



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 19. Juni 2008, gegen die Bescheide des Finanzamtes Judenburg Liezen vom 21. Mai 2008, betreffend die Rückforderung der für Kd.1, für den Zeitraum vom 1. Februar 2006 bis 30. Juni 2008, und für Kd.2, für den Zeitraum vom 1. August 2005 bis 30. Juni 2008, ausgezahlten Familienbeihilfe und der entsprechenden Kinderabsetzbeträge (Gesamtrückforderungsbetrag 11.266,90 Euro), entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

### **Entscheidungsgründe**

Dem Finanzamt war bekannt geworden, dass sich die Ehegattin des Berufungswerbers und die beiden im Spruch genannten Kinder nicht in Österreich aufhalten sollen. Da der Berufungswerber trotz mehrmaliger Aufforderung durch das Finanzamt keinen Nachweis erbracht hat, dass sich die beiden genannten Kinder nicht ständig im Ausland aufhielten, hat das Finanzamt mit den nunmehr angefochtenen Bescheiden vom 21. Mai 2008 die für seinen Sohn Philipp für den Zeitraum vom 1. Februar 2006 bis 30. Juni 2008 ausgezahlte Familienbeihilfe und die entsprechenden Kinderabsetzbeträge, ebenso wie die für seine Stieftochter Maria für den Zeitraum vom 1. August 2005 bis 30. Juni 2008 ausgezahlte Familienbeihilfe und die entsprechenden Kinderabsetzbeträge, zurückgefordert.

In der dagegen fristgerecht durch den bevollmächtigten Vertreter eingebrachten Berufung wird im Wesentlichen unter Hinweis auf vorhandene Meldebestätigungen der ständige

Aufenthalt und Lebensmittelpunkt der Kinder im Inland, sowie die Unbilligkeit der Rückforderung behauptet.

Im anschließenden umfangreichen Verwaltungsverfahren wurden nachstehende Sachverhalte festgestellt und folgende Unterlagen aktenkundig:

1. Die nunmehrige Ehegattin des Berufungswerbers, eine Staatsangehörige der Russischen Föderation, ist am 24. Jänner 2005 nach Österreich eingereist (Angaben im Antrag vom 2. März 2006 auf Gewährung der Familienbeihilfe für Philipp).
2. Die Beiden haben am 25. Jänner 2005 in Österreich die Ehe geschlossen (Heiratsurkunde am 25. Jänner 2005).
3. Der Berufungswerber und seine Ehegattin haben im März 2006 mit einer Gesellschaft einen Mietvertrag geschlossen, wonach die Gesellschaft dem Ehepaar „ab voraussichtlich Frühjahr / Sommer 2006 auf unbestimmte Zeit“ eine Wohnung mit einer Nutzfläche von 77,96 m<sup>2</sup> vermietet (Ablichtung des schriftlichen Mietvertrages).
4. An der Adresse dieser Wohnung sind der Berufungswerber, seine Ehegattin und die beiden Kinder nach den vorliegenden Meldebestätigungen seit 26. Juli 2006 gemeldet. Zuvor war der Berufungswerber seit 2003, seine Ehegattin und Maria waren seit 24. Jänner 2005, und Philipp war seit 2. März 2005 an einer anderen Anschrift im selben Ort gemeldet (Meldenachweise).
5. Reisepass der Russischen Föderation für die Ehegattin des Berufungswerbers mit der Nr. nn, ausgestellt am 8. August 2003, gültig bis 8. August 2008 (Ablichtung der ersten Seite). Dazu hat der bevollmächtigte Vertreter der Berufungswerberin im Schriftsatz vom 11. August 2008 mitgeteilt, dass dieser Pass anlässlich der Neuausstellung eines Passes am 21. Mai 2008 eingezogen worden war).
6. Reisepass der Russischen Föderation für die Ehegattin des Berufungswerbers mit der Nr. mm, ausgestellt am 21. Mai 2008; eingetragenes Kind: „Philipp“ (Ablichtung).
7. Reisepass der Republik Österreich für das Kind Philipp mit der Nr. oo, ausgestellt am 22. August 2007 (Ablichtung).
8. Eine Ablichtung des Reisepasses der Russischen Föderation für Maria wurde nicht vorgelegt, da sich das Kind *„derzeit in der Russischen Föderation aufhält und den Reisepass bei sich hat. Sobald ... sich wieder in Österreich aufhält, wird eine Kopie des Reisepasses nachgereicht“* (Angaben des bevollmächtigten Vertreters im Schriftsatz vom 11. August 2008).

9. Aufenthaltstitel für die Ehegattin des Berufungswerbers und für Maria (Ablichtungen der so genannten NAG-Karten)

10. Mutter – Kind – Pass – Untersuchungen der Ehegattin des Berufungswerbers:

9. August 2005, 15. Oktober 2005, 20. Dezember 2005, 22. Dezember 2005, 27. Dezember 2005; 12. Jänner 2006, 26. Jänner 2006; alle in Österreich.

Und von Philipp:

24. Februar 2006, 1. März 2006, 27. März 2006, 29. Juni 2006, 15. November 2006, 19. März 2007, 12. Juni 2007; alle in Österreich (Ablichtung des Passes).

11. Impfungen von Philipp:

? Juni 2006 in Russland; 23. Mai 2007, 12. Juni 2007, 16. Juli 2007, 20. August 2007 und 8. Jänner 2008; alle in Österreich (Ablichtung des Impf – Ausweises von Philipp).

12. Antrag der Ehegattin des Berufungswerbers vom 6. März 2006 auf Kinderbetreuungsgeld für Philipp (Ablichtung des Antrages).

13. Strom - Gesamtkosten für den Zeitraum vom 30. Juli 2003 bis 6. Mai 2004: 252,79 Euro;  
Strom - Gesamtkosten für den Zeitraum vom 7. Mai 2004 bis 27. Mai 2005: 324,82 Euro;  
Strom - Gesamtkosten für den Zeitraum vom 28. Mai 2005 bis 24. Mai 2006: 290,60 Euro;  
Strom - Gesamtkosten für den Zeitraum vom 25. Mai 2006 bis 28. Juli 2006: 26,99 Euro;  
Strom - Gesamtkosten für den Zeitraum vom 29. Juni 2006 bis 31. Dezember 2006: 229,28 €;  
Strom - Gesamtkosten für den Zeitraum vom 8. Mai 2007 bis 6. Mai 2008: 476,05 Euro  
(Ablichtungen der Strom – Jahresabrechnungen bzw. Endrechnung).

14. Telefon Rechnungen des Berufungswerbers ohne Details (Ablichtungen).

15. Schulbesuchsbestätigung, wonach Maria „in der Zeit von Dezember 2007 – Jänner 2008“ eine AHS am Wohnort in Österreich „als außerordentliche Schülerin besucht hat“. Weiters wurde „die Anmeldung für die 5. Klasse für das Schuljahr 08/09 bestätigt“ (Schulbestätigung vom 19. Juni 2008)

16. Einvernahme einer Wohnungsnachbarin des Berufungswerbers als Zeugin, wonach sich die Ehegattin des Berufungswerbers im Zeitraum von ca. zwei Monaten vor der Geburt von Philipp bis etwa April 2006 am Wohnort in Österreich aufgehalten hat. In den Weihnachtsferien 2006 sei der Berufungswerber in Russland gewesen. Seine Ehegattin habe sich mit Philipp in den Sommerferien 2007 und in den Weihnachtsferien 2007 für jeweils ca. sechs Wochen am Wohnort in Österreich aufgehalten. Seither sei sie nicht mehr hier gewesen. Maria sei nur in den Sommerferien 2007 für ca. zwei Monate hier gewesen (Niederschrift vom 2. Juli 2008).

17. Einvernahme einer weiteren Wohnungsnachbarin des Berufungswerbers als Zeugin, wonach sich die Ehegattin des Berufungswerbers im Zeitraum von ca. vier Monaten vor der Geburt von Philipp bis Anfang April 2006 am Wohnort in Österreich aufgehalten hat. In den Weihnachtsferien 2006 sei der Berufungswerber in Russland gewesen. Seine Ehegattin habe sich mit Philipp in den Sommerferien 2007 und in den Weihnachtsferien 2007 für jeweils ca. sechs Wochen am Wohnort in Österreich aufgehalten. Seither sei sie nicht mehr hier gewesen. Maria sei nur in den Sommerferien 2007 für ca. sechs Wochen hier gewesen (Niederschrift vom 2. Juli 2008).

18. Vorlagebericht des Finanzamtes an den Unabhängigen Finanzsenat vom 12. September 2008. In einer Beilage zu diesem Bericht hat das Finanzamt unter Hinweis auf das durchgeführte Ermittlungsverfahren im Wesentlichen festgestellt, dass sich die Ehegattin des Berufungswerbers *„mit den Kindern nur in den Ferienmonaten in der Wohnung des Gatten aufgehalten“* habe.

19. Abmeldung von Maria vom Schulbesuch für das Schuljahr 2008/2009 durch die Eltern am 27. August 2008. *„Eine neuerliche Anmeldung für das kommende Schuljahr wurde wieder in Aussicht gestellt“* (elektronische Nachricht der Schule vom 16. September 2008).

Der Unabhängige Finanzsenat hat an den bevollmächtigten Vertreter des Berufungswerbers den Schriftsatz vom 30. September 2008 mit nachstehendem Inhalt gerichtet:

*„Der vom Finanzamt festgestellte Sachverhalt wurde Ihnen in der Beilage zum Vorlagebericht des Finanzamtes an den Unabhängigen Finanzsenat zur Kenntnis gebracht.*

*Demnach hielt sich die (Stief-)Tochter des Berufungswerbers, abgesehen von nur kurz andauernden Besuchen im Inland, ständig außerhalb des Bundesgebietes auf. Auch der Sohn des Berufungswerbers hat sich diesen Ermittlungen zufolge nur bis Anfang April 2006 im Bundesgebiet aufgehalten und hat sich anschließend, wiederum abgesehen von Besuchen, ständig außerhalb des Bundesgebietes aufgehalten.*

*Die (Stief-)Tochter des Berufungswerbers hat das Gymnasium ... im Schuljahr 2007/2008 lediglich an einigen Tage zwischen ihrer Einreise ins Inland am 10. Dezember 2007 und dem 22. Jänner 2008 als Gastschülerin besucht. Für das Schuljahr 2008/2009 wurde die (Stief-)Tochter des Berufungswerbers vorerst angemeldet, laut einer Mitteilung der Schule vom 16. September 2008 wurde sie jedoch am 27. August 2008 „persönlich von den Eltern wieder abgemeldet“.*

*Ich bitte Sie um eine Stellungnahme zu diesen Ausführungen. Sollten die genannten Ermittlungsergebnisse des Finanzamtes nach Auffassung Ihres Mandanten nicht den*

*Tatsachen entsprechen, wird um Vorlage geeigneter Nachweise, die diese Ermittlungsergebnisse widerlegen, möglichst bis Ende November dieses Jahres, gebeten.*

Auf dieses Schreiben hat der Vertreter des Berufungswerbers mit Schriftsatz vom 9. Oktober 2008 geantwortet:

*„In umseits näher bezeichneter Rechtssache gibt der Berufungswerber bekannt, dass seine Stieftochter Maria ... tatsächlich noch ein Jahr die 5. Klasse besuchen wird. Die 5. Klasse schließt mit der Matura ab und hat dann Maria ... eine fertige Schulausbildung in Russland absolviert.*

*Aus diesem Grund wurde auch der Schulbesuch im Gymnasium ... abgemeldet und ist geplant, dass zu Beginn des Schuljahres 2009/2010 Maria ... in die 6. Klasse einsteigen wird.“*

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

Gemäß § 5 Abs. 3 des Familienlastenausgleichsgesetzes (FLAG) 1967 besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

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 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. z. B die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 15.11.2005, 2002/14/0103, vom 20.6.2000, 98/15/0016, sowie das Erkenntnis vom 2. Juni 2004, 2001/13/0160).

Es steht nach Auffassung des Unabhängigen Finanzsenats fest, dass sich Maria nur in den Sommerferien 2007 (sechs Wochen bis zwei Monate) und in der Zeit vom 10. Dezember 2007 bis ca. Ende Jänner 2008 tatsächlich in Österreich aufgehalten hat. Bei diesen kurzen Aufenthalten in Österreich kann keine Rede davon sein, dass Maria im maßgeblichen Zeitraum ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich gehabt hätte. Ihr gewöhnlicher Aufenthalt befand sich ohne jeden Zweifel im Ausland, sodass für dieses Kind gemäß § 5 Abs. 3 FLAG 1967 in

Österreich tatsächlich kein Anspruch auf Familienbeihilfe und damit in der Folge auf den Kinderabsetzbetrag bestand.

Mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit hat sich auch die Ehegattin des Berufungswerbers trotz der im Jänner 2005 erfolgten Verehelichung nur vorübergehend für kurze Zeit im Bundesgebiet aufgehalten. Die von den als Zeugen einvernommenen Wohnungsnachbarn angegebenen Zeiten der Inlandsaufenthalte decken sich mit den Untersuchungsterminen im Mutter – Kind – Pass und mit allen anderen Zeiten, zu denen die Ehegattin des Berufungswerbers nachweislich im Inland war (Eintragungen im Impf – Ausweis von Philipp, Antrag auf Kinderbetreuungsgeld, Abschluss des Wohnungs– Mietvertrages). Es ist daher als erwiesen anzunehmen, dass sich die Ehegattin des Berufungswerbers, abgesehen von möglichen sehr kurz dauernden Besuchen, nur im Zeitraum zwischen zwei bis vier Monate vor der Geburt von Philipp im Februar 2006 bis April 2006, somit in der Zeit von etwa Mitte Dezember 2005 bis Anfang April 2006, und in der Folge in den Sommerferien 2007 und in den Weihnachtsferien 2007 für jeweils ca. sechs Wochen am Wohnort in Österreich aufgehalten hat. Auch die Ehegattin des Berufungswerbers hatte damit ihren gewöhnlichen Aufenthalt nie in Österreich. Auch sie hielt sich dem zufolge ständig (im Sinn des § 5 Abs. 3 FLAG 1967) im Ausland auf. Da Philipp immer bei seiner Mutter war, war auch er im Wesentlichen nur in der Zeit vom 24. Februar 2006 bis Anfang April 2006 und in der Folge in den Sommerferien 2007 und in den Weihnachtsferien 2007 für jeweils ca. sechs Wochen in Österreich. Daher hielt auch Philipp sich ständig (im Sinn des § 5 Abs. 3 FLAG 1967) im Ausland auf. Auch für dieses Kind bestand daher tatsächlich nach dieser Norm kein Anspruch auf die österreichische Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag.

Zu der vom Berufungswerber relevierten Unbilligkeit der Rückforderung muss auf § 26 Abs.1 FLAG 1967 hingewiesen werden, wonach, wer Familienbeihilfe objektiv zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen hat, soweit (was im gegenständlichen Fall nicht gegeben ist) der unrechtmäßige Bezug nicht ausschließlich durch eine unrichtige Auszahlung durch eine in § 46 FLAG 1967 genannte Gebietskörperschaft oder gemeinnützige Krankenanstalt (einen so genannten „Selbstträger“) verursacht worden ist.

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, VwGH 13.3.1991, 90/13/0241).

In der Berufungsschrift hat der Vertreter des Berufungswerbers auch ausgeführt, dass die Höhe des rückgeforderten Betrages nicht nachzuvollziehen sei und der Berufungswerber sie in diesem Ausmaß nicht erhalten habe.

Dazu hat das Finanzamt dem Berufungswerber mit Schreiben vom 27. Juni 2008 (unter anderem) Folgendes mitgeteilt:

*„Die im diesbezüglichen Bescheid vom 21.5.2008 rückgeforderten Beträge ergeben sich aus den bisherigen Überweisungen für beide Kinder (Kopien bzw. EDV Ausdrucke über die bisherigen Überweisungen von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag liegen diesem Schreiben bei).“*

In der Beantwortung dieses Schreibens hat der Vertreter des Berufungswerbers dazu keine weiteren Ausführungen getätigt. Es ist daher davon auszugehen, dass die mit den angefochtenen Bescheiden zurückgeforderten, nach der Aktenlage ausgezahlten, Beträge dem Berufungswerber auch tatsächlich ausgezahlt worden waren.

Da die angefochtenen Bescheide der bestehenden Rechtslage entsprechen, musste der Unabhängige Finanzsenat die dagegen gerichtete Berufung, wie im Spruch geschehen, als unbegründet abweisen

Der Berufungswerber hat angeregt, von der Rückforderung des unrechtmäßigen Beihilfenbezuges gemäß § 26 Abs. 4 FLAG 1967 abzusehen. Eine derartige Maßnahme fällt in den Zuständigkeitsbereich des Bundesministeriums für Gesundheit, Familie und Jugend. Es liegt am Berufungswerber, sich mit einer entsprechenden Anregung an dieses Ministerium zu wenden. Es muss aber beachtet werden, dass es sich dabei um eine Maßnahme des Aufsichtsrechtes handelt, auf die kein Rechtsanspruch besteht.

Weiters wird auf die Möglichkeit hingewiesen, beim Finanzamt einen Antrag gemäß § 212 BAO auf Zahlungserleichterung und gemäß § 236 BAO auf Nachsicht einzubringen.

Graz, am 28. Oktober 2008