



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vom 11. Juli 2005 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 3/11 Schwechat Gerasdorf vom 30. Juni 2005 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum Juli 2001 bis Mai 2004 entschieden:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird abgeändert.

Der Rückforderungsbetrag hinsichtlich der Kinder M. und C. wird herabgesetzt. Die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag für das Kind M. werden für die Monate Juli 2001 bis Oktober 2003, für das Kind C. für die Monate Juli 2001 bis Jänner 2004 zurückgefördert.

Der Rückforderungsbetrag hinsichtlich des Kindes N. für die Monate Juli 2001 bis Mai 2004 bleibt gegenüber dem angefochtenen Bescheid unverändert.

Entscheidungsgründe

Mit Schreiben vom 30. Dezember 2004 übermittelte das Finanzamt der Berufungsverberin (Bw.) ein Datenblatt, um überprüfen zu können, ob die Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe noch gegeben sind, mit dem Ersuchen, das Datenblatt genau zu prüfen, allenfalls zu berichtigen und zu ergänzen und anschließend an das Finanzamt rückzuübermitteln.

Auf dem beim Finanzamt wieder eingelangten Datenblatt waren u.a. die Adresse berichtigt und Angaben zum Ehepartner eingetragen. Beigelegt waren Bestätigungen der Meldung aus dem Zentralen Melderegister, eine Schulbesuchsbestätigung betreffend eines der Kinder (M.)

sowie eine Übersetzung "Eidesstattliche Erklärung, Antrag der Heiratslizenz" vom 8. April 2004.

Das Finanzamt forderte einen Versicherungsdatenauszug der Österreichischen Sozialversicherung betreffend die Bw. an und nahm Abfragen aus dem Zentralen Melderegister vor.

In der Folge forderte das Finanzamt mit Bescheid vom 30. Juni 2005 von der Bw. die für ihre Kinder – N., geboren am, C., geboren am, und M., geboren am ... – für die Zeit von Juli 2001 bis Mai 2004 bezogenen Beträge an Familienbeihilfe und die für diese Zeiträume bezogenen Kinderabsetzbeträge in Höhe von insgesamt € 19.432,48 zurück.

In der Bescheidbegründung wird angeführt, dass die Anspruchsvoraussetzungen gemäß § 2 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG), wonach nur Personen mit Wohnsitz oder gewöhnlichem Aufenthalt im Bundesgebiet Anspruch auf Familienbeihilfe haben, im vorliegenden Fall nicht zutreffen.

Die Bw. brachte gegen den Rückforderungsbescheid die folgende Berufung ein:

"Ich lebte seit 1998 in Scheidung von meinem Ex-Mann Die Trennung verlief sehr turbulent, es gab im Okt. 1998 eine Wegweisung meines Ex-Mannes, dann weitere körperliche Attacken auf mich im Juni und Juli 1999 in meinem Geschäftslokal in Wien Im Juli 99 erfuhr ich auch von den 3 Kindern, dass es körperliche Züchtigungsmaßnahmen seitens des Vaters gegeben hat, wenn die Kinder sich auf meine Seite gestellt haben. Daraufhin habe ich die Kinder zunächst einmal nach Wien entführt, wo ich mich dann 2 Jahre lang aufgehalten habe (...). Die Scheidung konnte wegen der Verzögerungstaktik des (Exgatten) all die Jahre nicht durchgeführt werden. Er beantragte aber die Obsorge über die Kinder und ein Besuchsrecht. Dann begann der Kindesvater den Kindern auf der Straße aufzulauern und sie sogar mit dem Auto zu hetzen (...). Auf Grund der Situation habe ich schließlich dem Gericht ... mitgeteilt, dass ich mich mit den Kindern für ein Jahr oder länger, aber auf jeden Fall vorübergehend, im Ausland verstecken werde bis der Fall abgeschlossen ist. Während dieser Zeit besaß ich ja noch immer in Österreich die Grund- und Haushälften in St., in der, sowie mein Geschäftslokal in Wien (siehe beiliegende Anordnung der Schätzung zu Grundbuch ... und Klage ... vom 07.07.03 ... sowie Bekanntgabe meiner Zustelladresse in Wien). Aus der Vermietung meines Geschäftslokales hatte ich Mieteinnahmen, die auch vom FA während der Jahre 2002/2003 10 Monate lang gepfändet wurden, da ich angebliche Steuerschulden aus meiner Geschäftstätigkeit hatte. Ich hatte damals (2001) Einspruch erhoben und mitgeteilt, dass ich als Reisevermittler diese Gelder nur treuhändig für meine Leistungsträger übernommen hatte, dass diese also nicht als Einnahmen aus dem Gewerbebetrieb zu betrachten seien. Dies nützte mir aber nichts.

Ich hatte also meinen Lebensmittelpunkt die ganze Zeit über in Österreich und habe von den Mieteinnahmen (OES 7.000,00 bzw. Euro 508,00 monatl.) und der Familienbeihilfe, über die ich mittels Kreditkarte verfügen konnte, meine Kinder und mich selbst erhalten. ... Auch war ich in Österreich noch bis Mai 2002 verheiratet und der Vergleich, bei welchem ich auf sämtliche Vermögenswerte zugunsten meine Ex-Mannes verzichtete, fand erst im Juni 2003 (Rechtskraft 08/03) statt (siehe Beilagen). Die Ausführung, sprich die Ausgleichszahlungen und das Akonto auf den seit unserer Trennung bestehenden Rückstand auf den Kindesunterhalt, erhielt ich allerdings erst im Frühjahr 2004. Zu diesem Zeitpunkt hatte ich aber die beiden größeren Kinder bereits voraus nach Österreich zurückgeschickt, und zwar, damit sie schulisch nicht noch mehr versäumen (die amerikanischen Schulen waren ja gut für das Vertiefen der englischen Sprachkenntnisse, aber ansonsten den österreichischen Schulen nicht gleichwertig). Im Juni 2004 kam ich dann mit dem Jüngsten auch nach. Ich wollte ihn nicht im letzten Volksschuljahr ein paar Monate vor dem Schulschluss herausnehmen. Er hätte nämlich sonst die VS in Österreich nicht so abgeschlossen, dass er ein Gymnasium besuchen hätte können. Ich habe N dann im Sommer selbst in der deutschen Sprache unterrichtet, sodass er ohne Probleme nun das Gymnasium besuchen kann (...).

Mit den Geldern (ca. Euro 64.000,00), die ich durch den Vergleich erhielt, deckte ich meine Schulden, die ich in Österreich hatte, ab. Hätte ich nicht meinen Lebensmittelpunkt in Österreich gehabt, dann hätte ich ja diese Gelder ins Ausland transferieren und davon im Ausland weiterleben können. Als ich zurück kam, musste ich also von Null anfangen, da auf Grund des Vergleiches nun auch meine Mieteinnahmen an meinen Ex-Mann gehen (...), obwohl er bis dato die Übertragung der Liegenschaften auf ihn alleine noch nicht durchgeführt hat.

Seit dem Juni 2001 läuft auch ein Herabsetzungsantrag des Kindesvaters beim JA 19 bezüglich des Kindesunterhaltes, über welchen bis zum heutigen Tag (seit mehr als 4 Jahren also!) noch nicht entschieden ist. Deshalb erhalte ich derzeit nur Euro 140,00 pro Kind und Monat UV (...). Ich bin seit Juni 2004 auf Arbeitssuche und erhalte derzeit etwa Euro 490,00 (...) Notstandshilfe pro Monat und eine Ausgleichszahlung vom Sozialreferat (...) sowie Wohnbeihilfe (...).

Die Kinder M und C besuchten bereits im Schuljahr 2003/04 wieder die Schule in Wien. Auch erhielten wir UV für die beiden Kinder während dieser Zeit (...).

Ich ersuche Sie, auf Grund der speziellen Umstände von einer Rückforderung der Beträge Abstand zu nehmen. Ich habe die Familienbeihilfe, die ich angeblich zu Unrecht bezogen habe, im guten Glauben verbraucht. Ich beziehe mich dabei auf den Paragraphen 26, Abs. 4 des Familienlastenausgleichsgesetzes von 1967, in welchem es heißt: Die Oberbehörden sind ermächtigt, in Ausübung des Aufsichtsrechtes die nachgeordneten Abgabenbehörden

anzuweisen, von der Rückforderung des unrechtmäßigen Bezuges abzusehen, wenn die Rückforderung unbillig wäre. Da ich auf Grund meiner Einkommensverhältnisse auf die Familienbeihilfe angewiesen bin, um meinen Kindern ein lebenswertes Dasein bieten zu können, ersuche ich Sie dringend, meine laufenden Familienbeihilfen nicht zu pfänden. ...

Ich möchte also zusammenfassend nochmals betonen: Ich war fest davon überzeugt, dass mir als österreichischer Staatsbürger mit österreichischen Kindern, der Besitz in Österreich und Einkommen aus Österreich bezieht, die Familienbeihilfe während unserer notgedrungenen vorübergehenden Abwesenheit zusteht. Denn ich habe sogar nachträglich den Alleinerhalterabsetzbetrag beantragt für diese Zeit, da ich ja wirklich für die Kinder alleine sorgen hatte müssen, sogar unter ganz harten Bedingungen und unter psychischem Stress, den ich nicht einmal meinen ärgsten Feinden vergönne würde. Ich wollte verhindern, dass die Kinder zwischen zwei streitenden Parteien zerrissen werden und körperlichen und psychischen Attacken seitens des Vaters ausgesetzt sind.

Es wäre sehr hart für die Familie, wenn das FA den gesamten Rückforderungsbetrag von uns verlangen würde, aber ich bereue es nicht, mich mit den Kindern versteckt zu haben, da sich diese Zeit sehr positiv auf meine Kinder ausgewirkt hat."

Der Berufung wurden u.a. folgende Unterlagen beigelegt:

- Handschriftlicher Brief der Bw. vom 16. Juni 2001, in dem der 23. Juni 2001 als Tag des Fluges in die USA genannt wird.
- Beschluss des Bezirksgerichtes F. vom 13. Februar 2002, in dem festgehalten wird (vgl. Seite 2, 4. und letzter Absatz):

"Im Sommer 2001 verließ die Mutter (die Bw.) mit den Kindern Österreich und nahm Wohnung in den USA. Die Familie beabsichtigt zumindest für 1 Jahr, voraussichtlich für länger, dort zu leben. ...
 Begleitende Besuchskontakte – wie sie dem Kindeswohl nicht abträglich wären – können aber durch österreichische Gerichte derzeit nicht angeordnet und auch nicht durchgesetzt werden, da die Kinder sich in den USA befinden."
- Scheidungsurteil vom 8. Mai 2002, Bezirksgericht T.
- Vergleich vom 26. Juni 2003 zwischen der Bw. und ihrem Exgatten, in welchem die Bw. bewilligt, dass ob den ihr zugeschriebenen Anteilen der Liegenschaft in Wien D. sowie ob dem ihr gehörigen Hälfteanteil der Liegenschaft in St. das Eigentumsrecht für ihren Exgatten grundbücherlich einverleibt werde.
- Niederschrift aufgenommen am 24. November 2003 im Amt für Jugend und Familie – Rechtsfürsorge ..., in welcher der Sohn der Bw. aus erster Ehe und die Mutter der Bw. die Angabe machen, sie haben während der Abwesenheit der Bw. gemeinsam die

Verantwortung für Pflege und Erziehung für den bei der Verhandlung ebenfalls anwesenden (Halb)Bruder bzw. Enkel M. übernommen.

- Schulnachricht des Bundesgymnasiums und Bundesrealgymnasiums mit musischer Ausbildung Wien ... sowie Halbjahreszeugnis der Ballettschule der Wiener Staatsoper für M. für das Schuljahr 2003/04, beide vom 30. Jänner 2004
- Niederschrift aufgenommen am 21. Juni 2004 im Amt für Jugend und Familie – Rechtsfürsorge ..., in welcher die Bw. angibt, am 17. Juni 2004 mit ihrem jüngsten Sohn N aus den USA zurück gekehrt zu sein.
- Schulbesuchsbestätigung des Bundesgymnasiums und Bundesrealgymnasiums mit musischer Ausbildung Wien vom 25. Juni 2004 für C. für das Schuljahr 2003/04, in welcher festgehalten wird, dass das Kind die dritte Klasse als außerordentliche Schülerin während des Schuljahres vom 18. Februar 2004 bis zum 2. Juli 2004 besucht hat.
- Beschlüsse des Bezirksgerichtes F. vom 12. Juli 2004 h den Pflegschaftssachen M und C.
- Anordnung der Schätzung der Liegenschaft in St. durch das Bezirksgericht T. vom 30. März 2005
- Schreiben des Amtes für Jugend und Familie – Rechtsfürsorge ... vom 13. Juli 2005, in welchem festgehalten wird, dass M. sich seit November 2003, C sich seit März 2004 und N sich seit Juni 2004 in Österreich befinden.

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 2 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) haben Anspruch auf Familienbeihilfe Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben – im gegenständlichen Fall für minderjährige Kinder.

Einen Wohnsitz im Sinn der Abgabenvorschriften hat jemand dort, wo er eine Wohnung innehat unter Umständen, die darauf schließen lassen, dass er die Wohnung beibehalten und benutzen wird (§ 26 Abs. 1 BAO).

Den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne der Abgabenvorschriften hat jemand dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt (§ 26 Abs. 2 erster Satz BAO).

Gemäß § 5 Abs. 3 FLAG (idF BGBI. I Nr. 142/2000) besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

Nach § 10 Abs. 2 FLAG wird die Familienbeihilfe vom Beginn des Monats gewährt, in dem die Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt werden. Der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschließungsgrund hinzukommt.

Gemäß § 33 Abs. 4 Z 3 lit. a zweiter Satz EStG 1988 steht einem Abgabepflichtigen für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, kein Kinderabsetzbetrag zu.

Innehaben bedeutet, über eine Wohnung bzw. eine Unterbringungsmöglichkeit, tatsächlich oder rechtlich verfügen zu können, sie also jederzeit für den eigenen Wohnbedarf benützen zu können. Eine natürliche Person kann daher mehrere Wohnsitze gleichzeitig haben, aber nicht gleichzeitig mehrere gewöhnliche Aufenthalte (siehe Ritz, Bundesabgabenordnung³, Kommentar, Tz 5 zu § 26).

Nach Wittmann/Papacek, Der Familienlastenausgleich, Kommentar, § 5, S 8, wird von einem "ständigen Aufenthalt" nur dann gesprochen werden können, "wenn die Umstände erkennen lassen, dass die körperliche Anwesenheit eine dauernde, demnach nicht nur eine vorübergehende sein wird. Für die Begründung des gewöhnlichen Aufenthaltes gemäß § 26 Abs. 2 erster Satz BAO ist ebenfalls das Vorliegen objektiv erkennbarer Umstände erforderlich, aus denen geschlossen werden kann, dass der Aufenthalt nicht nur vorübergehend sein wird. Es liegt daher offenkundig kein wesentlicher Unterschied zwischen dem "ständigen Aufenthalt" im Sinne des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 und dem "gewöhnlichen Aufenthalt" im Sinne des § 26 Abs. 2 erster Satz BAO vor."

Ein Aufenthalt zu Urlaubszwecken, Kurzwecken und Erholungszwecken wäre typischerweise nicht geeignet, als ständig beurteilt zu werden (vgl. VwGH 31.3.1992, 87/14/0096).

Zum Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt der Bw.:

Der Umstand, dass im März 2005 hinsichtlich der Liegenschaft in St. die Anordnung der Schätzung einer Liegenschaft, welche Anordnung die Bw. als zweitverpflichtete Partei ausweist, erfolgte (Anordnung der Schätzung einer Liegenschaft, AS 65), belegt das Vorbringen der Bw., wonach sie während der Zeit des Auslandsaufenthaltes in Österreich die Grund- und Haushälfte in St. besaß. Auf Grund der besonderen Verhältnisse, die auch die Ursache des Auslandsaufenthaltes waren, kann jedoch nicht davon gesprochen werden, die Bw. hätte die Innehabung hinsichtlich des im gemeinsamen Eigentum der nach der Flucht getrennt lebenden damaligen Ehegatten befundenen Hauses in St. – in dem der letzte gemeinsame Aufenthalt der ehemaligen Ehegatten gelegen war (Scheidungsurteil vom 8. Mai 2002, AS 67) – gehabt. Den eigenen Angaben der Bw. zufolge hatte sie die Kinder zunächst (zu ergänzen: von St.) nach Wien entführt und sich dann zwei Jahre lang in Wien aufgehalten (Seite 1 der Berufung). Mit diesen Angaben stimmt das Ergebnis der Meldeabfrage überein,

an der in der Berufung angegebenen Anschrift war die Bw. ab September 1999 bis Juni 2001 gemeldet (Meldeabfrage, AS 26).

Im Juni 2001 "verließ die Bw. mit den Kindern Österreich und nahm Wohnung (im Ausland). Die Familie beabsichtigt(e) zumindest für 1 Jahr, voraussichtlich für länger, dort zu leben." (Beschluß des Bezirksgerichtes, AS 39f und Seite 1, zweiter Absatz der Berufung).

In der Folge kehrte die Bw. im Juni 2004 – also nach genau drei Jahren – nach Österreich zurück (Meldeabfrage, AS 12 und 26; Seite 1, letzter Absatz der Berufung). Die Kinder kehrten im November 2003, Februar 2004 und im Juni 2004 nach Österreich zurück (näheres vgl. unten).

Die Bw. hatte somit in der Zeit zwischen Juni 2001 und Juni 2004 in Österreich weder einen Wohnsitz noch den gewöhnlichen Aufenthalt.

Die in § 2 Abs. 1 FLAG normierten Voraussetzungen wurden daher *von der Bw. nicht* erfüllt.

Zum ständigen Aufenthalt der Kinder der Bw.:

Unabhängig von der Bestimmung des § 2 Abs. 1 FLAG ist in einem weiteren Schritt im Grunde des zitierten § 5 Abs. 3 FLAG zu beurteilen, ob und in welchen Zeiträumen sich die Kinder der Bw. ständig im Ausland aufhielten.

Die Kinder der Bw. besuchten die ausländischen ihrem Alter entsprechenden Schulen und kehrten schließlich wie folgt nach Österreich zurück:

Das älteste Kind kehrte im November 2003 zurück und besuchte sodann eine österreichische Schule (Niederschrift des Amtes für Jugend und Familie vom 24. November 2003 mit Bezugnahme auf eine Vollmacht vom 9. November 2003, AS 45; Schulnachricht vom 30. Jänner 2004, AS 46; Beschluß des Bezirksgerichtes, AS 48; Schreiben des Amtes für Jugend und Familie vom 13. Juli 2005, AS 50).

Im Grunde der Bestimmung des § 5 Abs. 3 FLAG bestand daher betreffend das älteste Kind M. Anspruch auf Gewährung von Familienbeihilfe ab November 2003 und erfolgte die Rückforderung der Beträge für die Monate November 2003 bis Mai 2004 nicht mit Recht.

Das zweitälteste Kind kehrte im Februar 2004 zurück und besuchte sodann eine österreichische Schule (Schulbesuchsbestätigung über den Besuch ab 18. Februar 2004, AS 52; Beschluß des Bezirksgerichtes, AS 51).

Im Grunde der Bestimmung des § 5 Abs. 3 FLAG bestand daher betreffend das zweitälteste Kind C. Anspruch auf Gewährung von Familienbeihilfe ab Februar 2004 und erfolgte die Rückforderung der Beträge für die Monate Februar 2004 bis Mai 2004 nicht mit Recht.

Das jüngste Kind kehrte (gemeinsam mit der Mutter, der Bw.) im Juni 2004 zurück und besuchte ab Herbst eine österreichische Schule (Niederschrift des Amtes für Jugend und Familie vom 21. Juni 2004, AS 49; Schreiben des Amtes für Jugend und Familie vom 13. Juli 2005, AS 50; Seite 1, letzter Absatz der Berufung).

Im Grunde der Bestimmung des § 5 Abs. 3 FLAG bestand daher betreffend das jüngste Kind N. Anspruch auf Gewährung von Familienbeihilfe ab Juni 2004 und erfolgte die Rückforderung der Beträge mit Recht gemäß dem Bescheid des Finanzamtes.

Gemäß § 26 Abs. 1 FLAG hat derjenige, der die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen, soweit der unrechtmäßige Bezug nicht ausschließlich durch eine unrichtige Auszahlung durch eine in § 46 FLAG genannt Gebietskörperschaft oder gemeinnützige Krankenanstalt verursacht worden ist.

Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist gemäß § 33 Abs. 4 Z 3 lit. a letzter Satz EStG 1988 § 26 FLAG anzuwenden.

Die Verpflichtung zur Rückzahlung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge kann nicht mit dem Hinweis abgewendet werden, dass die Beihilfen im guten Glauben bezogen und verbraucht worden sind. Diese Einwendung wäre nur dort zielführend, wo sich ein Rückforderungsanspruch auf die Normen des bürgerlichen Rechtes als Ausdruck eines allgemein geltenden Rechtsgrundsatzes gründet.

Die Verpflichtung zur Rückerstattung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge ist jedoch von subjektiven Momenten – wie Verschulden, Gutgläubigkeit – unabhängig (VwGH 3.11.1954, 3505/53, VwGH 20.12.1968, 486/68).

Soweit sich die Bw. auf eine Maßnahme nach § 26 Abs. 4 FLAG beruft, kann dies ihrer Berufung zu keinem Erfolg verhelfen. Auf eine mit dieser Bestimmung ermöglichte aufsichtsbehördliche Maßnahme der Oberbehörde besteht nämlich kein Rechtsanspruch (vgl. z.B. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 22.4.1998, 98/13/0067) und ist ferner insbesondere darauf hinzuweisen, dass diese Bestimmung nur dann anwendbar ist, wenn noch kein Rückforderungsbescheid erlassen worden ist.

Der Berufung war somit nach den obigen Ausführungen teilweise stattzugeben.

Wien, am 26. Juli 2006