



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., Adr.1, vormals in Adr.2, vom 24. Oktober 2002 gegen den Bescheid des Finanzamtes X. vom 8. Oktober 2002 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum von September 1998 bis Juni 2002 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (im Folgenden Bw.) bezog als österreichischer Staatsbürger laufend für drei minderjährigen Kinder und Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge. Anlässlich einer Überprüfung des Anspruches gab der Bw. am 8. April 2002 an, dass seine Kinder A. , B. und C. bei ihm in Adr.2 wohnen würden.

Am 5. August 2002 beantragte der Bw. die Familienbeihilfe für ein weiteres Kind (D.). Dieses vierte Kind des Bw. wurde laut vorgelegtem Auszug aus dem Geburtenregister etwa sechs Monate vor Antragstellung (am 0.0.000) in K. (Ägypten) geboren. Eine Meldebestätigung über die am 11.07.2002 erfolgte Anmeldung des Kindes in Österreich wurde in Kopie vorgelegt. Laut Aktenvermerk des Finanzamtes vom 26. August 2002 gab der Bw. persönlich bekannt gegeben, dass sich die Kinder A. und B. vier Jahre in Ägypten aufgehalten haben.

Mit Ergänzungersuchen vom 29. August 2002 forderte das Finanzamt den Bw. auf, die Aufenthaltszeiten aller Kinder in Ägypten bekannt zugeben und die Mutter-Kind-Pässe bzw. Kindergartenbestätigungen für alle Kinder vorzulegen. Der Bw. legte die Meldenachweis der

ganzen Familie in Österreich, für die Kinder A. und B. für das Schuljahr 2001/02 Nachweise über den Schulbesuch in Ägypten 2002/03 sowie für das Schuljahr 2002/03 Bestätigungen über den Schulbesuch der genannten Kinder in Österreich vor.

Mit Bescheid vom 8. Oktober 2002 forderte das Finanzamt die vom Bw. bezogenen Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen gemäß § 26 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 in Verbindung mit § 33 Abs. 4 Z 3 lit. a bzw. lit. c Einkommensteuergesetz 1988 als zu Unrecht bezogen in folgendem Umfang zurück:

„für die Kinder“

Familien- und Vorname	Geburtsdatum	Art	für die Zeit (vom/bis)	Betrag ATS	Betrag €
M A.	0.0.1994	FB	09/1998-12/2001	61.300,00	4.454,84
M A.	0.0 .1994	KAB	09/1998 – 12/2001	29.500,00	2.143,85
M A.	0.0 .1994	FB	01/2002 – 06/2002		709,209
MA.	0.0 .1994	KAB	01/2002 – 06/2002		305,40
M B.	0.00.1995	FB	09/1998- 12/2001	65.500,00	4.760,07
M B.	0.00 .1995	KAB	09/1998- 12/2001	26.700,00	1.940,37
M B.	0.00 .1995	FB	01/2002- 06/2002		785,40
M B.	0.00 .1995	KAB	01/2002- 06/2002		305,40
<i>Teilsummen:</i>				183.000,00 (13.299,13€)	2.105,40
<i>Der gesamte Rückforderungsbetrag beträgt:</i>					15.404,53

Das Finanzamt begründete die Rückforderung damit, dass gemäß § 5 Abs.4 des Familienlastenausgleichgesetzes 1967 für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestehe. Laut den eigenen Angaben des Bw. seien die Kinder A. und B. von 9/1998 - 6/2002 in Ägypten gewesen, daher sei die Familienbeihilfe für den genannten Zeitraum rückzufordern.

In der gegen den Rückforderungsbescheid erhobenen Berufung brachte der Bw. vor, seine Kinder hätten sich nicht ständig im Ausland aufgehalten und führte dazu aus:

„... Ich hatte nie geplant uns im Ausland aufzuhalten, aber ich war in K. wo meine alte Mutter (über 70 Jahre alt) allein wohnt. Sie ist sehr krank (M.) und allein stehend. Ich bin der einzige Sohn, der für sie sorgt. Leider Gottes trotz unserer Bemühungen ist ihr Zustand schlechter geworden, da musste ich meinen Aufenthalt verlängern. Die Kinder waren natürlich mit mir und wir sind zwischen Wien und Kairo öfter hin- und her geflogen. Der Zustand meiner Mutter ist leider gleich bleibend schlecht, genau wie meine finanzielle Situation.“

Ein paar Worte zu meiner Situation. Ich bin 50 Jahre alt und hatte bereits einen Herzinfarkt. Ich habe vier Kinder und meine Frau ist Hausfrau, sie hat kein eigenes Einkommen. Wir wohnen in einer kleinen Wohnung. Ich suchte überall Arbeit und fand keine bis ein Freund mir seit 1.10. eine Teilzeitarbeit mit 500 € monatlich angeboten hat. Ich hatte geglaubt, solange ich mich nicht ständig mit der Familie im Ausland aufhalte, darf ich die Familienbeihilfe weiter beziehen da das Geld immer für die Kindern ausgegeben wird, Unter anderem habe ich einen Lehrer für den Deutschunterricht engagiert (2 Stunden kosten 18 €), besonders da ich kein Fernsehen, Radio und Videokassette besitze.“

Ich hoffe, der oben geschilderte Sachverhalt zeigt, dass wir nicht ständig im Ausland leben und es daher nicht notwendig ist, dass wir das Geld zurück zahlen, meine soziale Lage ist zur Zeit sehr schlecht, daher ersuche ich Sie höflichst mir die Rückzahlung von 15.404,53 zu erlassen.“

Das Finanzamt wies die Berufung mit Berufungsvorentscheidung als unbegründet ab und führte in der Begründung aus

„Gem. § 5 Abs. 4 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

Nach der Rechtsprechung des VwGH ist der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs. 4 FLAG unter dem Gesichtspunkt des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2

Bundesabgabenordnung (BAO) zu beurteilen. Demnach kommt es darauf an, ob sich ein Kind in einem anderen Land unter Umständen aufhielt, die erkennen ließen, dass es an diesem Ort oder diesem Land nicht nur vorübergehend verweilte. Ein Aufenthalt in diesem Sinn verlangt grundsätzlich körperliche Anwesenheit. Daraus folgt auch, dass eine Person nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben kann. Um einen gewöhnlichen Aufenthalt aufrecht zu erhalten, ist aber keine ununterbrochene Anwesenheit erforderlich. Abwesenheiten, die nach den Umständen des Falles nur als vorübergehend gewollt anzusehen sind (z.B. Ferienzeiten) unterbrechen nicht den Zustand des Verweilens und daher nicht den gewöhnlichen Aufenthalt.

Bei einem annähernd vierjährigen Auslandsaufenthalt der Kinder, wobei diese den Wohnsitz des Vaters während dessen Aufenthaltes in Ägypten teilten, können Ferienaufenthalte in Österreich den gewöhnlichen Aufenthalt der Kinder im Ausland nicht unterbrechen. (Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 20.6.2000).

Da sich Ihre Kinder laut eigenen Angaben und laut Schulbestätigungen nicht nur vorübergehend in Ägypten aufhielten, musste Ihre Berufung als unbegründet abgewiesen werden.“

Der Bw. beantragte die Vorlage der Berufung zur Entscheidung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz und ergänzte dazu:

„... Wie Sie es erwähnt haben; besteht für die Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

Ich habe nie erwähnt dass meine Kindern im Ägypten ständig aufgehalten haben, wie ich zuletzt geschrieben habe, wir waren zwischen K. und Wien verreiset und absolut keine richtiges ständige Aufenthalt in K. , es war auch nie geplant in K. länger aufzuhalten, aber ich habe nie mit der Krankheit meiner Mutter nicht gerechnet. Es tut mir sehr leid aber ich kann nichts dafür.

Als zweites, Bitte Sie noch einmal meiner Gesundheitliche Zustand nicht zu übersehen, einmal habe ich einen Herzinfarkt erlebt, mit 50 Jahre Alt und keine richtige ständige Arbeit. Das Geld war immer für die Kinder, jetzt können wir noch überleben, aber wie es weiter geht, keine Gedanken. Wir versuchen nur zu überleben und denken nie an besser zu leben.

Was geschildert ist: nur ein Teil unserer vielseitigen Probleme, daher bitte ich Sie und ersuche ich noch einmal die Rückzahlung zu erlassen.“

Ergänzend sei erwähnt, dass das Finanzamt dem Bw. aufgrund der für das Schuljahr 2002/03 vorgelegten Bestätigungen über den Schulbesuch der Kinder in Österreich ab Herbst 2002 die Familienbeihilfe für vier Kinder wieder gewährte.

Über die Berufung wurde erwogen:

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

Gemäß § 2 Abs. 8 FLAG 1967 idF BGBl 23/1999 haben Personen, die sowohl im Bundesgebiet als auch im Ausland einen Wohnsitz haben, 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.

Nach § 5 Abs. 4 FLAG 1967 in der durch das Bundesgesetz BGBl. Nr. 201/1996 gestalteten Fassung besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten. Soweit bestehende Staatsverträge die Gewährung von Familienbeihilfe für Kinder vorsehen, die sich ständig in einem anderen Staat aufhalten, ist Abs. 4 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 297/1995 weiter anzuwenden, bis völkerrechtlich anderes bestimmt ist (vgl. § 50g Abs. 2).

Durch BGBl. I 142/2000, Artikel 71, hat der Absatz 4 des § 5 FLAG 1967 mit Wirkung ab 1. Jänner 2001 – ohne inhaltliche Änderung – die Bezeichnung "Absatz 3" erhalten. Im Berufungsfall ist für den Zeitraum bis 31. Dezember 2000 daher § 5 Abs. 4 FLAG 1967 (idF BGBl. 201/1996) und ab 1. Jänner 2001 § 5 Abs. 3 FLAG 1967 (idF BGBl. 142/2000) anzuwenden, wobei nachfolgend eine Unterscheidung nicht erforderlich ist, da beide Bestimmungen gleich lautend sind.

Im gegenständlichen Berufungsfall ist aufgrund der vorliegenden Unterlagen unbestritten, dass

der Bw. für drei Kinder bis Juni 2002 laufend Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge bezogen hat,

der Bw., seine Ehefrau und die minderjährigen Kinder A., geb. 0.0.1994, B., geb. am 0.00 1995, im strittigen Zeitraum österreichische Staatsbürger sind,

das Kind A. im Schuljahr 2001/2002 die zweite Klasse an der Islamischen Sprachengrundschule A.K. in K. besuchte und laut Bescheinigungen der Aufsichtsstelle des Unterrichtsdirektoriums K. vom 13.08.2002 zum Aufstieg in die dritte Klasse berechtigt war,

das Kind B. im Schuljahr 2001/2002 die erste Klasse der Islamischen Grundschule A.K. in K. besuchte und ebenfalls zum Aufstieg in die nächste Klasse berechtigt war,

das Kind D. laut einem in beglaubigter Übersetzung vorliegenden Auszug aus dem Geburtenregister, ausgestellt in S./ Bezirk K. (Ägypten), im Februar 2002 in S. geboren wurde, auf dem genannten Auszug aus dem Geburtenregister ist die Adresse der Kindeseltern mit „Adr.3/S.“ angegeben.

Für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, besteht gemäß § 5 Abs. 3 FLAG 1967 kein Anspruch auf Familienbeihilfe. Ein hinsichtlich der Familienbeihilfe die Gegenseitigkeit verbürgendes Abkommen über Soziale Sicherheit (im Hinblick auf § 5 Abs. 4 FLAG 1967 idF des BGBl. 297/95) hat im strittigen Zeitraum mit Ägypten nicht bestanden.

Das Tatbestandsmerkmal des "ständigen Aufhaltens" im Sinne des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 ist – wie schon in der Berufungsvorentscheidung ausgeführt wurde – im Sinne des § 26 Abs.2 BAO auszulegen. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes verlangt der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs. 3 FLAG zunächst grundsätzlich körperliche Anwesenheit, die aber nicht ununterbrochen vorliegen muss. Abwesenheiten, die nach den Umständen des Falles nur als vorübergehend gewollt anzusehen sind, unterbrechen nicht den Zustand des Verweilens und der in § 5 Abs. 3 FLAG als Tatbestandsmerkmal normierte ständige Aufenthalt wird damit nicht unterbrochen.

Für die Beurteilung des ständigen Aufenthaltes sind die Umstände, unter denen sich die Kinder des Bw. im Ausland aufgehalten haben, maßgeblich. Diese nicht auf den Mittelpunkt der Lebensinteressen abstellende Beurteilung ist nach objektiven Kriterien zu treffen. Da der ständige Aufenthalt eines Kindes im Bundesgebiet dessen tatsächliche (körperliche) Anwesenheit voraussetzt, folgt daraus auch, dass ein Kind nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben kann. Ein ständiger Aufenthalt im Ausland wird auch dann nicht unterbrochen, wenn der Aufenthalt im Bundesgebiet nur vorübergehend ist. Die polizeiliche Meldung der Kinder in Österreich ist für die Frage des ständigen Aufenthaltes nicht entscheidend.

Demnach kommt es im Berufungsfall darauf an, ob die Kinder des Bw. sich im Streitzeitraum in Ägypten unter Umständen aufhielten, die erkennen lassen, dass sie in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilten.

Nach den Ausführungen des Bw. hielt er sich mit den Kindern in Ägypten auf, weil er seine an M. leidende Mutter betreuen musste. Der Bw. selbst war laut eigenen Angaben auf dem Überprüfungsschreiben vom April 2002 arbeitslos, die Kindesmutter ist laut den Angaben des Bw. nicht berufstätig und das vierte Kind der Familie wurde im Februar 2002 auch in K. geboren. Bei den vom Bw. geschilderten Umständen (Krankheit der Mutter, schwierige Situation in finanzieller Hinsicht) liegt die Vermutung nahe, dass sich nicht nur die Kinder A. und B. mit dem Bw. in Ägypten aufgehalten haben, sondern die gesamte Familie sich im strittigen Zeitraum in Ägypten aufhielt. Das Finanzamt forderte mit dem angefochtenen Bescheid jedoch nur für die Kinder A. und B. die Familienbeihilfe zurück, sodass im Berufungsfall nur die Rückforderung für die genannten Kinder strittig ist.

Mit dem Hinweis des Bw., es sei nie geplant gewesen, dass er sich mit den Kindern länger in K. aufhalte, er habe jedoch nicht mit der Krankheit seiner Mutter gerechnet, tritt er inhaltlich der im Rückforderungsbescheid bzw. Berufungsvorentscheidung des Finanzamtes getroffenen Feststellung, dass sich die Kinder des Bw. im strittigen Zeitraum nicht nur vorübergehend in Ägypten aufgehalten haben, nicht wirklich entgegen. Der Bw. argumentiert nur, die Kinder hätten sich im strittigen Zeitraum nicht ständig im Ausland aufgehalten, weil er mit den Kindern zwischen Wien und K. „gependelt“ sei (Zitat: „*Die Kinder waren natürlich mit mir und wir sind zwischen Wien und Kairo öfter hin- und her geflogen*“). Abgesehen davon, dass im Hinblick auf die vom Bw. geschilderte finanzielle Situation eine oftmaliges „Hin- und Herfliegen“ zwischen Wien und K. nicht sehr wahrscheinlich erscheint, haben die zwei älteren Kinder des Bw. laut den vorgelegten Schulbesuchsbestätigungen die Schule in Ägypten besucht, wobei das älteste Kind des Bw. im Schuljahr 2001/02 bereits die zweite Klasse der Grundschule in Ägypten besuchte. Mit seinen Ausführungen, die Familie habe sich zwischendurch auch in Wien aufgehalten, kann für die Berufung somit nicht gewonnen werden, weil feststeht, dass sich die Kinder über Jahre hindurch körperlich überwiegend im Ausland aufgehalten haben.

Die Kinder des Bw. hielten sich demnach nicht nur vorübergehend in Ägypten auf und allfällige kurze Aufenthalte im Bundesgebiet (z.B. während der Ferienzeit) sind als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, wodurch der ständige Aufenthalt der Kinder im Ausland iSd § 5 Abs.3 FLAG nicht unterbrochen wurde.

Damit liegt im Berufungsfall zweifellos sowohl der nach § 2 Abs. 8 FLAG 1967 erforderliche ständige Aufenthalt der Kinder im Bundesgebiet nicht vor bzw. liegt der Ausschließungsgrund des ständigen Aufenthaltes der Kinder im Ausland nach § 5 Abs. 3 FLAG 1967 vor.

Wenn der Bw. ausführt, er habe geglaubt, er dürfe die Familienbeihilfe weiter beziehen, weil das Geld immer für die Kinder ausgegeben worden sei, ist darauf zu verweisen, dass die Verwendung des Geldes für die Kinder nicht die erforderlichen Anspruchsvoraussetzungen schaffen kann.

Bei Zutreffen der vorstehend aufgestellten Vermutung, dass die ganze Familie sich im strittigen Zeitraum im Ausland aufgehalten hat, ist zudem auch fraglich, ob der Bw. selbst im strittigen Zeitraum den nach § 2 Abs. 8 FLAG 1967 erforderlichen Mittelpunkt seiner Lebensinteressen im Bundesgebiet hatte, da die stärkste persönliche Beziehung eines Menschen im Regelfall zu dem Ort besteht, an dem er in Regelmäßigkeit mit seiner Familie lebt. Die Notwendigkeit, für den strittigen Zeitraum den Mittelpunkt der Lebensinteressen des Bw. zu prüfen, ist jedoch nicht gegeben, weil im gegenständlichen Berufungsfall für die Kinder, für die die ausbezahlten Beträge rückgefordert wurden, bereits nach den

vorstehenden Ausführungen jedenfalls der Ausschlussgrund nach § 5 Abs. 3 FLAG 1967 vorliegt.

Der Bw. hatte gegenüber dem Finanzamt im April 2002 noch angegeben, seine Kinder würden bei ihm in Adr.2 wohnen, obwohl die Kinder nachweislich die Schule in Ägypten besuchten, das Kind D. im Februar 2002 in Ägypten geboren wurde und auf den Auszug aus dem Geburtenregister als Wohnort der Kindeseltern eine Adresse in Ägypten angegeben wurde. Der Bw. ist damit auch seiner Meldepflicht nach § 25 FLAG 1967 nicht nachgekommen und hat die zurückgeforderten Beträge wissentlich zu Unrecht bezogen.

Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat nach § 26 Abs. 1 FLAG 1967 die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen. § 26 leg. cit. gilt gemäß § 33 Abs. 4 Z. 3 lit. a EStG 1988 auch für den zu Unrecht bezogenen Kinderabsetzbetrag. Diese Rückzahlungspflicht gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 normiert eine objektive Erstattungspflicht desjenigen, der die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat. Die Verpflichtung zur Rückerstattung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge ist von subjektiven Momenten unabhängig. Entscheidend ist lediglich, ob der Empfänger die Beträge zu Unrecht erhalten hat. Ob und gegebenenfalls, wie der Bezieher die erhaltenen Beträge verwendet hat, ist unerheblich (u.a. VwGH 23.9.2005, 2005/15/0080). Somit sind die vom Bw. angeführten Umstände (Gesundheitszustand bzw. finanzielle Situation des Bw., die Verwendung des Beträge für die Kinder) nicht relevant.

Soweit der Bw. mit seinen Berufungsausführungen auf eine Abgabennachsicht abzielt, ist darauf hinzuweisen, dass eine derartige Maßnahme einen Antrag erfordert, über welchen die Abgabenbehörde erster Instanz (das Finanzamt) zu entscheiden hat. Der angefochtene Bescheid spricht jedenfalls nicht eine Abweisung eines derartigen Antrages aus, weshalb die auf Abgabennachsicht gerichteten Ausführungen des Bw. ins Leere gehen.

Es war daher wie im Spruch zu entscheiden.

Wien, am 26. März 2009