. und die Kinder hätten im Inland einen Wohnsitz und die gesamte Gestaltung des Lebens sei auf das Inland bezogen, weshalb die Söhne auch nach deren Beendigung der schulischen Ausbildung in Belgrad, die theologische Fakultät in Wien besuchen würden, so zeigt die Bw. mit gegenständlicher Argumentation keinerlei Gründe auf, die geeignet wären, zu einer anderen rechtlichen Beurteilung des ständigen Aufenthaltes der Söhne im strittigen Zeitraum zu kommen. Dies vor allem deshalb, da die Bw. mit gegenständlicher Argumentation, der Mittelpunkt der Lebensinteressen befände sich in ihrem Fall im Inland, übersieht, dass diesem bei der Beurteilung der Frage nach dem ständigen Aufenthalt ebenso wenig eine entscheidungsrelevante Bedeutung zukommt, wie dem Umstand, dass sich - entsprechend den Angaben der Bw. - der Wohnsitz der Söhne im Inland befindet. In diesem Sinne hat auch die Fiktion des § 2 Abs. 5 lit. b FLAG 1967, wonach die Haushaltsgesellschaft bei einer auswärtigen Berufsausübung weiterhin bestehen bleibt, für die Prüfung des ständigen Auslandsaufenthaltes der Söhne im Sinne des § 5 Abs. 3 leg. cit. keine Bedeutung (vgl. VwGH 20.6.2000, 98/15/0016).

Auch mit der Argumentation in Österreich sei eine Ausbildung an einer serbisch-orthodoxen Schule nicht möglich, weshalb die Kinder eine solche in Belgrad besuchen würden, vermag die Bw. nichts für vorliegenden Fall zu gewinnen, da § 5 Abs. 3 FLAG 1967 nur auf den ständigen Aufenthalt abstellt, ohne jedoch zu unterscheiden, welche Beweggründe für die Wahl des Aufenthaltsortes ausschlaggebend waren. Die Beurteilung der Frage, wo sich der ständige Aufenthalt der Söhne befindet, orientiert sich ausschließlich an Hand der oben beschriebenen Kriterien des gewöhnlichen Aufenthaltsortes einer Person, ohne jedoch auf subjektive Gründe Bezug zu nehmen. Dabei ist der Umstand, dass sowohl die Bw. als auch ihre Söhne erwiesenermaßen über die österreichische Staatsbürgerschaft verfügen, gänzlich unerheblich, da von der einschränkenden Bestimmung des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 Personen unabhängig von der Staatsbürgerschaft, somit auch österreichische Staatsbürger erfasst sind. Auch ihnen erwächst kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland, außerhalb des Gemeinschaftsgebietes, aufhalten (vgl. VwGH 18.09.2003, 2000/15/0204).

Im gegenständlichen Fall haben sich die Söhne der Bw. jedenfalls im strittigen Zeitraum (und auch in den nachfolgenden Monaten) während der Schulzeit in Belgrad aufgehalten, weshalb gegenständlicher Aufenthalt im Ausland als ein ständiger zu beurteilen war und das Verbringen der Ferien und einzelne - lediglich einige wenige Tage umfassende - Aufenthalte wie etwa die Zeit der Stellung in Österreich diesen nicht unterbrochen haben. Für die Zeiträume September 2009 bis April 2012 sowie September 2011 bis April 2012 stand daher

für x und für y keine Familienbeihilfe zu und erfolgte seitens des Finanzamtes die Rückforderung zu Recht. Der Umstand, dass vom Finanzamt Familienbeihilfe für die beiden Söhne für den strittigen Zeitraum laut Mitteilung über den Bezug der Familienbeihilfe vom 30. März 2010 zunächst gewährt wurde, steht dabei gegenständlicher Rückforderung der zu Unrecht bezogenen Beträge keineswegs entgegen und entfaltet keine entscheidungsrelevante Bedeutung. Dies vor allem deshalb, da die gesetzliche Bestimmung des § 26 FLAG 1967 eine sehr weitgehende ist. Sie beruht ausschließlich auf objektiven Sachverhalten und nimmt auf subjektive Momente wie Verschulden und Gutgläubigkeit keine Rücksicht. Die Rückzahlungsverpflichtung besteht daher auch für den Fall, dass der unrechtmäßige Bezug von Familienbeihilfe ausschließlich auf einer Fehlleistung der Abgabenbehörde beruhen sollte, die bezogenen Beträge von der Bw. gegebenenfalls gutgläubig verwendet wurden oder die betreffende Rückzahlung für die Bw. eine finanzielle Härte darstellen würde.

Gemäß § 33 Abs. 3 EStG 1988 steht einem Steuerpflichtigen, dem auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wurde, im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag von monatlich "58,40" € für jedes Kind zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes anzuwenden.

Wie sich somit aus dieser gesetzlichen Bestimmung ergibt, ist auch für den Fall des ungerechtfertigten Bezuges des Kinderabsetzbetrages, dieser seitens des Finanzamtes zurückzufordern. In Sinne obiger Ausführungen war daher für den strittigen Zeitraum - neben der Familienbeihilfe - auch der Kinderabsetzbetrag zu Recht zurückzufordern gewesen.

Soweit die Bw. im Vorlageantrag unter Bezugnahme auf § 26 Abs. 4 FLAG 1967 um Nachsicht der rückgeforderten Beträge ersucht, ist sie an die zuständige Oberbehörde im Sinne des § 26 Abs. 4 FLAG 1967, nämlich das Bundesministerium für Gesundheit, Familie und Jugend, zu verweisen. Seit der Errichtung des Unabhängigen Finanzsenates mit 1.1.2003 ist dieser keine sachlich zuständige Oberbehörde der Finanzämter mehr und kann daher auch diesen keine Weisungen „in Ausübung des Aufsichtsrechtes“ erteilen kann.

Es war daher wie im Spruch zu entscheiden.

Wien, am 15. Februar 2013