

## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 9., 18., und 19. Bezirk und Klosterneuburg betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. September 2002 bis 30. September 2003 entschieden:

Der Berufung wird teilweise stattgegeben.

Der Rückforderungszeitraum und der Rückforderungsbetrag ist der Beilage zur Berufungsvorentscheidung vom 18. Februar 2004 zu entnehmen, die insoweit einen Teil dieses Bescheidspruches darstellt.

### Entscheidungsgründe

Strittig ist im vorliegenden Fall, ob für den Sohn der Berufungswerberin (Bw.) die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag für die Monate September 2002 bis September 2003 zu Recht zurückgefördert wurde.

Im Formular „Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe“, eingelangt beim Finanzamt am 20. Oktober 2003, gab die Bw. an, dass ihr Sohn teilweise auch bei seiner Großmutter in Polen wohnt.

Laut beglaubigter Übersetzung aus der polnischen Sprache legte der Sohn der Bw. am 29. Mai 2003 in Kattowitz, Woiwodschaft Schlesien, die Reifeprüfung ab.

Das Finanzamt erließ am 3. Dezember 2003 einen Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge betreffend Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum 1. September 2002 bis 30. September 2003 und begründete die Rückforderung damit, dass gemäß § 5 Abs. 4 FLAG für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, kein

Anspruch auf Familienbeihilfe bestehe, es sei denn, dass gegenseitige Sozialabkommen durch Staatsverträge gegeben sind. Die Rückforderung erfolgte, weil der Sohn der Bw. sich seit 1. September 2002 ständig in Polen aufhielt und mit Polen kein entsprechendes Sozialabkommen gegeben ist.

Die Bw. erhob mit Schreiben vom 4. Jänner 2004 Berufung und führte Folgendes aus:

„Mein Sohn, O.N., 4.2.1982 geboren, im gemeinsamen Haushalt in W. wohnhaft, besuchte bis Ende Februar 2003 die Maturaschule in 1150 Wien, H. Ich musste Ihnen diesbezüglich auch eine Schulbestätigung der o.a. Schule zukommen lassen. Dieser Aufforderung bin ich nachgekommen. Aus dieser Bestätigung geht klar hervor, dass mein Sohn im genannten Zeitraum am Unterricht teilgenommen hat. Da immer geplant war, dass mein Sohn die Matura an dieser Schule abschließt, wurde von mir das gesamte Schuljahr 2003 bezahlt. Aus familiären Gründen, ich war gezwungen sehr oft nach Polen zu reisen, musste mein Sohn den restlichen Unterricht in Polen absolvieren und zur Maturaprüfung antreten.“

Ich habe Ihnen auch diesbezüglich entsprechende Unterlagen (Maturazeugnis) zugeschickt. Oliver wurde in Polen, aufgrund der erworbenen Kenntnisse der Maturaschule H, zum Schulbesuch und zur Matura zugelassen!“

Aufgrund des o.a. Sachverhaltes ist mir unerklärlich wie Sie an mich irgendwelche Rückforderungen stellen können, zumal mir sogar Mehrkosten entstanden sind. Ich ersuche Sie den Sachverhalt nochmals zu prüfen und den Erstbescheid aufzuheben.“

Über Ersuchen des Finanzamtes vom 15. Jänner 2004 bekanntzugeben, bis wann der Sohn die Maturaschule in Wien besuchte sowie eine Inskriptionsbestätigung bzw. einen sonstigen Tätigkeitsnachweis nach Matura (ab 7/03) vorzulegen, gab die Bw. bekannt, dass ihr Sohn derzeit keine Schule besucht und auch nicht inskribiert sei. Er beginne sein Studium erst mit dem Herbstsemester 2004/2005.

Laut Schulbesuchsbestätigung des Gymnasiums H., besuchte der Sohn der Bw. in der Zeit vom 2. September 2002 bis 27. Jänner 2003 das Gymnasium.

Das Finanzamt erließ am 18. Februar 2004 eine Berufungsentscheidung und gab der Berufung mit folgender Begründung teilweise statt:

„Gemäß § 5 Abs. 4 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 Berufung wird für den Zeitraum September 2002 bis inklusive Jänner 2003 stattgegeben. Ab Februar 2003 wird die Berufung abgewiesen, da sich Ihr Sohn Oliver ab Februar 2003 ständig in Polen aufhielt und mit Polen kein entsprechendes Sozialabkommen gegeben ist.“

Die Bw. stellte mit Schreiben vom 22. März 2004 den Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz und führte zur Begründung aus:

„In Ihrer Begründung in der Berufungsentscheidung führen Sie an, dass sich mein Sohn O. ...sich ab Februar 2003 ständig im Ausland aufgehalten hat und mit Polen kein entsprechendes Sozialabkommen gegeben ist. Wie ich bereits mehrfach schriftlich und telefonisch mitgeteilt habe, entspricht dies jedoch nicht den Tatsachen.“

Aufgrund der schweren Erkrankung meiner Mutter musste ich im o.a. Zeitraum sehr oft nach Polen reisen. Nachdem mein Sohn ohne mein Zutun und meinen ständigen Druck keinen Lernerfolg vorweist, blieb mir nichts anderes über, als auch O. zeitweise nach Polen mitzunehmen. Aufgrund der in Österreich erworbenen Vorkenntnisse musste er in Polen nur mehr zu Vorprüfungen und schließlich zur Matura antreten. Nach der Matura war zwar geplant, dass O. gleich sein Studium in Polen aufnimmt, da ich aber erst jetzt eine ständige Pflegerin für meine Mutter in Polen verpflichten konnte, und mein Sohn

ohne meine Kontrolle und meinen Druck leider kein Studium schaffen wird, kann O. erst jetzt im Sommer für das neue Studienjahr immatrikulieren.

Ab den Sommermonaten 2003 ging O. keiner Tätigkeit und Ausbildung nach! Ich möchte nochmals betonen, dass mein Sohn O. und ich seit Februar 2003 nur zeitweise nach Polen reisen mussten und uns dort nicht ständig aufgehalten haben, zumal dies gar nicht möglich gewesen wäre, da im Jänner 2003 mein zweiter Sohn V. zur Welt kam!...“

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

Gemäß § 2 Abs. 1 FLAG 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben (und noch weitere in den folgenden Bestimmungen des FLAG genannten Bedingungen erfüllen), Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder sowie unter bestimmten Voraussetzungen für volljährige Kinder.

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

Gemäß § 33 Abs. 4 Z. 3 lit. a bis c Einkommensteuergesetz 1988 stehen einem Steuerpflichtigen, dem auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe Kinderabsetzbeträge zu. Für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, steht keine Familienbeihilfe zu. Wurde Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen, ist § 26 FLAG anzuwenden.

§ 26 Abs. 1 FLAG lautet: Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen, soweit der unrechtmäßige Bezug nicht ausschließlich durch eine unrichtige Auszahlung durch eine in § 46 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 genannte Gebietskörperschaft oder gemeinnützige Krankenanstalt verursacht worden ist. Zurückzuzahlende Beträge können auf fällige oder fällig werdende Familienbeihilfen angerechnet werden.

Die Verpflichtung zur Rückzahlung von zu Unrecht bezogenen Familienbeihilfen ist sehr weitgehend, zumal sie ausschließlich auf objektiven Sachverhalten beruht und auf subjektive Momente, wie Verschulden und Gutgläubigkeit, keine Rücksicht nimmt. Die Rückzahlungspflicht besteht daher auch dann, wenn der unrechtmäßige Bezug ausschließlich auf einer Fehlleistung der Abgabenbehörde beruht.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs. 4 FLAG unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2 Bundesabgabenordnung (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 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. die Erkenntnisse des VwGH vom 2.6.2004, 2001/13/0160, vom 20.6.2000, 98/15/0016).

Der Sohn der Bw. hat die Schule in Österreich im Jänner 2003 beendet und am 29. Mai 2003 in Polen die Reifeprüfung abgelegt.

Entgegen den Behauptungen der Bw. nimmt es der unabhängige Finanzsenat als erwiesen an, dass sich der Sohn im Zeitraum von Februar bis Ende Mai 2003 tatsächlich ständig in Polen aufgehalten hat. Dies geht auch aus der Berufung hervor, in die die Bw. ausführt, ihr Sohn habe den restlichen Unterricht in Polen absolvieren und zur Maturaprüfung antreten müssen. Ohne Aufenthalt in Polen wäre es nicht möglich gewesen, den dortigen Unterricht mit insgesamt 16 obligatorischen Fächern zu besuchen und die Matura abzulegen.

Die Bw. selbst führt im Vorlageantrag vom 22. März 2004 an, dass ihr Sohn nach der Matura keiner Beschäftigung nachgegangen ist, weshalb auch aus diesem Grund jedenfalls ab Juni 2003 kein Anspruch auf Familienbeihilfe mehr besteht.

Das Finanzamt hat somit zu Recht die Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für den Zeitraum Februar bis September 2003 rückgefordert, weshalb der Berufung nur im Rahmen der Berufungsvorentscheidung entsprochen werden konnte.

Wien, am 7. September 2005