



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw, vom 13. Oktober 2011 gegen den Bescheid des Finanzamtes Salzburg-Stadt vom 22. September 2011, SVNR., betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Die Berufungswerberin (in der Folge: Bw) hat für ihren Sohn X.Y., bis Oktober 2010 Familienbeihilfe bezogen.

Laut Auskunft der Schule des Sohnes wurde dieser von der Bw mit 1.3.2010 von der Schule abgemeldet. Für den Sohn bestand eine Aufenthaltsbewilligung bis zum 21.10.2010.

Die Abgabenbehörde I. Instanz forderte die Mutter auf, Nachweise für den Aufenthalt des Sohnes in Österreich für die Zeit nach dem Schulabbruch zu erbringen (wie z.B. Bestätigung über Arztbesuche, Kopie des Reisepasses usw.).

Mit dem angefochtenen Bescheid vom 22.09.2011, SVNR., forderte die Abgabenbehörde I. Instanz für den Zeitraum von April bis Oktober 2010 die Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag zurück.

In der Berufung vom 13.10.2011 machte die Bw geltend, dass sich ihr Sohn bis 10. Oktober 2010 in Österreich aufgehalten habe. Danach sei er zu seinem Vater in die Ukraine gezogen.

Auf das Ergänzungersuchen vom 19.12.2011 antwortete die Bw, dass sei keine Schulbesuchsbetätigung vorlegen könne, da der Sohn zwar bis zum Ablauf des Visums in Österreich gewesen sei, aber keine Schule besucht habe. Wegen des Schulabschlusses sei er in die Ukraine gegangen.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 16.01.2012, SVNR., wies die Abgabenbehörde I. Instanz die Berufung als unbegründet ab und führte in der Begründung aus:

*Gemäß § 5 Abs. 3 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) bestehe kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.*

*Da der Sohn nur bis zum 1.3.2010 die Schule besucht habe und eine Abmeldung von der Schule während der Schulpflicht nur möglich sei, wenn das Kind ins Ausland verziehe, sei es nicht glaubhaft, dass sich der Sohn bis zum 21.10.2010 im Inland aufgehalten habe. Es bestehe daher ab April 2010 kein Anspruch auf Familienbeihilfe.*

Im Vorlageantrag vom 9.2.2012 führte die Bw aus, dass der Sohn bis 21.10.2010 in Österreich gewesen sei, ab 22.10.2010 habe er in der Ukraine die Schule besucht um den Schulabschluss zu machen. Seit Ende 2011 versuche sie für den Sohn ein Visum zu bekommen. Diesbezüglich legte die Bw eine Reihe von Kopien vor, u.a. auch ein Zeugnis vom 21.6.2011, wonach der Sohn im Jahr 2011 in der Ukraine die Schule besucht habe.

Am 26.4.2012 erging ein Vorhalt an die Bw, da die vorgelegten Unterlagen allesamt nicht den relevanten Zeitraum betrafen. Der Bw wurde ausführlich erläutert, dass die für einen Nachweis des Aufenthalts erforderlichen Unterlagen nur von ihr selbst beigebracht werden können, insbesondere durch die Vorlage der Reisepässe. Da die Bw am 3.5.2012 wiederum nur Unterlagen vorgelegt hatte, die den Zeitraum 2011 und 2012 betrafen, wurde die Bw aufgefordert, persönlich zu erscheinen und die Reisepässe zur Einsicht mit zu bringen.

Am 12.12.2012 erschien die Bw mit ihrem Sohn vor dem Unabhängigen Finanzsenat. Nach Erläuterung der Sach- und Rechtslage bestätigte der Sohn niederschriftlich, dass er ab März 2010 in der Ukraine gelebt habe.

Auf die Frage, was sie zu den Angaben des Sohnes sage, brachte die Bw vor, dass der Sohn lüge und sie ihre Berufung aufrecht halte. Die Bw wurde aufgefordert, innerhalb eines Monats Unterlagen beizubringen, die nachweisen, dass die Angaben des Sohnes nicht stimmen. Hinsichtlich der Reisepässe legte die Bw eine Bestätigung vor, dass sie diese verloren habe.

Mit Eingabe vom 24.01.2013 brachte die Bw vor,  
# dass sie keine Beweise habe, da der Sohn kein einziges mal beim Hausarzt gewesen sei,  
# dass der Sohn von April bis Oktober 2010 in Österreich gewesen sei,

- # dass die Angaben des Sohnes unglaublich seien, da er psychisch krank sei,
- # dass sie das Problem nicht verstehen, weil die Familienbeihilfe in Höhe von € 1.541,17 schon einbezahlt sei.

Dazu ist anzumerken, dass trotz Abgabenentrichtung über die Abgabenfestsetzung, wenn sie mit Berufung angefochten ist, eine Berufungsentscheidung zu erlassen ist, solange die Berufung nicht zurückgezogen worden ist.

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

*Festgestellter Sachverhalt:*

Der Sohn der Bw X.Y., hielt sich ab März 2010 in der Ukraine auf.

*Beweiswürdigung:*

Der Sohn der Bw besuchte ein Realgymnasium in Salzburg und wurde von der Bw am 1.3.2010 von der Schule abgemeldet. Die Abgabenbehörde I. Instanz hat, da sie der Bw kein rechtswidriges Verhalten unterstellen wollte, den angefochtenen Bescheid damit begründet, dass es nicht glaubhaft sei, dass sich der Sohn bis zum 21.10.2010 in Österreich aufgehalten habe, da für den Sohn in Österreich Schulpflicht bestand und eine Abmeldung von der Schule nur in Betracht komme, wenn das Kind ins Ausland verziehe. Die Abgabenbehörde I. Instanz forderte die Mutter auf, Nachweise für den Aufenthalt des Sohnes in Österreich für die Zeit nach dem Schulabbruch zu erbringen (wie z.B. Bestätigung über Arztbesuche, Kopie des Reisepasses usw.).

Derartige Vorhalte mit der Aufforderung zur Vorlage des Reisepasses ergingen auch von der Abgabenbehörde II. Instanz. Vorgelegt wurden immer nur Unterlagen, die andere Zeiträume betrafen. Bei der persönlichen Vorsprache am 12.12.2012 legte die Bw eine Bestätigung vor, dass sie die Reisepässe verloren habe.

Nach [§ 167 Abs. 2 BAO](#) hat die Abgabenbehörde unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht. In den Fällen, in denen die Behörde in Ausübung der freien Beweiswürdigung zu ihrer Erledigung gelangt, obliegt dem Verwaltungsgerichtshof die Prüfung, ob die Tatsachenfeststellungen auf aktenwidrigen Annahmen oder auf logisch unhaltbaren Schlüssen beruhen oder in einem mangelhaften Verfahren zu Stande gekommen sind. Tritt der Abgabepflichtige in der Lebenserfahrung widersprechende Beziehungen ein, muss er von Anbeginn dafür sorgen, dass er der Abgabenbehörde diese Beziehungen im

Bedarfsfall vollständig aufhellen und dokumentieren kann (Hinweis E 30. Oktober 2001, 98/14/0014) VwGH 29.03.2012, [2009/15/0084](#).

Die erhöhte Mitwirkungspflicht bei Auslandssachverhalten reicht von einer erhöhten Offenlegungspflicht bis hin zu einer Beweismittelbeschaffung und der Notwendigkeit ausländische Zeugen stellig zu machen. Begründet wird die Notwendigkeit erhöhter Mitwirkung damit, dass die amtswegige Sachverhaltsermittlung iZm der Prüfung von Auslandssachverhalten eingeschränkt ist. Wenn Sachverhaltselemente im Ausland im Allgemeinen ihre Wurzeln haben, ist die Mitwirkungs- und Offenlegungspflicht der Partei in dem Maße höher, weil die Pflicht der Abgabenbehörde zur amtswegigen Erforschung des Sachverhaltes wegen des Fehlens der ihr sonst zu Gebote stehenden Ermittlungsmöglichkeiten geringer wird. Tritt in solchen Fällen die Mitwirkungspflicht des Abgabepflichtigen in den Vordergrund, so liegt es vornehmlich an ihm, Beweise für die Aufhellung auslandsbezogener Sachverhaltselemente zu schaffen. Die erhöhte Mitwirkungspflicht des Steuerpflichtigen besteht vor allem bei

- # Sachverhalten, bei denen ungewöhnliche Verhältnisse vorliegen;
- # Sachverhalten mit Auslandsbezug;
- # Sachverhalten, bei denen den Behörden der Zugang verschlossen ist (zB Bankgeheimnis, ärztliche Verschwiegenheit);
- # Sachverhalte mit abgabenrechtlichen Begünstigungen (Ermäßigung, Befreiungen).

Der Steuerpflichtige hat alle rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten auszuschöpfen, um den Sachverhalt aufzuklären und gegebenenfalls Beweismittel vorlegen zu können. Den Abgabepflichtigen trifft also eine Beweismittelbeschaffungspflicht.

Die bei Auslandssachverhaltselementen wegen der Einschränkung der Ermittlungsmöglichkeiten der Abgabenbehörde erhöhte Mitwirkungspflicht der Abgabepflichtigen führt dazu, dass die Abgabepflichtige mit der Verletzung der erhöhten Mitwirkungspflicht verbundene Nachteile zu tragen hat.

Der Unabhängige Finanzsenat geht bei der Feststellung des Sachverhaltes von folgender Beweiswürdigung aus:

Die Bw ist mehrfach aufgefordert worden, den Reisepass des Sohnes vorzulegen oder eine Kopie davon zu übermitteln. Erst bei der persönlichen Vorsprache am 12.12.2012 behauptete sie, dass der Reisepass verloren gegangen sei. Dagegen stehen die Aussagen des Sohnes, dass er tatsächlich im März 2010 in die Ukraine gereist sei und dort bleiben musste und dass der Reisepass zuhause vorhanden sei.

Die behauptete psychische Erkrankung des Sohnes erschüttert die Glaubwürdigkeit seiner Angaben nicht. Vielmehr hat die Bw keine einzige Unterlage vorgelegt, die ihre Angaben

stützt. Da es sich aber um Sachverhaltselemente handelt, die nur von der Bw aufgeklärt und erwiesen werden können, und die Bw keine relevanten Beweismittel vorgelegt hat, sind ihre Angaben unglaubwürdig.

Aus dem bei der persönlichen Vorsprache gewonnenen Eindruck erscheinen die Angaben des Sohnes glaubwürdiger. Sie decken sich auch mit dem Umstand, dass am 1.3.2010 eine Abmeldung von der Schule erfolgt ist und diese nur zulässig ist, wenn das Kind ins Ausland verzieht.

*Rechtliche Würdigung:*

Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat gemäß § 26 Abs. 1 des Familienlastenausgleichsgesetzes (FLAG) 1967 die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

Gemäß [§ 2 Abs 1 FLAG 1967](#) haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe

- a) für minderjährige Kinder,
- b) bis i) bei Vorliegen bestimmter weiterer Voraussetzungen auch für volljährige Kinder.

Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind hat die nach dessen Abs. 2 die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört.

Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind gemäß [§ 2 Abs. 5 FLAG 1967](#) dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltzugehörigkeit gilt nicht als aufgehoben, wenn

- a) sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält,
- b) das Kind für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt,
- c) sich das Kind wegen eines Leidens oder Gebrechens nicht nur vorübergehend in Anstaltspflege befindet, wenn die Person zu den Kosten des Unterhalts mindestens in Höhe der Familienbeihilfe für ein Kind beiträgt; handelt es sich um ein erheblich behindertes Kind, erhöht sich dieser Betrag um den Erhöhungsbetrag für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4).

Ein Kind gilt bei beiden Elternteilen als haushaltzugehörig, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen, dem das Kind angehört.

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

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 anzuwenden.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs 3 FLAG 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. 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 aufrechtzuerhalten, 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. das hg. Erkenntnis vom 15. November 2005, 2002/14/0103).

Ein nicht nur vorübergehendes Verweilen liegt jedenfalls vor, wenn sich der Aufenthalt über einen längeren Zeitraum erstreckt (vgl Stoll, BAO-Kommentar, 337, und die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofs vom 20. 6.2000, 98/15/0016, und 20.10.1993, 91/13/0175). Der gewöhnliche Aufenthalt erfordert auch nicht, dass der Aufenthalt freiwillig genommen wird (vgl Ritz, BAO3, § 26 Tz 14).

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs 3 FLAG 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 hg. Erkenntnisse vom 20. Juni 2000, 98/15/0016, vom 28. November 2002, 2002/13/0079, vom 2. Juni 2004, 2001/13/0160, vom 9. Dezember 2004, 2004/14/0023, vom 27. April 2005, 2002/14/0050, vom 15. November 2005, 2002/14/0103, und vom 28. November 2007, 2007/15/0055) VwGH 22.04.2009, [2008/15/0323](#).

Zu der von der Bw angesprochenen Unbilligkeit der Rückforderung muss auf § 26 Abs.1 FLAG hingewiesen werden, wonach, wer Familienbeihilfe objektiv zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen hat.

Diese Bestimmung normiert eine objektive Erstattungspflicht desjenigen, der Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, ohne Rücksicht darauf, ob die bezogenen Beträge gutgläubig empfangen wurden oder ob die Rückzahlung eine Härte bedeutete. Die Verpflichtung zur Rückerstattung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge ist von subjektiven Momenten unabhängig. Entscheidend ist nur, ob der Empfänger die Beträge objektiv zu Unrecht erhalten hat (vgl. z.B. VwGH 31.10.2000, [96/15/0001](#), 13.3.1991, 90/13/0241, 31.10.2000, 2000/15/0035, und 23.9.2005, 2005/15/0080).

Da der angefochtene Bescheid der bestehenden Rechtslage entspricht, musste der Unabhängige Finanzsenat die dagegen gerichtete Berufung, wie im Spruch geschehen, als unberechtigt abweisen.

Salzburg, am 28. November 2013