



## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch Dr. Herbert Eisserer, Rechtsanwalt, 1180 Wien, Jörgerstraße 14, gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 8., 16. und 17. Bezirk betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen entschieden:

Der Berufung wird teilweise stattgegeben.

Der angefochtene Bescheid wird abgeändert.

Die Rückforderung beträgt insgesamt € 10.119,40.

Die Bemessungsgrundlagen sind der Berufungsvorentscheidung vom 10. Dezember 2003 zu entnehmen, die insoweit einen Teil dieses Bescheidspruchs darstellt.

### **Rechtsbelehrung**

Gegen diese Entscheidung ist gemäß § 291 der Bundesabgabenordnung (BAO) ein ordentliches Rechtsmittel nicht zulässig. Es steht Ihnen jedoch das Recht zu, innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung dieser Entscheidung eine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof oder den Verfassungsgerichtshof zu erheben. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof muss – abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen – von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof muss – abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen – von einem Rechtsanwalt oder einem Wirtschaftsprüfer unterschrieben sein.

Gemäß § 292 BAO steht der Amtspartei (§ 276 Abs. 7 BAO) das Recht zu, gegen diese Entscheidung innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung (Kenntnisnahme) Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof zu erheben.

### **Entscheidungsgründe**

Die Bw. bezog für die Kinder I., geb. am 22.1.1996, G., geb. am 12.4.1995 und D., geb. am 24.2.1988, Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag. Für I. bezog sie vom Jänner bis April 2002 auch den Erhöhungsbetrag wegen erheblicher Behinderung.

Strittig ist nunmehr, ob die Bw. obige Beträge zu Unrecht bezog.

Das Finanzamt erließ am 11. April 2003 einen Rückforderungsbescheid über einen Betrag von € 12.220,23 für die Zeiträume Juni 1999 bis Dezember 2000 sowie Jänner bis April 2002.

Zur Begründung wurde Folgendes ausgeführt:

„Gemäß § 3 Abs. 1 und 2 Familienlastenausgleichsgesetz haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger, Staatenlose oder Flüchtlinge sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie entweder bei einem Dienstgeber beschäftigt sind (kein Anspruch besteht jedoch, wenn die Beschäftigung nicht länger als drei Monate dauert) und aus dieser Beschäftigung Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit beziehen, oder wenn sie sich seit mindestens sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten. Da diese Anspruchsvoraussetzungen jedoch nicht bei Ihnen vorliegen, ist ein Anspruch auf Familienbeihilfe für den obgenannten Zeitraum nicht festzustellen.“

Der steuerliche Vertreter der Bw. erhob mit Schreiben vom 15. Mai 2003 fristgerecht Berufung und führte darin unter anderem aus:

„Insbesondere wurde bei den Einkünften der Witwenpensionsbezug der Kindesmutter vom 01.06.1999 bis 30.11.2001 nicht berücksichtigt. Auch wurde nicht berücksichtigt, dass die Kindesmutter neben dem Witwenpensionsbezug durchaus noch weitere Einkünfte aus nichtselbständiger Tätigkeit bezog. Offensichtlich hat die Behörde lediglich als Grundlage der Entscheidung die im Versicherungsdatenauszug aufscheinenden Einkünfte aus nichtselbständiger Tätigkeit gewertet und den bereits angesprochenen Witwenpensionsbezug außer Acht gelassen.“

Hiezu ist aber festzuhalten, dass ein Witwenpensionsbezug durchaus als Einkünfte gemäß § 3 Abs. 1 FLAG zu werten sind. Schon aus diesem Grund hätte die Behörde die Rechtmäßigkeit des Bezuges der Familienbeihilfe erkennen müssen.

Weiters ist festzuhalten, dass meine Mandantin bei Antragstellung auf Gewährung von Familienbeihilfe die von der Behörde notwendigen Unterlagen vorgelegt hat. Auch hat meine Mandantin auf die Rechtmäßigkeit der Entscheidung der Behörde vertraut. Um so unerklärlicher für meine Mandantin ist es nunmehr, dass die zugesprochenen Familienbeihilfenbeträge nunmehr zu Unrecht erfolgt sein sollen...

Frau Ch. hat vier leibliche Kinder zu versorgen. Alle Kinder benötigen intensive Therapie und Pflege. Beigelegt wird ein ärztliches Attest vom 21.03.2003 von Frau Dr.M.L.. Aus dem Attest ist ersichtlich, dass die Kindesmutter mit der Versorgung ihrer kranken Kinder sehr intensiv beschäftigt und belastet ist. Aufgrund der umfassenden Pflege der Kinder ist es meiner Mandantin auch nur sehr schwer möglich einer geregelten Erwerbstätigkeit nachzugehen. Als Beweis hiefür wird der aktuelle Sozialversicherungsdatenauszug vom 07.05.2003 beigegeben. Demnach bezog Frau Ch. bis 02.04.2003 Wochengeldbezug. Derzeit bezieht Frau Ch. keinerlei Einkünfte.

Das vom steuerlichen Vertreter übermittelte und von Dr.M.L. erstellte ärztliche Attest vom 21.3.2003 wird nicht wiedergegeben, weil es für den Berufungsfall nicht relevant ist. Inhaltlich

geht es in diesem Attest nämlich um die Erkrankung von „vier“ Kindern (das vierte Kind wurde erst am 5. Februar 2003 geboren).

Strittig ist im Berufungsfall aber, ob die Bw. für die Kinder I. , G. und D. die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag zu Recht erhalten hat. Lediglich für das Kind I. wurde die „erhöhte“ Familienbeihilfe von Jänner bis April 2002 bezogen.

Laut einem Versicherungsdatenauszug war die Bw. wie folgt beschäftigt:

|   |  |
|---|--|
| 1.6.1999 – 30.11.2001                           | Witwenpensionsbezug  |
| 22.6.1999 – 20.8.1999                           | Arbeiterin<br>Ö.V...   |
| 1.9.1999 – 7.9.1999                             | Arbeiterin<br>K.   |
| 5.10.1999 – 8.10.1999                           | Arbeiterin<br>O..  |
| 17.2.2000 – 10.4.2000                           | Arbeiterin<br>Urlabsabfindung, Urlaubsentschädigung<br>P.        |
| 16.5.2000 – 24.7.2000                           | Arbeiterin<br>H. ...   |
| 13.7.2000 – 31.8.2000<br>27.9.2000 – 31.10.2000 | Arbeiterin<br>P.   |
| 5.11.2000 – 11.12.2000                          | Arbeiterin<br>H.K.   |
| 1.1.2001 – 30.11.2001                           | KV-Pflichtversicherung<br>Wiener Gebietskrankenkasse Sammelkonto |
| 23.3.2001 – 6.12.2001                           | Arbeiterin<br>Urlabsabfindung, Urlaubsentschädigung<br>C..       |
| 18.12.2001 – 6.5.2002                           | Arbeitslosengeldbezug  |
| 7.5.2002 – 13.8.2002<br>14.8.2002 – 2.4.2003    | Arbeiterin<br>Wochengeldbezug<br>C. .                            |
| 5.2.2003 – 2.4.2003                             | Anspruch auf Kinderbetreuungsgeld                                |
| 3.4.2003 – laufend                              | Bezug von Kinderbetreuungsgeld<br>Wiener Gebietskrankenkasse     |

Das Finanzamt erließ am 10. Dezember 2003 eine Berufungsvorentscheidung, mit welcher der Berufung teilweise stattgegeben und der Rückforderungsbetrag auf € 10.119,40 reduziert wurde.

Zur Begründung wurde ausgeführt:

„Gemäß § 3 Abs. 1 FLAG (Familienlastenausgleichsgesetz) haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger, Staatenlose oder Flüchtlinge sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie entweder bei einem Dienstgeber beschäftigt sind und aus dieser Beschäftigung Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit oder zufolge einer solchen Beschäftigung Bezüge aus der gesetzlichen Krankenversicherung im Bundesgebiet beziehen; kein Anspruch besteht jedoch, wenn die Beschäftigung nicht länger als drei Monate dauert. Kein Anspruch besteht außerdem, wenn die Beschäftigung gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer verstößt.

Aus der Wortfolge „Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit“ ergibt sich, dass zur Prüfung der Qualifikation einer Tätigkeit das Einkommensteuergesetz 1988 heranzuziehen ist. Demzufolge ist bei

der Prüfung der Frage, ob die Voraussetzungen nach § 3 Abs. 1 erster Satz vorliegen, wesentlich, dass jemand als Arbeitnehmer im Sinne der einkommensteuerrechtlichen Bestimmungen anzusehen ist. Eine weitere wesentliche Voraussetzung ist, dass die Beschäftigung im Inland ausgeübt wird. Ob die Beschäftigung bei einem in- oder ausländischen Dienstgeber ausgeübt wird, ist hierbei unerheblich.

Unter dem Begriff „Bezüge aus der gesetzlichen Krankenversicherung“ sind im Allgemeinen Geldleistungen zu verstehen. Auf Sachleistungen aus der gesetzlichen Krankenversicherung kann daher ein Anspruch auf Familienbeihilfe nicht gestützt werden.

Nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut kann ein Anspruch auf Familienbeihilfe entweder auf eine Beschäftigung bei einem Dienstgeber im Bundesgebiet oder darauf gestützt werden, dass Bezüge aus der gesetzlichen Krankenversicherung im Inland bezogen werden. Leistungen aus der gesetzlichen Unfallversicherung, Pensionsversicherung oder Arbeitslosenversicherung begründen dagegen keine Anspruchsvoraussetzungen.

Das Erfordernis einer drei Monate übersteigenden Beschäftigungsdauer ist nur dann erfüllt, wenn eine geschlossene Beschäftigungszeit vorliegt. Als Beschäftigung ist ein tatsächliches Verhältnis anzusehen, welches durch die Zugehörigkeit zu einem Betrieb zum Zwecke der Arbeitsleistung charakterisiert wird (VwGH-Erkenntnis vom 3. Dezember 1959, Zl. 563/57, Arb.Slg.Nr. 7156). Nach einer geschlossenen Beschäftigungszeit von mindestens drei Monaten besteht Anspruch auf Familienbeihilfe ab Beginn des Kalendermonats, in dem die Beschäftigung begonnen wurde (§ 10 Abs. 2). Ein Wechsel des Dienstgebers wird dann nicht als Unterbrechung anzusehen sein, wenn die Arbeitsaufnahme beim neuen Dienstgeber unmittelbar an die Beendigung der Beschäftigung beim früheren Dienstgeber anschließt. Als „unmittelbar“ kann in diesem Zusammenhang ein Zeitraum bis zu einer Woche angesehen werden.

Eine Unterbrechung der Beschäftigung hat zur Folge, dass die Wartefrist ab dem Zeitpunkt der Wiederaufnahme der Beschäftigung von neuem zu laufen beginnt. Eine Unterbrechung der Beschäftigung hat auch das Erlöschen eines bereits bestehenden Anspruches auf Familienbeihilfe zur Folge.

Gemäß § 3 Abs. 2 FLAG gilt Abs. 1 nicht für Personen, die sich seit mindestens sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten sowie für Staatenlose und Flüchtlinge im Sinne des Artikels 1 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951, BGBl.Nr. 55/1955, und des Protokolls über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, BGBl.Nr. 78/1974.

Demnach genügt ein inländischer Wohnsitz allein auch dann nicht, wenn er bereits vor mehr als 60 Kalendermonaten im Bundesgebiet begründet wurde. Es ist vielmehr erforderlich, dass ein mindestens fünfjähriges ständiges Verweilen im Inland nachgewiesen wird. Kurzfristige Aufenthalte im Ausland (Urlaub, Besuche) werden hiebei nicht als eine Unterbrechung des ständigen Aufenthaltes anzusehen sein.

Gemäß § 33 Abs. 4 Z. 3 lit. c bzw. lit. a Einkommensteuergesetz 1988 steht dem Steuerpflichtigen, dem auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe im Jahr 1999 ein Kinderabsetzbetrag von monatlich 475 S für das erste Kind, 650 S für das zweite Kind und 825 S für jedes weitere Kind bzw. ab dem Jahr 2000 ein Kinderabsetzbetrag von monatlich 50,90 € (700 S) für jedes Kind zu. Für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, steht kein Kinderabsetzbetrag zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes anzuwenden.

Gemäß § 10 Abs. 2 FLAG wird die Familienbeihilfe vom Beginn des Monats gewährt, in dem die Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt werden. Der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschlussgrund hinzukommt.

Unbestritten ist, dass Sie sich seit 10.6.1998 ständig im Bundesgebiet aufhalten.

Auf Grund der Ihres am 14.3.2003 beim hierortigen Finanzamt eingebrachten Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für Ihren am 5.2.2003 geborenen Sohn A. durchgeführten Erhebungen wurde festgestellt, dass Sie im strittigen Zeitraum (6/1999 – 12/2000 und 1/2002 – 4/2002) in der Zeit vom 22.6.1999 bis 20.8.1999 beim Ö.V.; vom 1.9.1999 bis 7.9.1999 bei der K.; vom 5.10.1999 bis 8.10.1999 bei der A.GmbH; vom 17.2.2000 bis 10.4.2000, vom 13.7.2000 bis 31.8.2000 und vom 27.9.2000 bis 31.10.2000 bei der A.P.G.; vom 16.5.2000 bis 24.7.2000 im Spital und vom 5.11.2000 bis 11.12.2000 bei der H.K. beschäftigt waren, sodass eine Anspruchsvoraussetzung nach oben zitierten Bestimmungen des § 3 FLAG nur für die Monate Mai 2000 bis einschließlich August 2000

vorgelegen ist. In der Zeit vom 1.6.1999 bis 30.11.2001 bezogen Sie Leistungen aus der gesetzlichen Pensionsversicherung und vom 18.12.2001 bis 6.5.2002 Leistungen aus der gesetzlichen Arbeitslosenversicherung, die jedoch keine Anspruchsvoraussetzungen nach § 3 Abs. 1 FLAG begründen.

Es war daher wie im Spruch zu entscheiden.

Zu Ihrem Ansuchen, von der Rückforderung des zu Unrecht bezogenen Betrages abzusehen, muss bemerkt werden, dass diese Bestimmung des § 26 Abs. 4 FLAG nur vor der bescheidmäßigen Feststellung der Rückzahlung herangezogen werden kann, eine diesbezügliche Anwendung aber nach Erstellung des Bescheides nicht mehr möglich ist.

Der steuerliche Vertreter der Bw. stellte mit Schreiben vom 11. Februar 2002 den Antrag auf Entscheidung durch die Abgabenbehörde II. Instanz. Inhaltlich werde die Begründung der Berufungsvorentscheidung "vorsichtshalber bestritten". Die Bemerkung der Behörde, dass die Bestimmung des § 26 Abs. 4 FLAG nur vor der bescheidmäßigen Feststellung der Rückzahlung herangezogen werden könne, sei unrichtig.

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

Bezüglich der gesetzlichen Voraussetzungen für den Bezug von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen wird auf die ausführliche Begründung des Finanzamtes in der Berufungsvorentscheidung vom 10. Dezember 2003 verwiesen.

Der unabhängige Finanzsenat teilt die in der Berufungsvorentscheidung dargelegte Rechtsmeinung.

Was die Ausführungen des steuerlichen Vertreters in der Berufung vom 15. Mai 2003 betrifft, dass ein Witwenpensionsbezug durchaus als Einkünfte gemäß § 3 Abs. 1 FLAG zu werten ist, wird dazu Folgendes ausgeführt:

Aus dem klaren Gesetzeswortlaut ergibt sich, dass eine Beschäftigung bei einem Dienstgeber im Bundesgebiet Anspruchsvoraussetzung ist. Nun kann aber ein Pensionsbezug keinesfalls als "Beschäftigung" qualifiziert werden.

Die Bw. hat somit die Familienbeihilfe, den Kinderabsetzbetrag sowie bei dem Kind I. zusätzlich den Erhöhungsbetrag für den Zeitraum Jänner bis April 2002 zu Unrecht bezogen, weshalb die Bestimmungen des § 26 Abs. 1 FLAG in Verbindung mit § 33 Abs. 4 Z. 3 lit. a bzw. lit. c EStG 1988 zur Anwendung kommen, wonach die Bw. die zu Unrecht bezogenen Beträge zurückzuzahlen hat.

Was die Ausführungen des steuerlichen Vertreters „... *hat meine Mandantin auf die Rechtmäßigkeit der Entscheidung der Behörde vertraut. Um so unerklärlicher für meine Mandantin ist es nunmehr, dass die zugesprochenen Familienbeihilfenbeträge nunmehr zu unrecht erfolgt sein sollen*“ betrifft, wird – wie schon in der Berufungsvorentscheidung – darauf verwiesen, dass erst im Zuge von durchgeführten Erhebungen betreffend den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für den am 5.2.2003 geborenen Sohn A. festgestellt wurde, dass für den strittigen Zeitraum (Juni 1999 bis Dezember 2000 und Jänner 2002 bis

April 2002) die Anspruchsvoraussetzung nur für die Monate Mai 2000 bis einschließlich August 2000 vorgelegen ist.

Aus § 26 Abs. 1 FLAG ergibt sich eine objektive Erstattungspflicht desjenigen, der die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat (vgl. zB VwGH 13.3.1991, 90/13/0241). Der Rückforderung würde es selbst nicht entgegen stehen, wenn der unrechtmäßige Bezug ausschließlich durch eine unrichtige Auszahlung durch das Finanzamt verursacht worden wäre (vgl. zB VwGH 25.1.2001, 2000/15/0183). Auch die Rechtsansicht des Finanzamtes, eine Anweisung iSd § 26 Abs. 4 FLAG sei nur vor Erlassung des Rückforderungsbescheides zulässig, ist zutreffend (vgl. hierzu VwGH 16.2.1988, 85/14/0130).

Aus diesen Gründen konnte der Berufung nur teilweise im Sinn der Berufungsvorentscheidung stattgegeben werden.

Wien, am 21. Juni 2004