



## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vertreten durch Dr. x, vom 17. März 2005 gegen den Bescheid des Finanzamtes Linz vom 14. Februar 2005 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für das Kind Y., für den Zeitraum September 2001 bis Oktober 2004 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Das Finanzamt hat mit Bescheid vom 14.2.2005 die Familienbeihilfe für die minderjährige Tochter des Berufungswerbers für die Zeit von September 2001 bis Oktober 2004 sowie die Kinderabsetzbeträge für diese Zeit in Höhe von insgesamt € 7.077,26 zurückgefordert.

Der Anspruch auf Familienbeihilfe sei für die Tochter des Berufungswerbers gem. § 5 Abs. 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 mit 1.9.2001 erloschen, weil sie seit dem Schuljahr 2001/2002 ständig die Pflichtschule in Ägypten besucht und sich somit seit diesem Zeitpunkt ständig im Ausland aufhalte.

Die dagegen eingebrachte Berufung wird wie folgt begründet.

Gemäß § 5 Abs. 3 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1997 bestehe kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

Tatsache sei, dass sich die minderjährige Tochter des Berufungswerbers nicht ständig in Ägypten aufhalte. Sie besuchte lediglich die Pflichtschule in Ägypten und zwar im Zeitraum von Oktober bis Mai jeden Jahres. Sie hielt sich während dieser Zeit bei ihren Großeltern in

Ägypten auf. In der Zeit von Ende Mai bis Ende September jeden Jahres befindet sie sich in Österreich bei ihren Eltern und lebt mit diesen im gemeinsamen Haushalt. Es handelt sich dabei um die Sommerferien, die in Ägypten insbesondere aufgrund der dann dort herrschenden großen Hitze relativ lange, nämlich den besagten Zeitraum, dauern würden. Es könnte daher nicht davon die Rede sein, dass sie sich ständig im Ausland aufhalte. Sie sei auch an der Anschrift der Eltern gemeldet. Der Berufungswerber und seine Tochter seien österreichische Staatsbürger. Die Tochter besuchte aus Gründen der traditionellen Ausbildung die Pflichtschule in Ägypten. Der Berufungswerber sei ägyptischer Abstammung. Als Nachweis für den Umstand, dass sich die Tochter in den besagten Monaten in Österreich aufhalte, würden diverse ärztliche Bestätigungen vorgelegt, aus denen sich ergebe, dass sie in Österreich behandelt worden sei und sich daher nicht gleichzeitig in Ägypten aufgehalten habe können.

Darüber hinaus sei festzuhalten, dass der Berufungswerber schon bei der ersten Antragstellung auf den Umstand hingewiesen habe, dass seine Tochter die Pflichtschule in Ägypten besuchte. Es sei dies von ihm mündlich erklärt worden und darüber hinaus sei eine entsprechende Bestätigung über den Schulbesuch beigelegt worden. Diese Bestätigung liege ebenso bei.

Das Finanzamt sei daher stets in Kenntnis sämtlicher relevanter Umstände gewesen.

Dem Berufungswerber sei auch erklärt worden, dass der Besuch in Ägypten, was den Bezug der Familienbeihilfe, etc. anlange, keinerlei Problem darstelle. Der Berufungswerber habe nichts verschwiegen oder verheimlicht. Das Finanzamt Linz sei davon ausgegangen, dass sich die Tochter nicht ständig im Ausland aufhalte.

Ein allenfalls unrechtmäßiger Bezug wäre daher ausschließlich durch eine unrichtige Auszahlung seitens des Bundes verursacht worden.

Der Berufungswerber sei bei der xx beschäftigt und verdiente dort ca. 750,00 € monatlich netto. Auf die in Kopie beiliegende Gehaltsbestätigung werde dazu verwiesen.

Es sei ihm nicht zumutbar, aufgrund eines – sollte der Bezug unrechtmäßig sein – Fehlers der Finanzverwaltung einen derart hohen Betrag zurückzuzahlen und dies noch dazu auf einmal. Auch aus diesen Gründen entfalle eine Rückzahlungsverpflichtung gemäß § 26 Abs. 1 des Familienlastenausgleichsgesetzes.

Abgesehen davon wäre die Rückforderung im Sinne des § 26 Abs. 4 des Familienlastenausgleichsgesetzes unbillig. Aufgrund des Umstandes, dass es, sollte ein unrechtmäßiger Bezug vorliegen, der Behörde schon viel früher möglich gewesen wäre, den unrechtmäßigen Bezug festzustellen und aufgrund der Einkommenssituation des Berufungswerbers wäre es eine nicht zu vertretende Härte, ihn zur Rückzahlung heranzuziehen.

Das Finanzamt hat die Berufung mit Berufungsvorentscheidung vom 19.7.2005 als unbegründet abgewiesen.

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

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sei der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs. 3 FLAG unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2 der Bundesabgabenordnung (BAO) zu beurteilen. Danach habe jemand den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne der Abgabenvorschriften dort, wo er sich unter Umständen aufhalte, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweile. Diese nicht auf den Mittelpunkt der Lebensinteressen abstellende Beurteilung sei nach objektiven Kriterien zu treffen. Ein Aufenthalt in dem genannten Sinne verlange grundsätzlich körperliche Anwesenheit. Daraus folge auch, dass eine Person nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben könne. Um einen gewöhnlichen Aufenthalt aufrecht zu erhalten, sei aber keine ununterbrochene Anwesenheit erforderlich. Abwesenheiten, die nach den Umständen des Falles nur als vorübergehend gewollt anzusehen seien, würden nicht den Zustand des Verweilens unterbrechen und daher auch nicht den gewöhnlichen Aufenthalt (vgl. VwGH-Erkenntnis vom 2. Juni 2004, ZI. 2001/13/0160).

Auf Grund der vorliegenden Unterlagen und den Angaben in der Berufung besuche die Tochter des Berufungswerbers seit dem Schuljahr 2001/2002 die Schule in Ägypten. Lediglich die Ferien würden in Österreich verbracht, was durch Vorlage von diversen Arztbestätigungen auch nachgewiesen worden sei. Das Verbringen der Ferien in Österreich sei aber jeweils als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, wodurch der ständige Aufenthalt der Tochter in Ägypten nicht unterbrochen werde (vgl. VwGH-Erkenntnis vom 2. Juni 2004, ZI. 2001/13/0160).

Im Vorlageantrag vom 9.8.2005 wird im Wesentlichen angeführt, dass sich der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Tochter des Berufungswerbers in Österreich befindet. Ihre Eltern würden ständig in Österreich leben. Sie besuche in Ägypten lediglich die Schule. Auch bei einem Internatsschüler, der körperlich sicherlich die überwiegende Zeit in der Schule und nicht im Elternhaus verbringe, werde davon auszugehen sein, dass der Mittelpunkt der Lebensinteressen bei den Eltern sei.

Dass von dem Umstand, dass die Tochter des Berufungswerbers die Pflichtschule in Ägypten besuche, das Finanzamt stets in Kenntnis war, verschweige das Finanzamt.

Dass ein allenfalls unrechtmäßiger Bezug somit ausschließlich durch eine unrichtige Auszahlung seitens des Bundes verursacht worden sei, bleibe ebenso völlig unerwähnt. Auch gehe das Finanzamt nicht darauf ein, dass eine Rückforderung nicht zumutbar oder unbillig wäre.

Es werde darüber eine Entscheidung begehr bzw. hätte das Finanzamt darüber bereits eine Entscheidung in der Berufungsverfahrensentscheidung treffen müssen.

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

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

Nach der ständigen Rechtssprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist der ständige Aufenthalt iSd § 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 iSd 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 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.

Die Tochter des Berufungswerbers ist seit 26.6.2001 an der Adresse des Berufungswerbers gemeldet und von Ägypten zugezogen. Unbestritten besucht sie seit dem Schuljahr 2001/2002 die Schule in Ägypten und wohnt dort bei ihren Großeltern. In der Berufung wird angeführt, dass sie sich in der Zeit von Ende Mai bis Ende September jeden Jahres in Österreich bei ihren Eltern befindet und mit diesen im gemeinsamen Haushalt lebe. Es handle sich dabei um die Sommerferien.

Unbestritten ist somit der Schulbesuch des Kindes im Ausland auf mehrere Jahre angelegt. Dabei handelt es sich um einen Zeitraum, der nicht mehr als bloß vorübergehender Aufenthalt beurteilt werden kann.

Das Verbringen der Ferien in Österreich unterbricht den ständigen Aufenthalt im Ausland nicht (vgl. Erkenntnisse des VwGH vom 15.11.2005, 2002/14/0103, v. 20.6.2000, 98/15/0016, v. 8.6.1982, 82/14/0047, v. 28.11.2002, 2002/13/0079).

Wie der VwGH im Erkenntnis vom 15.11.2005, 2002/14/0103, ausführt, hat er schon im Erkenntnis vom 6.10.1980, 2350/79, ausgesprochen, dass Personen, die sich während der Arbeitswoche ständig am Betriebsort aufhalten, nur dort ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben. Dies müsste grundsätzlich auch für Schüler gelten, die sich während der Schulwoche ständig am Schulort aufhalten, sofern nicht im Einzelfall ein zeitliches Überwiegen der Aufenthalte in Österreich glaubhaft gemacht werden kann.

Demnach ist aber im vorliegenden Fall von einem ständigen Aufenthalt der Tochter des Berufungswerbers im Ausland auszugehen, weshalb jedenfalls im Berufungszeitraum kein Anspruch auf die Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag (§ 33 Abs. 4 Z 3 lit. a Einkommensteuergesetz 1988) vorlag.

§ 26 Abs. 1 FLAG 1967 lautet:

"Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen, soweit der unrechtmäßige Bezug nicht ausschließlich durch eine unrichtige Auszahlung durch "eine in § 46 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 genannte Gebietskörperschaft oder gemeinnützige Krankenanstalt" verursacht worden ist. Zurückzuzahlende Beträge können auf fällige oder fällig werdende Familienbeihilfen angerechnet werden."

Nach § 46 Abs. 1 FLAG 1967 hat der Bund, mit Ausnahme der von ihm verwalteten Betriebe, Unternehmungen, Anstalten, Stiftungen und Fonds, den Aufwand an Familienbeihilfen sowie den Aufwand für den Mutter-Kind-Pass-Bonus für seine Empfänger von Dienstbezügen sowie von Ruhe- und Versorgungsgenüssen, von Bezügen aus der Kriegsopfersversorgung, aus der Heeresversorgung und aus der Opferfürsorge aus eigenen Mitteln zu tragen.

Im Erkenntnis vom 25.1.2001, 2000/15/0183, hat der Verwaltungsgerichtshof dargelegt, dass das Tatbestandsmerkmal des § 46 FLAG 1967 "seine Empfänger von Dienstbezügen" nur auf solche Empfänger von Dienstbezügen bezogen ist, deren Arbeitgeber den Aufwand an Familienbeihilfen aus eigenen Mitteln zu tragen haben.

Das sind somit die Fälle, in denen die Familienbeihilfe nicht vom Finanzamt ausbezahlt wird. Nach der ab 1.5.1996 geltenden Rechtslage steht es der Rückforderung nicht entgegen, wenn der unrechtmäßige Bezug ausschließlich durch eine unrichtige Auszahlung durch das Finanzamt verursacht worden ist.

Dem Berufungswerber wäre damit für seinen Standpunkt auch dann nicht geholfen, wenn seine Behauptung zuträfe, der unrechtmäßige Bezug der rückgeforderten Leistungen gehe ausschließlich deshalb auf einen Fehler des Finanzamtes zurück, weil er dem Finanzamt den Auslandsaufenthalt seiner Tochter rechtzeitig mitgeteilt habe.

Gemäß § 26 Abs. 4 FLAG 1967 sind die Oberbehörden ermächtigt, in Ausübung ihres Aufsichtsrechtes die nachgeordneten Abgabenbehörden anzuweisen, von der Rückforderung des unrechtmäßigen Bezuges abzusehen, wenn die Rückforderung unbillig wäre.

Die im § 26 Abs. 4 FLAG 1967 vorgesehene Abstandnahme von der Rückforderung einer zu Unrecht bezogenen Familienbeihilfe ist eine Maßnahme der Dienstaufsicht.

Es besteht daher weder ein Rechtsanspruch darauf noch die Möglichkeit eines Rechtsmittels, wenn die Abgabenbehörde einem Begehren der Partei auf Abstandnahme von der

Rückforderung nicht Rechnung trägt.

Das bedeutet jedoch nicht, dass der Partei damit jede Möglichkeit der Rechtsverfolgung genommen ist. Kommt es nämlich zu einer Rückforderung des Überbezuges, so kann eine Nachsicht gemäß § 236 BAO bei Vorliegen der Voraussetzungen in einem ordentlichen Verfahren erwirkt werden, wodurch derselbe Erfolg wie im Falle der Abstandnahme von der Rückforderung erreicht wird.

Die Abstandnahme von der Rückforderung erfolgt nicht durch einen verfahrensrechtlichen Bescheid, sondern dadurch, dass es die Behörde unterlässt, einen Rückforderungsbescheid zu erlassen.

Aus den angführten Gründen war daher wie im Spruch zu entscheiden.

Linz, am 19. April 2007