



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Herrn Dipl. Ing. O in XY, vertreten durch Dr. Zandel und Dr. Grundei, Rechtsanwälte, 1010 Wien, Kohlmarkt 11/5, vom 10. Juni 2006 gegen den Bescheid des Finanzamtes Graz-Stadt vom 7. Juni 2006 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. Dezember 2001 bis 28. Februar 2006 entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der Bescheid betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge wird abgeändert.

Die Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge für den Zeitraum Dezember 2001 bis September 2004 werden nicht rückgefordert.

Entscheidungsgründe

Im Zuge der Überprüfung des Anspruches auf Gewährung der Familienbeihilfe stellte das Finanzamt Graz-Stadt fest, dass sich die Gattin und die Tochter des Berufungswerbers seit November 2001 nicht mehr in Österreich aufhalten.

Mit Bescheid vom 7. Juni 2006 wurden vom Finanzamt Graz-Stadt die Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für die Tochter A von Dezember 2001 bis Februar 2006 rückgefordert. Begründet wurde der Bescheid damit, dass die Tochter des Berufungswerbers seit November 2001 nicht mehr in Österreich lebt.

In der dagegen fristgerecht eingebrachten Berufung führte der Berufungswerber Folgendes aus:

Der Bescheid über die Rückforderung angeblich zu Unrecht bezogener Beträge wird damit begründet, dass meine Tochter A seit November 2001 nicht mehr in Österreich lebt. Eine nähere Begründung, wie die Behörde zu dieser Feststellung kommt ist dem Bescheid nicht zu entnehmen, sodass eine Überprüfung der Richtigkeit dieser Feststellung überhaupt nicht möglich ist.

Die Annahme der Behörde, dass meine Tochter seit November 2001 nicht mehr in Österreich lebt ist unrichtig. Ich bin bei der Firma X beschäftigt und wurde im September 2001 in die Niederlassung in Győr nach Ungarn entsandt. Ich erhielt einen mit 3 Jahren befristeten Vertrag also bis September 2004. Zu diesem Zeitpunkt war ich gerade auf Wohnungssuche und habe im September 2001 eine Wohnung in XY , gekauft die heute noch in meinem Eigentum steht. Nach Antritt meines Dienstes in Győr habe ich selbst im Ausland gewohnt, meine Frau und meine Tochter blieben in Österreich. Ich bin jeweils am Wochenende von meinem Dienort in Ungarn nach Graz gependelt.

Nach Ablauf des 3-jährigen Entsendungsvertrages nach Győr war an sich vorgesehen, dass ich wieder nach Graz zurückkehre. Da mein Dienstgeber den Vertrag jedoch um weitere 3 Jahre, also von September 2004 bis September 2007, verlängerte, habe ich mich entschlossen, meine Familie nach Ungarn zu holen. Tatsächlich lebt also meine Tochter A erst seit September 2004 nicht in Österreich. Das Rückzahlungsbegehren besteht damit zumindest für diesen Zeitraum nicht zu Recht.

Ein Rückforderungsanspruch besteht daher frühestens ab Oktober 2004 zu Recht. Dies entspricht zwar dem Familienlastenausgleichsgesetz (§§ 2 und 5), da der Bezug der Familienbeihilfe an einen Wohnsitz oder einen ständigen Aufenthaltsort in Österreich gekoppelt ist entspricht aber nicht den EU-Richtlinien bzw. Verordnungen über die Freizügigkeit. Die gesetzliche Bestimmung widerspricht der Wanderarbeitnehmerverordnung die mit Verordnung des Rates vom 14.03.2003 auch auf Drittstaatsangehörige ausgedehnt worden ist. Die Rückforderung der Beträge ab Oktober 2004 mag zwar der österreichischen Rechtslage entsprechen, ist aber EU-widrig.

Da der angefochtene Bescheid somit zu unrecht erlassen wurde stelle ich Berufungsanträge:

Die Berufungsbehörde wolle in Stattgebung meines Rechtsmittels den angefochtenen Bescheid des Finanzamtes Graz-Stadt vom 7.6.2006, GZ 272/4463 6680 030752, ersatzlos beheben in eventuelle Rückzahlung auf den Zeitraum Oktober 2004 bis Februar 2006 beschränken. Nur vorsichtshalber und in eventuelle beantrage ich die Aufhebung des angefochtenen Bescheides und Rückverweisung an die Behörde 1. Instanz zur neuerlichen

Bescheidfällung nach Verfahrensergänzung.

Gleichzeitig beantrage ich die Einhebung der vorgeschriebenen Beträge gemäß § 212 a BAO bis zur Entscheidung über die Berufung auszusetzen. Die Rückzahlung des Betrages würde für mich eine Unverhältnismäßigkeit darstellen, da der Berufung zumindest für den Zeitraum September 2001 bis September 2004 Erfolg beschieden sein wird. Die Einbringlichkeit der Forderung der Republik ist jedenfalls gegeben, da ich seit vielen Jahren in leitender Position bei einem angesehenen österreichischen Unternehmen tätig bin.

Am 29. März 2007 erließ das Finanzamt eine abweisende Berufungsvorentscheidung. In der Begründung verwies das Finanzamt zusammenfassend darauf, dass das Dateiblatt des Kinderarztes in Graz mit zehn Untersuchungen und eine ambulante Behandlung des Kindes in der Kinderklinik Graz im strittigen Zeitraum nicht als Nachweis anerkannt werden konnte, dass ein ständiger Aufenthalt in Österreich gegeben war zumal bekannt war, dass A auch während des Schulbesuches in Ungarn ab Herbst 2004 in kinderärztlicher Behandlung in Graz gestanden hat.

Mit Schreiben vom 30. April 2007 brachte der Berufungswerber den Antrag auf Entscheidung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz ein.

Das Finanzamt Graz-Stadt legte die Berufung mit Bericht vom 14. Mai 2007 dem unabhängigen Finanzsenat zu Entscheidung vor.

Über die Berufung wurde erwogen:

Nach § 3 Abs. 1 FLAG 1967 haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet bei einem Dienstgeber beschäftigt sind und aus dieser Beschäftigung Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit oder zufolge einer solchen Beschäftigung Bezüge aus der gesetzlichen Krankenversicherung 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.

Abs. 2 dieser Gesetzesstelle normiert, dass Abs. 1 für Personen nicht gilt, die sich seit mindestens sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten, sowie für Staatenlose und Flüchtlinge im Sinne des Art. I 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.

Weiters bestimmt § 3 Abs. 3 FLAG 1967, dass es für den Anspruch des Elternteiles, der den Haushalt überwiegend führt (§ 2a Abs. 1 FLAG 1967) und der nicht österreichischer

Staatsbürger ist, auf Familienbeihilfe genügt, wenn der andere Elternteil österreichischer Staatsbürger ist oder die Voraussetzungen nach Abs. 1 oder 2 erfüllt.

zu § 3 Abs. 1 FLAG:

Im vorliegenden Fall stand der Berufungswerber im streitgegenständlichen Zeitraum nach den Feststellungen des Finanzamtes in einem Dienstverhältnis mit der Firma X.

Zudem ist nach dem eindeutigen und klaren Inhalt der Gesetzesbestimmung eindeutig davon auszugehen, dass nach dieser nur für Zeiträume eines aufrechten (länger als drei Monate andauernden und gesetzeskonformen) Dienstverhältnisses oder des Bezuges von Krankengeld aus einer gesetzlichen Sozialversicherung (unter Berücksichtigung der Bestimmung des § 10 Abs. 2 FLAG 1967) ein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht.

zu § 3 Abs. 2 FLAG:

Unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 FLAG 1967 besteht nach § 3 Abs. 2 FLAG 1967 für nicht österreichische Staatsbürger ein Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich seit mindestens 60 Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten oder sie Staatenlose oder Flüchtlinge nach den im Gesetz angeführten Bestimmungen anzusehen sind. Unstrittig ist, dass der Berufungswerber weder Staatenloser noch Flüchtling im Sinne dieser Bestimmung ist. Unbestritten ist weiters, dass er im Juni 1996 in Österreich wohnhaft geworden ist und laufend in Österreich beschäftigt war.

Gemäß § 2 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe, für minderjährige Kinder sowie für volljährige Kinder, die das 26. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist. Bei volljährigen Kindern, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992, BGBl. Nr. 305, genannte Einrichtung besuchen, ist eine Berufsausbildung nur dann anzunehmen, wenn sie die vorgesehene Studienzeit pro Studienabschnitt um nicht mehr als ein Semester oder die vorgesehene Ausbildungszeit um nicht mehr als ein Ausbildungsjahr überschreiten.

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. 8 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.

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

Gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 in der zum Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides geltenden Fassung hat, wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen, soweit der unrechtmäßige Bezug nicht ausschließlich durch eine unrichtige Auszahlung durch eine in § 46 FLAG 1967 genannte Gebietskörperschaft oder gemeinnützige Krankenanstalt verursacht worden ist.

Gemäß § 33 Abs. 4 Z 3 lit. a EStG 1988 steht einem Abgabepflichtigen für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, kein Kinderabsetzbetrag zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 FLAG 1967 anzuwenden.

Nach der Rechtsprechung zu § 3 Abs. 2 FLAG 1967 und des § 5 Abs. 3 bzw. Abs. 4 FLAG 1967 ist der verwendete Begriff "ständiger Aufenthalt" gleichzusetzen mit dem Begriff "Aufenthalt" im Sinne des § 26 BAO (vgl. VwGH 13.10.1982, 82/13/0135, VwGH 7.6.2001, 98/15/0025). Nach § 26 Abs. 2 BAO hat jemand den gewöhnlichen Aufenthalt dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt. Der gewöhnliche Aufenthalt verlangt daher grundsätzlich eine körperliche Anwesenheit. Daraus folgt, dass eine natürliche Person nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben kann (VwGH 30.7.1992, 89/17/0072). Nur vorübergehende Abwesenheiten unterbrechen das Verweilen und damit den gewöhnlichen Aufenthalt nicht (VwGH 13.12.1982, 17/1603/80).

In diesem Zusammenhang ist entscheidend, dass die Bestimmung des § 26 Abs. 2 BAO das Vorliegen äußerer Umstände verlangt, die erkennen lassen, dass das Verweilen am Aufenthaltsort oder im Aufenthaltsland nicht nur ein vorübergehendes ist. Die persönliche Absicht einer Person zählt nicht zu den Tatbestandsmerkmalen des § 26 Abs. 2 BAO. Es ist somit ein auf die Begründung oder Aufgabe eines gewöhnlichen Aufenthaltes gerichteter Wille nicht von Bedeutung, allein die äußeren Merkmale sind entscheidend (Stoll, BAO Kommentar, Orac Verlag, Wien 1994, § 26, S 336). Abwesenheiten, die nach den Umständen des Falles nur als vorübergehend anzusehen sind, unterbrechen nicht den Zustand des Verweilens und daher auch nicht den gewöhnlichen Aufenthalt. Demgegenüber wird der Aufenthalt in einem Land wohl jedenfalls unterbrochen, wenn in einem anderen Land ein gewöhnlicher Aufenthalt

begründet wird (eine natürliche Person kann nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben). Eine Mindestverweildauer außerhalb Österreichs, welche zwangsläufig zu einer Beendigung des gewöhnlichen Aufenthaltes in Österreich und zur Begründung eines gewöhnlichen Aufenthaltes in einem anderen Land führt, kann dabei nicht schematisch festgelegt werden. So kann ein gewöhnlicher Aufenthalt einerseits bei einer kürzer als sechsmonatigen Aufenthaltsdauer vorliegen, sofern Umstände vorliegen, die erkennen lassen, dass es sich nicht nur um ein vorübergehendes Verweilen handelt. Andererseits kann aber auch bei einem sieben- bis achtmonatigem Aufenthalt in einem (anderen) Land nicht schon allein auf Grund der Dauer von einem ständigen Aufenthalt in diesem Land gesprochen werden (VwGH 19.10.1993, 93/14/0118).

Im vorliegenden Berufungsfall ist nach Erhebungen durch den unabhängigen Finanzsenat (Niederschrift über die Befragung der unmittelbaren Nachbarin, Frau H, und Einholung der Stromabrechnungen der Vormieterin, der des Berufungswerbers und des Nachmieters) klar erkennbar geworden, dass sich die Gattin und die Tochter des Berufungswerbers überwiegend in der Wohnung aufgehalten haben.

Die Erhebungsergebnisse wurden der Vertreterin des Finanzamtes im Erörterungsgespräch am 14. Jänner zur Kenntnis gebracht.

Der Berufung war daher, wie im Spruch angeführt, stattzugeben.

Graz, am 30. Jänner 2008