



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vom 19. Dezember 2007 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 4/5/10 vom 7. Dezember 2007 betreffend Rückforderung von zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für die Zeiträume Dezember 2004 bis September 2005 sowie März 2007 bis November 2007 für das Kind A, entschieden:

Der Berufung wird soweit es sich um die Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum März bis April 2007 handelt stattgegeben.  
Im Übrigen wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

Die für das Kind A für die Zeiträume Dezember 2004 bis September 2005 sowie Mai bis November 2007 gewährte Familienbeihilfe i.H.v. 2.442,90 € und der für den genannten Zeitraum gewährte Kinderabsetzbetrag i.H.v. 865,30 € wird rückgefordert.

### Entscheidungsgründe

Strittig ist, ob die Berufungswerberin (Bw.) zu Unrecht Familienbeihilfe (FB) i.H.v. 2.730,30 € und Kinderabsetzbeträge (KAB) i.H.v. 967,10 € für die Zeiträume Dezember 2004 bis September 2005 sowie März 2007 bis November 2007 für ihren Sohn A, geb. XX. YY 1990, bezogen hat.

Das Finanzamt forderte wegen nicht nachgewiesenen Aufenthalts des Sohnes in Österreich (Aufenthalt in Serbien) mit Bescheid vom 7. Dezember 2007, die für die o.a. Zeiträume bezogene Familienbeihilfe sowie den Kinderabsetzbetrag für A zurück.

Die Bw. erhab gegen den o.a. Bescheid Berufung und führt wie folgt aus:

Die Bw. bestätige, dass ihr Sohn A im Zeitraum Dezember 2004 bis September 2005 sowie Juni 2006 bis Juni 2007 bei ihr gewesen sei.

Daraufhin ersuchte das Finanzamt mit Vorhalt vom 27. Dezember 2007 um Vorlage von Unterlagen, die den ständigen Inlandsaufenthalt ihres Sohnes von Dezember 2004 bis September 2005 sowie März 2007 bis November 2007 nachweisen würden.

Vorgelegt habe die Bw. lediglich den bereits ungültigen Pass ihres Sohnes, der am XX. Dezember 2004 für 10 Tage Gültigkeit von der österreichischen Botschaft in Belgrad ausgestellt worden sei. Weiters habe die Bw. bekannt gegeben, dass er den Termin im März und April 2007 beim AMS (Arbeitsmarktservice) eingehalten habe.

Das Finanzamt gab der Berufung mittels Berufungsverfahrensentscheidung vom 8. Jänner 2008 teilweise statt, da gem. § 2 Abs. 8 FLAG 1967 Personen nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe haben, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Inland haben, wobei gem. § 5 Abs. 3 FLAG 1967 kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder besteht, die sich ständig im Ausland aufhalten.

Aufgrund der Tatsache, dass der bisherige Mittelpunkt der Lebensinteressen bei A für die Vorzeit im Ausland gelegen sei, A nie eine Schule im Inland besucht habe und für den Zeitraum Dezember 2004 bis September 2005 keine stichhaltigen Beweise für einen ständigen Inlandsaufenthalt erbracht worden seien, sei für diesen Zeitraum die Berufung abzuweisen gewesen.

Für den Zeitraum März und April 2007 könne der Berufung stattgegeben werden, da in diesem Zeitraum zumindest ein Ansatz für das Bemühen eines ständigen Inlandsaufenthaltes ersichtlich gewesen sei, in dem A beim Arbeitsmarktservice am 21. März 2007 und am 6. April 2007 vorgesprochen habe, wobei bereits der Termin am 20. Juni 2007 von A nicht mehr eingehalten worden sei und somit ein ständiger Inlandsaufenthalt ab Mai 2007 auch nicht mehr angenommen habe werden können.

Die Bw. stellte daraufhin gegen den o.a. Bescheid einen Vorlageantrag an die Abgabenbehörde zweiter Instanz und wiederholt ihre Berufungsausführungen.

Aufgrund der Vorhalte der Abgabenbehörde zweiter Instanz wurde in der Niederschrift vom 4. September 2008 von der Bw. folgender Sachverhalt festgehalten:

Die Bw. könne keine zusätzlichen Aufenthaltsnachweise für ihren Sohn A betreffend den o.a. Streitzeitraum vorlegen.

Ihr Sohn habe im Alter von 8 Jahren glaublich ca. 2 1/2 Jahre in Serbien die Volksschule besucht.

Zeugnisse habe sie keine, auch sei die Schulpflicht in Serbien nicht so streng wie in Österreich. Zu dieser Zeit habe er sich bei der Großmutter aufgehalten, näheres sei ihr nicht bekannt.

Ab dem 15. Lebensjahr habe sich ihr Sohn bei ihr in Österreich aufgehalten und sei zeitweise zu seiner Freundin nach Serbien gefahren.

Eine Verständigung seitens der Schulbehörde betreffend der Schulpflicht in Österreich habe die Bw. nicht erhalten.

Ein Schulbesuch in Österreich habe nicht stattgefunden, da der Sohn der Bw. der Ansicht gewesen sei, dass er ohnehin keinen Abschluss mehr schaffen könne (mangels ausreichender Sprachkenntnisse).

Auf der anderen Seite habe er aber am Arbeitsmarkt vom AMS nicht vermittelt werden können, da er noch am 6.7.2005 schulpflichtig gewesen sei.

Im Jahre 2007 sei er am 21. März 2007 und am 6. April 2007 beim AMS (siehe Terminkarte) vorstellig gewesen.

Der Termin am 27. April 2007 sei von ihm nicht wahrgenommen worden, da er der Meinung gewesen sei, dass er ohne Schulabschlusszeugnis keine Anstellung finden werde.

Nach Kenntnis der Bw. habe er im Streitzeitraum keine Kurse in schulischer oder beruflicher Hinsicht besucht. Auch habe er sich nicht selbst um eine Anstellung beworben.

Er habe den Tag lieber mit "Play-Station"-Spielen verbracht.

Die Vorlage des Original-Reisepasses sei zur Zeit nicht möglich, da sich der Sohn in Serbien bei seiner Freundin aufhalte.

Im Zeitraum Dezember 2004 bis September 2005 und März bis inkl. Ende August 2007 sei der Sohn bei der Bw. in Wien, ab September 2007 sei er wieder in Serbien (Großmutter väterlicherseits bzw. Freundin, beide in der selben Ortschaft in B) aufhältig gewesen.

Bei starkem Verkehr (Grenzorte in Serbien: C bzw. D) sei es auch vorgekommen, dass er an der Grenze durchgewunken und der Pass nicht gestempelt worden sei.

Die Bw. halte nochmals fest, dass sich der Sohn von Dezember 2004 bis September 2005 bei der Bw. in Wien und sich anschließend bis inkl. Februar 2007 in Serbien aufgehalten habe. Ab März 2007 bis inkl. August 2007 habe sich der Sohn wieder bei der Bw. in Wien, ab September 2007 wieder in Serbien aufgehalten.

Die polizeiliche Abmeldung lt. Melderegister sei erst später erfolgt (zum Abmeldezeitpunkt habe sich der Sohn bereits in Serbien befunden).

Da der Sohn mit 14 Jahren die österreichische Staatsbürgerschaft erhalten habe, habe er mit seinem österreichischen Reisepass (ohne Visum) nach Serbien ein- und ausreisen können.

Der Sohn besitze bis dato auch die serbische Staatsbürgerschaft.

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

Folgender Sachverhalt wurde als erwiesen angenommen und der Entscheidung zu Grunde gelegt und ist den vorgelegten Unterlagen zu entnehmen:

Die Bw. hat Familienbeihilfe i.H.v. 2.730,30 € und den Kinderabsetzbetrag i.H.v. 967,10 € im Streitzeitraum Dezember 2004 bis September 2005 sowie März 2007 bis November 2007 für ihren Sohn A (geb. XX. YY 1990) bezogen.

Lt. Auskunft des Stadtschulrates für Wien ist A seiner österreichischen Schulpflicht nicht nachgekommen.

Es liegen keine konkreten Nachweise vor, dass sich A im Streitzeitraum in Österreich aufhielt. Lediglich der Terminkarte des AMS ist zu entnehmen, dass er sich zumindest am 21. März 2007 und 6. April 2007 in Wien aufhielt.

Dieser Sachverhalt war rechtlich folgendermaßen zu würdigen:

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

§ 2 Abs. 2 FLAG 1967 normiert:

Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind hat 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.

§ 2 Abs. 5 FLAG 1967 normiert u.a., dass ein Kind dann zum Haushalt einer Person gehört, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt.

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

Aufgrund des o.a. Sachverhaltes ist davon auszugehen, dass sich das Kind A im Streitzeitraum (ausgenommen die Monate März und April 2007) nicht in Österreich, sondern in Serbien (Freundin/Großmutter) aufgehalten hat. Diese Annahme wird auch dadurch erhärtet, dass trotz gesetzlicher Schulpflicht das Kind A als österreichischer Staatsbürger, der österreichischen Schulpflicht (nach Auskunft des Wiener Stadtschulrates) zu keiner Zeit bis zum Ende seiner Schulpflicht im Schuljahr 2005/2006 nachgekommen ist. Es wird daher davon ausgegangen, dass das Kind A nicht in Österreich, sondern, wie dies die Bw. ausführt, in Serbien (Freundin/Großmutter) aufhältig war.

Auch die Vermerke des Meldeamtes stellen keinen konkreten Nachweis für den tatsächlichen Aufenthalt des Sohnes A in Österreich dar. Demnach hätte A mindestens ein Semester Zeit

gehört sich beim Bezirksschulinspektorat zu melden (siehe Schriftsatz des Stadtschulrates vom 5. September 2008).

Auch die mehrmaligen An- und Abmeldungen in den Jahren 2004 bis 2008 würden die Annahme stützen, dass sich das Kind A nicht ständig in Österreich aufgehalten hat.

Dies wurde der Bw. auch mehrmals vorgehalten (siehe Schriftsatz des Magistrats der Stadt Wien vom 20. August 2007 und Schriftsatz vom 27. Dezember 2007 sowie vom 8. Jänner 2008). Da von der Bw. bis dato aber keinerlei Nachweise für einen dauerhaften Aufenthalt erbracht wurden, bis auf die bloße Behauptung der Bw., dass ihr Sohn von Dezember 2004 bis September 2005 und von Juni 2006 bis Juni 2007 "bei ihr" gewesen sei, ist von einem Auslandsaufenthalt auszugehen.

Lediglich für die Monate März und April 2007 gelang der Bw. der Nachweis, dass sich ihr Sohn (zumindest jeweils einen Tag) im Inland aufgehalten habe, weshalb sich die Abgabenbehörde zweiter Instanz den Festsetzungen in der Berufungsvorentscheidung vom 8. Jänner 2008 vollinhaltlich anschließt.

Auch die vorgelegten Stempel im Reisepass (sofern lesbar) des Sohnes vom 19. Februar 2005, 25. Mai 2007, 1. September 2007 und 29. Dezember 2007 stellen nur punktuelle Grenzübertrittsbestätigungen zwischen Serbien und Ungarn dar, die aber nicht dafür geeignet sind, daraus einen dauerhaften Aufenthalt in Österreich anzunehmen.

Festgehalten wird insbesondere, dass die Bw. selbst in Ihrer persönlich überreichten Stellungnahme vom 20. August 2007 angegeben hat, dass sich ihr Sohn ab 13. August 2007 in Serbien aufhielt.

Es gilt somit als erwiesen, dass sich das Kind A der Bw. im Streitzeitraum im Ausland aufgehalten hat und somit die o.a. gesetzlichen Voraussetzungen für die Nichtgewährung der Familienbeihilfe gem. § 5 Abs. 3 FLAG erfüllt sind.

Die Familienbeihilfe wurde daher in diesem o.a. Zeitraum zu Unrecht bezogen.

§ 26 Abs. 1 FLAG 1967 normiert, dass "wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen hat, soweit der unrechtmäßige Bezug nicht ausschließlich durch eine unrichtige Auszahlung durch "eine in § 46 FLAG 1967 genannte Gebietskörperschaft oder gemeinnützige Krankenanstalt" verursacht worden ist.

Zurückzuzahlende Beträge können auf fällige oder fällig werdende Familienbeihilfen angerechnet werden".

Die Verpflichtung zur Rückerstattung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge ist von subjektiven Momenten - wie Verschulden, Gutgläubigkeit - unabhängig (VwGH vom 20.12.1968, 486/68, VwGH vom 13.3.1991, 90/13/0241).

Der Verwaltungsgerichtshof verweist in diesem Zusammenhang auf die objektive Erstattungspflicht des § 26 Abs 1 FLAG 1967 und stellt fest, dass derjenige, der die

Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, ohne Rücksicht darauf, ob die bezogenen Beträge gutgläubig empfangen worden sind oder nicht und ob die Rückgabe eine Härte bedeutet, diese rückzuerstatten hat.

Die Rückerstattungspflicht besteht nach der Rechtsprechung des VwGH auch dann, wenn der unrechtmäßige Bezug ausschließlich auf einer Fehlleistung der Behörde beruht.

Eine Rückforderung hat dann zu erfolgen, wenn die gesetzlich vorgesehenen Voraussetzungen für den Anspruch auf Familienbeihilfe sowie den Kinderabsetzbetrag nicht vorliegen, was auf den vorliegenden Berufungsfall nach Prüfung aller Sachverhaltselemente jedenfalls zutrifft.

Da nur der objektive Sachverhalt der zu Unrecht erhaltenen Beträge relevant ist, braucht in diesem Zusammenhang nicht geprüft zu werden, ob und inwieweit eine Fehlleistung des Finanzamtes vorliegt.

Mit dem Familienbeihilfenanspruch verbunden ist der Anspruch auf den Kinderabsetzbetrag (§ 33 Abs 4 Z 3 EStG 1988). Auch dieser wurde daher im Streitzeitraum zu Unrecht bezogen. Der Kinderabsetzbetrag ist nach § 33 Abs 4 Z 3 lit. a EStG 1988 iVm § 26 FLAG 1967 unter den gleichen Voraussetzungen wie die Familienbeihilfe zurückzufordern.

Die Rückforderung der Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbeträge erfolgte somit zu Recht. Berechnung des Rückforderungsbetrages für die Zeiträume Dezember 2004 bis September 2005 und Mai bis November 2007 (BE = Berufungsentscheidung, BVE = Berufungsvorentscheidung):

FB-Rückforderungsbetrag lt. Bescheid v. 7.12.2007:	2.730,30
abzüglich die Monate März und April 2007	- 287,40 (= 143,70 x 2 Monate)
<b>FB-Rückforderungsbetrag lt. BE (= BVE):</b>	<b>2.442,90</b>
KAB-Rückforderungsbetrag lt. Bescheid v. 7.12.2007:	967,10
abzüglich die Monate März und April 2007	- 101,80 (= 50,90 x 2 Monate)
<b>KAB-Rückforderungsbetrag lt. BE (= BVE):</b>	<b>865,30</b>

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 30. September 2008