



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Berufungswerbers, Wohnort, Straße, vertreten durch die Landarbeiterkammer Tirol, Brixner Straße 1, 6020 Innsbruck, vom 10. April 2009 gegen die Bescheide des Finanzamtes FA vom 12. März 2009 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen entschieden:

Der Berufung wird im Ausmaß der Berufungsvorentscheidung teilweise Folge gegeben, der bekämpfte Sammelbescheid wird im Umfang der stattgebenden Erledigung aufgehoben.

Im Übrigen wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

Hinsichtlich der betroffenen Kinder, der betroffenen Zeiträume, der Zusammensetzung und der Höhe der Rückzahlungsverpflichtung sowie der Fälligkeit wird auf die Ausführungen in der Berufungsvorentscheidung und die Bezug habende Buchungsmittelung verwiesen.

### Entscheidungsgründe

Mit Bescheid vom 12. März 2009 setzte das Finanzamt eine Rückzahlungsverpflichtung an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen in Höhe von insgesamt € 25.845,90 mit der Begründung fest, die angeführten Kinder des Beihilfenbeziehers hätten sich in den von der Rückforderung betroffenen Zeiträumen ständig im Ausland aufgehalten.

In der rechtzeitig eingebrachten Berufung wendete der Beihilfenbezieher ein, dass der Sachverhalt nicht richtig festgestellt worden wäre. Die Tochter [Name1] besuchte seit drei

Jahren die Schule in [EU-Ausland], die Tochter [Name2] wäre im August 2007 dorthin gezogen und besuchte dort ebenfalls die Schule. Beide Töchter würden bei den Großeltern leben. Die anderen vier Kinder wären erst im August 2008 gemeinsam mit ihrer Mutter nach [EU-Ausland] verzogen.

Mit Berufungsvorentscheidung wurde dem Begehrten des Beihilfenbeziehers teilweise entsprochen und die Höhe des Rückforderungsbetrages entsprechend korrigiert. Das Finanzamt legte ausführlich dar, welche Beweismittel im gegenständlichen Verfahren vorgelegt wurden und welche Schlüsse daraus vom Finanzamt gezogen wurden. Ausdrücklich wurde zu jedem Kind angeführt, ab wann sich der jeweilige ständige Aufenthalt nach [EU-Ausland] verlagert hat und welche Zeiträume daher von der Rückforderung umfasst sind.

Daraufhin wurde der Antrag auf Entscheidung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz gestellt und ausgeführt, dass auf Grund der Höhe des Einkommens und der monatlichen Zahlungsverpflichtungen eine Bezahlung des Rückforderungsbetrages nicht möglich wäre. Es werde daher der Antrag gestellt, die Berufungsbehörde möge „gemäß § 236 BAO feststellen, dass dem Berufungswerber die fälligen Abgabenschuldigkeiten ganz oder zum Teil durch Abschreibung nachgesehen werden“.

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

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

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs 3 FLAG 1967 unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach [§ 26 Abs 2 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 in dem genannten Sinne 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, unterbrechen nicht den Zustand des Verweilens und daher auch nicht den gewöhnlichen Aufenthalt (vgl aus der ständigen Rechtsprechung etwa die Erkenntnisse VwGH 20.6.2000, [98/15/0016](#), VwGH 28.11.2002, [2002/13/0079](#), VwGH 2.6.2004, [2001/13/0160](#), VwGH 9.12.2004, [2004/14/0023](#),

VwGH 27.4.2005, [2002/14/0050](#), VwGH 15.11.2005, [2002/14/0103](#), und VwGH 28.11.2007, [2007/15/0055](#)).

Im gegenständlichen Fall ergibt sich auf Grund der eigenen Angaben des Berufungswerbers in der Berufung und der vorliegenden Beweismittel, dass sich die Kinder ab bestimmten Zeitpunkten nicht mehr in Österreich sondern ständig in [EU-Ausland] aufgehalten und sich allfällige Anwesenheiten in Österreich auf kurzfristige Besuche (in der schulfreien Zeit) beschränkt haben. Zu den entsprechenden Sachverhaltsfeststellungen kann – zur Vermeidung von Wiederholungen – auf die im Vorlageantrag unwidersprochen gebliebenen Ausführungen in der Berufungsvorentscheidung, welche nunmehr auch zum Inhalt dieser Entscheidung erhoben werden, verwiesen werden.

Steht somit fest, dass sich die Kinder ständig im Ausland in einem Drittstaat aufhalten, schließt § 5 Abs 3 FLAG 1967 den Anspruch auf Familienbeihilfe aus.

Wenn nunmehr im Vorlageantrag (ausschließlich) Ausführungen in Richtung einer Abgabennachsicht gem § 236 BAO gemacht werden, ist darauf hinzuweisen, dass der Unabhängige Finanzsenat als Abgabenbehörde zweiter Instanz nur berechtigt ist, in der „Sache“ selbst zu entscheiden. „Sache“ des bekämpften Bescheides ist die Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen und liegt diese Rückforderung nach § 26 FLAG 1967 nicht etwa im Ermessen der Abgabenbehörden, sondern ist, wenn eine Anspruchsvoraussetzung fehlt oder ein Ausschlussgrund vorliegt, zwingend vorzunehmen. § 26 Abs 1 FLAG 1967 normiert eine objektive Erstattungspflicht desjenigen, der die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat. Diese Verpflichtung zur Rückerstattung ist von subjektiven Momenten unabhängig (VwGH 28.10.2009, [2008/15/0329](#)). Dem Unabhängigen Finanzsenat obliegt es daher im gegenständlichen Fall nicht, und wäre ihm dies auch rechtlich nicht möglich, über eine nicht den Gegenstand des Erstbescheides bildende Abgabennachsicht abzusprechen (VwGH 18.4.2007, [2006/13/0174](#), und VwGH 22.4.2009, [2008/15/0323](#)).

Angemerkt darf jedoch werden, dass das Finanzamt, sofern dies nicht bereits geschehen ist, auf Grund der Ausführungen im Vorlageantrag ein Nachsichtsverfahren abzuführen haben wird, in dessen Rahmen das Vorbringen zur Unbilligkeit der Rückforderung zu würdigen und wiederum ein rechtsmittelfähiger Erstbescheid zu erlassen sein wird.

Es war daher wie im Spruch ausgeführt zu entscheiden.

Innsbruck, am 7. März 2011