



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., W., R.gasse, gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 8/16/17 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. Jänner 2001 bis 31. August 2005 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Anlässlich der Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe gab der Bw. am 12.4.2005 bzw am 3.8.2005 an, dass er von der Mutter seines Sohnes, die tschechische Staatsbürgerin sei, seit 2001 getrennt lebe. Der Sohn besuche in T. die Schule, er leiste Unterhalt von € 380.- im Monat. Am 9.11.2005 wurde bekanntgegeben, dass monatlich € 280-320 geleistet würden und der Sohn die Ferien bzw die Freizeit bei ihm verbringe.

Mit Bescheid vom 2.2.2006 wurden für den Zeitraum 1.1.2001 bis 31.8.2005 Familienbeihilfe in Höhe von € 7.154,53 und Kinderabsetzbeträge in Höhe von € 2.850,05 mit der Begründung zurückgef ordert, dass das Kind seit 2001 nicht mehr im gemeinsamen Haushalt wohne.

Gegen diesen Bescheid wurde mit Schriftsatz vom 14.2.2006 fristgerecht berufen und als Begründung vorgebracht, dass der Sohn in P. die Schule besuche und dass es sich dabei so verhalte, als ob ein Schüler im Internat oder Studentenheim oder am Studienort wohne.

Mit Vorhalt vom 19.5.2006 wurde der Bw. aufgefordert neben Meldebestätigungen der Kindesmutter und des Sohnes, einer Erklärung, seit wann erstere nicht mehr in Österreich wohne und ob sie in T. einen Anspruch auf Familienbeihilfe habe, auch einen Nachweis über die monatliche Unterhaltsverpflichtung sowie die Unterhaltszahlungen zu erbringen.

Der Bw. gab daraufhin ohne Vorlage entsprechender Belege an, dass er für den Unterhalt seines Sohnes aufkomme. Das Kind lebe während der Schulzeit bei den Grosseltern, ein Anspruch auf ausländische Familienbeihilfe bestehe seinem Wissen nach nicht. Dies wurde auch durch eine Anfrage des Finanzamtes von der zuständigen t. Behörde bestätigt.

Über nochmaligen Vorhalt vom 1.9.2006 gab der Bw. hinsichtlich seiner Unterhaltsverpflichtung an, dass „diese bestehe und von ihm auch erfüllt werde“.

Die Berufung wurde mit Berufungsvorentscheidung mit der Begründung abgewiesen, dass die Rückforderung der Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbeträge zu Recht erfolgt sei, weil das Kind nicht mit ihm im gemeinsamen Haushalt lebe. Auf Besuche in den Ferien sowie eine „Kostentragung“ (gemeint wohl: für den Unterhalt) komme es daher nicht an.

Dagegen richtet sich der Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz.

Über die Berufung wurde erwogen

Zunächst ist festzuhalten, dass T. seit 1.5.2004 Mitgliedstaat der Europäischen Union ist. Bis dahin war auf sämtliche T. betreffende Auslandssachverhalte ausschließlich das im gegenständlichen Fall maßgebliche Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 anwendbar.

Die für den berufungsgegenständlichen Zeitraum 1.1.2001 bis 30.4.2004 maßgeblichen Bestimmungen des FLAG lauten:

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

Abs. 2: 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.

Abs. 5: Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltszugehörigkeit gilt nicht als aufgehoben, wenn

a) sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält.

Aus § 2 Abs. 2 FLAG leitet sich ab, dass der Anspruch auf Familienbeihilfe in zwei Stufen zu prüfen ist (vgl. VwGH 16.2.1988, 85/14/0130 in ÖStZB 1988, 392):

Primär hat die Person Anspruch auf Familienbeihilfe, zu deren Haushalt ihr Kind gehört.

Nur dann, wenn das Kind zu keinem Haushalt einer anspruchsberechtigten Person gehört, ist die Frage der Kostentragung relevant. Nur in diesem Fall steht nämlich die Familienbeihilfe der Person zu, die die Kosten des Unterhalts überwiegend trägt.

Ein Kind, das sich außerhalb der gemeinsamen Wohnung der Familie aufhält, gilt solange als zum Haushalt einer Person gehörig, solange der anderweitige Aufenthalt des Kindes nur ein "vorübergehender" ist. Die Ausdrucksweise des Gesetzes lässt erkennen, dass die Abwesenheit von der entstandenen Wohnungsgemeinschaft nur eine zeitlich beschränkte ein darf und diese zeitliche Beschränkung nicht lange Zeit dauern darf.

Gemäß § 5 Abs. 3: besteht kein Anspruch für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. VwGH vom 15.11.2005, 2002/14/0103) ist der ständige Aufenthalt im Sinne dieser Vorschrift unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 BAO zu beurteilen. Diese nicht auf den Mittelpunkt der Lebensinteressen abstellende Beurteilung ist nach objektiven Gesichtspunkten zu beurteilen, wobei keine ununterbrochene Anwesenheit erforderlich ist. Gemäß § 26 BAO Abs. 2 hat jemand seine 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. Nach Angaben des Bw. lebten die Kindesmutter und das Kind seit dem Jahr 2001 nicht mehr mit ihm im gemeinsamen Haushalt. Der Sohn besuchte in T. die „Volksschule“ und in der Folge eine HTL für Grafik. Da das Kind aber nur die Ferien-bzw Freizeit beim Bw. verbrachte, ist davon auszugehen, dass der Aufenthalt in T. nicht nur als „vorübergehend“ i.S. des § 2 Abs. 5 lit. A FLAG angelegt war. Weiters steht es mit der verwaltungsgerichtlichen Judikatur im Einklang, dass das Verbringen der Ferien in Österreich den ständigen Aufenthalt im Ausland nicht unterbricht.

Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge gem. § 33 Abs. 4 Z 3 lit.a EStG 1988 stehen daher für den Zeitraum 1.1.2001 bis 30.4.2004 gemäß § 5 Abs. 3 FLAG nicht zu.

Für den Zeitraum 1.5.2004, also dem Beitritt T's zur Europäischen Union, bis 31.8.2005 kommt allerdings auch die Verordnung Nr. 1408/71 des Rates vom 14.6.1971 über die Anwendung des Systems der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer und Selbständige und deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, zum Tragen:

Gemäß Artikel 1 der VO EWG 1408/71 ist "Arbeitnehmer" oder "Selbständiger" ua jede Person, die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den Zweigen eines Systems der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer oder Selbständige oder einem Sondersystem für Beamte erfasst werden, pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist.

Art 2 VO EWG 1408/71 lautet:

"Diese Verordnung gilt für Arbeitnehmer und Selbständige ..., für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, soweit sie Staatsangehörige eines Mitgliedstaats sind..., sowie für deren Familienangehörige und Hinterbliebene."

Gemäß Artikel 3 der VO EWG 1408/71 haben Personen, die im Gebiet eines Mitgliedsstaates wohnen und für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten auf Grund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats, wie die Staatsangehörigen dieses Staates, soweit besondere Bestimmungen dieser Verordnung nicht anderes vorsehen.

Gemäß Artikel 4 der VO EWG 1408/71 gilt diese Verordnung für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, ua die die Familienleistungen betreffen.

Artikel 13 der VO EWG 1408/71 bestimmt:

"(1) ... Personen, für die diese Verordnung gilt, [unterliegen] den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Welche Rechtsvorschriften diese sind, bestimmt sich nach diesem Titel.

(2)...a) Eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaates abhängig beschäftigt ist, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Staates, und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnt ...;

Artikel 73 der VO EWG 1408/71 über Arbeitnehmer oder Selbständige, deren Familienangehörige in einem anderen Mitgliedstaat als dem zuständigen Staat wohnen, sieht vor:

"Ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegt, hat ... für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des ersten Staates, als ob diese Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnten."

Nach der Entscheidung des EuGH v 24.2.2005, ZI C-543/03, ist Arbeitnehmer oder Selbständiger iSd VO EWG 1408/71, wer auch nur gegen ein einziges Risiko im Rahmen eines allgemeinen oder besonderen System der sozialen Sicherheit pflichtversichert oder freiwillig versichert ist, und zwar unabhängig vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses.

Der Arbeitnehmerbegriff der VO EWG 1408/71 hat nämlich einen gemeinschaftsspezifischen Inhalt und wird vom EuGH sozialversicherungsrechtlich und nicht arbeitsrechtlich definiert. Demnach ist jede Person als Arbeitnehmer bzw. Selbständiger anzusehen, die, ob sie eine Erwerbstätigkeit ausübt oder nicht, die Versicherteneigenschaft nach den für die soziale Sicherheit geltenden Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten besitzt. Entscheidend ist lediglich, ob jemand in einem für Arbeitnehmer oder Selbständige geschaffenen System der sozialen Sicherheit pflicht- oder freiwillig versichert ist.

Da der Bw. Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung bezieht, fällt er grundsätzlich unter den Anwendungsbereich der Verordnung.

Die genannte Verordnung ist auch sachlich anwendbar, da die Familienbeihilfe unzweifelhaft unter den Begriff der "Familienleistungen" iSd VO EWG 1408/71 fällt.

War für den Zeitraum 1.1.2001 bis 30.4.2004 maßgebend, dass sich das Kind ständig im Ausland aufgehalten hat (§ 5 Abs. 3 FLAG), so ist für den Zeitraum 1.5.2004 bis 31.8.2005 auf die Ausführungen zu § 2 FLAG zu verweisen, wonach nach Auffassung des Unabhängigen Finanzsenates das Kind seit 2001 nicht im gemeinsamen Haushalt mit dem Bw. lebte. Dieser gab allerdings an, Unterhalt zu leisten.

Da die Kindesmutter laut einer Bestätigung der zuständigen tschechischen Behörde keine Leistungen für das Kind bezieht, würde dem Bw. gemäß § 2 Abs. 2 FLAG dann der Bezug der Familienbeihilfe zustehen, wenn er die Kosten des Unterhaltes für das Kind *überwiegend* trägt.

Der Bw. wurde vom Finanzamt mit Vorhalten vom 19.5.2006 und vom 1.9.2006 aufgefordert, einen *Nachweis* über die Höhe der monatlichen Unterhaltsverpflichtung sowie über die Unterhaltszahlungen zu erbringen. In den jeweiligen Antwortschreiben wird jedoch dieser Aufforderung durch folgende Sätze: "Für den Unterhalt meines Sohnes komme ich auf", sowie „Meine Unterhaltsverpflichtung besteht und wird erfüllt“ nicht entsprochen und handelt es sich dabei um bloße Behauptungen.

Es besteht daher auch für den Zeitraum 1.5.2004 bis 31.8.2005 kein Anspruch auf Familienbeihilfe, weshalb die Rückforderung der ausbezahlten Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbeträge zu Recht erfolgte.

Wien, am 24. September 2007