



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 15. März 2010 gegen den Bescheid des Finanzamtes Braunau Ried Schärding vom 15. Februar 2010 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für das Kind x, für die Zeit von Jänner 2010 bis März 2010 in Höhe von insgesamt € 513,30 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Das Finanzamt hat mit Bescheid vom 15.2.2010 die Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag für die Tochter des Berufungswerbers für die Zeit von Jänner 2010 bis März 2010 in Höhe von insgesamt € 513,30 (FB: € 338,10; KAB: € 175,20) unter Hinweis auf § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 zurückgefordert. Die Tochter lebe seit Mitte Dezember 2009 nicht mehr im Haushalt des Berufungswerbers.

Die dagegen eingebrachte Berufung vom 15.3.2010 wird wie folgt begründet:

„Mein Kind hat seinen Hauptwohnsitz in O.. Der Mittelpunkt der Lebensinteressen ist in xx. Unser Kind wird aber zeitweise in Polen betreut, weil wir wollen, dass unser Kind zweisprachig aufwächst. Die Betreuungskosten in Polen werden von uns übernommen. Unser Kind lebt den Großteil des Jahres in unserem Haushalt. Am 25.01.2010 haben wir unser neues Haus bezogen und war natürlich auch unsere Tochter im neuen Haus.“

Von der zuständigen Bezirkshauptmannschaft wurde dem Finanzamt am 21.5.2010  
Nachstehenden mitgeteilt:

„In der Beilage übersende ich Ihnen eine Übersetzung der Obsorgeregelung die zwischen den Kindeseltern KE. und der nunmehr Obsorgeberechtigten Frau yyy in der Anwaltskanzlei des Rechtsanwalts Z. in Polen abgeschlossen wurde. Aus dieser Vereinbarung geht hervor, dass die Mj. dauernd in Polen verbleiben soll.

Nach Rücksprache mit der Marktgemeinde xx wird voraussichtlich eine Abmeldung der Mj. von Amts wegen erfolgen, da der Kindsvater Ab-bzw. Anmeldung zu einem Zeitpunkt erledigt hat wo er bereits nicht mehr obsorgeberechtigt war. Das Melderegister wird von Amts wegen berichtet. Die mj. xxx wäre derzeit im letzten Kindergartenjahr vor ihrer Einschulung, dass heißt im Pflichtjahr. Der Kindergarten in xx ist ein Gemeindekindergarten und die Mj. war heuer nie im Kindergarten - sie hält sich tatsächlich nicht in xx auf, sodass ein Lebensmittelpunkt in xx keinesfalls gegeben ist.“

Beilage:

#### ÜBERSETZUNG AUS DER POLNISCHEN SPRACHE

Polen, 6. Jänner 2010

Am heutigen Tag sind in der Anwaltskanzlei des Rechtsanwalts Z. in Polen erschienen - persönlich mir bekannte KM. und ihr Ehemann A., ausgewiesen mit Reisepässen, wobei was KM. betrifft - wird sie mit einem polnischen Reisepass Nr. und A. mit einem österreichischen Reisepass 111 ausgewiesen. Als ihr Wohnsitz geben sie xxxx, Österreich.

Erschienen ist auch die Schwester von KM. – Schwester, wohnhaft ul. G..

Das Ehepaar EP. hat ein minderjähriges Kind yyyyy, das einen österreichischen Pass 1111 besitzt.

Die Eltern der minderjährigen Mj. erklären Ihre Zustimmung dazu, dass ihr Kind in der Obsorge von yyy verbleibt, dass diese künftig für das Kind sorgt, und dass sie die Minderjährige unter Umsetzung der Schulpflicht in ihre Obsorge übernimmt.

Die Minderjährige versteht gut die polnische Sprache, sie akzeptiert das Verbleiben bei ihrer Tante, wobei von allen an dieser Handlung teilnehmenden Erwachsenen festgestellt wird, dass die gegenständliche Vereinbarung nichts mit der Kindesentführung zu tun hat, dass die vorgenommenen Handlungen nur dem Wohl des Kindes während der Abwesenheit der Eltern dienen und alle davon überzeugt sind, dass dem Kind dadurch kein Unrecht zugefügt wird, und A. nach Kenntnisnahme dieses Schreibens erklärt, dass er den Inhalt dieses Schreibens versteht, wobei er sich vor der Unterfertigung dieses Schreibens in der gegenständlichen Angelegenheit mit Frau M.G. unterhalten hat, die über ausgezeichnete Deutschkenntnisse

verfügt und die ihn -um Vorbehalte zu vermeiden -über die wesentlichen Umstände dieser Angelegenheit belehrt hat.

Am, heutigen Tag werden die persönlichen Sachen der Minderjährigen, sowie der Reisepass des Kindes an yyy von den Eltern der Minderjährigen ausgefolgt. Die obigen Umstände werden von den Anwesenden mit eigenhändigen Unterschriften bescheinigt.“

Mit Berufungsvorentscheidung vom 25.5.2010 hat das Finanzamt die Berufung als unbegründet abgewiesen:

Begründung:

„Ihre Tochter xxx befindet sich seit Mitte Dezember 2009 nicht mehr in Ihrem Haushalt. In der Obsorgeregelung zwischen den Kindeseltern KE. und der nunmehr Obsorgeberechtigten yyy vom 6.1.2010 wurde vereinbart, daß die mj xxx DAUERND in Polen verbleiben soll. xxx wäre derzeit im letzten Kindergartenjahr vor ihrer Einschulung, das heißt im Pflichtjahr. Im Gemeindekindergarten xx war J. jedoch nie, sie hält sich daher tatsächlich nicht in xx auf, sodass ein Lebensmittelpunkt in xx keinesfalls gegeben ist.“

Im Vorlageantrag vom 31.1.2011 wird Folgendes angeführt:

„Die in der Berufungsvorentscheidung angeführte Begründung entspricht nicht der Richtigkeit. Unser Haushalt ist zwar noch überwiegend in Österreich jedoch auch genauso in Polen dies jedoch ist laut Begründung gemäß § 2 Abs. 2 auf dem Rückforderungsbescheid vom 15.02.2010 nicht zwingend notwendig. Auch kann man keinen Rückschluss auf den Aufenthalt meiner Tochter über das Datum einer Vereinbarung treffen. Da das Kind unter Gewaltanwendung und Falschaussagen aus Österreich vertrieben wurde und zum Schutze des Kindes gegen weitere Übergriffe im Kindergarten und ev. der Schule die von Amtswegen vertuscht werden hat unsere Tochter auf Grund Ihrer Doppelstaatsbürgerschaft auch die Möglichkeit eine Auslandsschule zu besuchen. Deshalb leben wir auch gemeinsam in Polen oder Österreich. Sowie ich das Schulische Bildungsniveau in Polen deutlich höher einschätze. Da ich überwiegend für die kosten im Ausland aufkomme habe ich auch Anspruch auf Familienbeihilfe. Wenn Sie von einer Obsorgeregelung sprechen entspricht dies nicht der Richtigkeit. Es existiert lediglich eine Erklärung darüber dass sich Frau K. während unserer Abwesenheit in Polen um meine Tochter kümmern muss und Sie auch das Recht hat unsere Tochter rechtlich zu vertreten. Z.B. Entscheidungen nach einem Unfall zu treffen oder bei Arztbesuchen und in der Schule. Nach Polnischem Gesetz kann ein Kind nur über eine gerichtliche Entscheidung in Obsorge gegeben werden und etwas derartiges existiert weder in Polen noch in Österreich, auch wenn einige das gern härten.  
Es ist Außerdem auch in Österreich ein so genanntes Pflichtjahr nicht zwingend im Kindergarten zu absolvieren da nach Antrag auch eine häusliche Schulung zulässig ist. Richtig

ist dass meine Tochter die Grundschule in Polen beenden wird um nicht nochmals hier als Ausländer diskriminiert zu werden, dies ist jedoch kein Grund für die Aberkennung der Familienbeihilfe.“

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

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. a FLAG 1967 haben Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben.

Nach § 2 Abs. 2 FLAG 1967 hat Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört. 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.

Kinder einer Person im Sinne dieses Abschnittes sind zufolge § 2 Abs. 3 FLAG 1967

- a) deren Nachkommen,
- b) deren Wahlkinder und deren Nachkommen,
- c) deren Stiefkinder,
- d) deren Pflegekinder (§§ 186 und 186a des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches).

Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind nach § 2 Abs. 5 FLAG 1967 dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt.

§ 53 Abs. 1 FLAG 1967 lautet:

"Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) sind, soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt. Hierbei ist der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten."

Auf Basis der dargestellten Rechtslage lässt sich zusammenfassend folgendes festhalten:

§ 2 FLAG 1967 legt die allgemeinen Voraussetzungen fest, unter denen einer Person ein Anspruch auf Familienbeihilfe in Österreich zusteht. Um Familienbeihilfe für minderjährige Kinder zu erhalten, ist es zunächst erforderlich, in Österreich einen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt zu haben. Zudem räumt das Gesetz den Anspruch auf Familienbeihilfe primär demjenigen ein, zu dessen Haushalt das Kind gehört. Darüber hinaus

fordert § 5 Abs. 3 FLAG 1967 auch für die anspruchsvermittelnden Kinder einen ständigen Aufenthalt in Österreich. Innerstaatlich gebührt Familienbeihilfe gemäß § 4 FLAG 1967 weiters nur insofern, als kein gleichartiger Anspruch im Ausland besteht.

Der Aufenthalt des Kindes in Polen wäre für den österreichischen Beihilfenanspruch nicht schädlich.

Zu beachten ist auch die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (im folgenden VO Nr. 1408/71) zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Grund des hier gegebenen länderübergreifenden Sachverhalts. Schließlich bezieht der Berufungswerber in Österreich eine Rente und ein Wohnsitz befindet sich laut Angaben des Berufungswerbers auch in Polen.

Als Familienangehöriger gilt nach Art. 1 Buchstabe f sublit. i der VO Nr. 1408/71 jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Familienangehöriger bestimmt, anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet ist; wird nach diesen Rechtsvorschriften eine Person jedoch nur dann als Familienangehöriger oder als Haushaltangehöriger 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.

Der Angehörigenbegriff kann in den einzelnen Rechtsvorschriften unterschiedlich definiert sein. Es kommt daher jeweils auf jenen Normenkomplex an, aus dem der erhobene Anspruch abgeleitet wird. Das FLAG 1967 spricht in diesem Zusammenhang nicht von Familienangehörigen, sondern stellt auf den gemeinsamen Haushalt ab. Die Bestimmung des § 2 FLAG 1967 sieht einen Beihilfenanspruch primär für die haushaltzugehörigen Kinder vor.

Wie aus der Vereinbarung in der Anwaltskanzlei vom 6.1.2010 eindeutig hervorgeht, gaben der Berufungswerber und seine Ehegattin die Zustimmung dazu, dass ihr Kind in der Obsorge der Tante verbleibt, dass diese künftig für das Kind sorgt, und dass sie die Minderjährige unter Umsetzung der Schulpflicht in ihre Obsorge übernimmt.

Weiters wurden am diesen Tag die persönlichen Sachen der Minderjährigen, sowie der Reisepass des Kindes an die Tante vom Berufungswerber und seiner Ehegattin ausgefolgt.

Somit kann jedoch keinesfalls von einer Haushaltzugehörigkeit des Kindes zum Berufungswerber und seiner Ehegattin ausgegangen werden. Zudem erscheint auch eine überwiegende Tragung der Unterhaltskosten des Kindes durch den Berufungswerber auf Grund dieser Vereinbarung ausgeschlossen, da die Tante für das Kind zu sorgen hat.

Aus den angeführten Gründen war daher wie im Spruch zu entscheiden.

Linz, am 3. August 2012