



## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., W.,Q-Straße, vertreten durch Mag. Peter Zivic, Rechtsanwalt, 1010 Wien, Weihburggasse 20, vom 13. Februar 2006 gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 4., 5. und 10. Bezirk vom 11. Jänner 2006 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. September 2004 bis 31. März 2005 entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der Bescheid betreffend Rückforderung der Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbeträge für den Zeitraum 1.9.2004 bis 31.3.2005 wird aufgehoben.

### **Entscheidungsgründe**

Der Berufungswerber (Bw.) ist nicht österreichischer Staatsbürger.

Mit Bescheid vom 11. Jänner 2006 wurden vom Bw. die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag für die Zeit vom 1.9.2004 bis 31.3.2005 für folgende Kinder rückgefordert:

A., geb. am 15.10.2000

B., geb. am 23.3.2003

Begründend wurde ausgeführt, der Bw. sei bei der Firma I-GmbH keine drei Monate beschäftigt gewesen und der Bezug von Arbeitslosengeld begründe keinen Anspruch auf Familienbeihilfe.

In der dagegen erhobenen Berufung wies der steuerliche Vertreter des Bw. darauf hin, dass Personen, die sich seit mindestens sechzig Kalendermonaten im Bundesgebiet aufhielten, österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt seien, d.h. sie hätten Anspruch auf Familienbeihilfe, auch wenn sie nicht in Beschäftigung stünden oder wenn die Beschäftigung weniger als drei Monate lang dauere oder keine Bezüge aus der gesetzlichen Krankenversicherung im Bundesgebiet bezogen würden.

Der Bw. halte sich seit dem Jahr 1994 ständig in Österreich auf und sei seither laufend teils selbstständig, teils nichtselbstständig tätig. Der Anspruch des Bw. auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für seine beiden minderjährigen Kinder bestehe daher zu Recht.

Mit Ergänzungersuchen vom 20.9.2006 wurde der Bw. ersucht, sämtliche Meldezettel und Visa für sich, seine Gattin und die beiden Kinder vorzulegen.

In Entsprechung dieses Ersuchens wurden folgende Unterlagen in Kopie beigebracht:

- Reisepässe und Niederlassungsnachweise
- Versicherungsdatenauszug der österreichischen Sozialversicherung
- Meldebestätigung der MA 62 (ergänzend wurde angemerkt, dass der Bw. in der Zeit vom 15.7.1997 bis 15.2.1998 und vom 27.10.2002 bis 15.9.2003 offenbar vom Vermieter ohne sein Wissen abgemeldet worden sei, er aber ab 10.2.2003 bei der Firma O-GmbH beschäftigt gewesen sei)
- Einzahlungsbelege betreffend die Bezahlung eines Mietrückstandes in Raten
- Meldezettel betreffend die Ehefrau des Bw. und deren Meldung in Österreich ab 22.10.2001
- Meldezettel betreffend das Kind A. , geb. am 15.10.2000, und dessen Meldung in Österreich ab 22.10.2001
- Gesundheitspass und Mutter-Kind-Pass betreffend das Kind A.
- Geburtsurkunde betreffend das in Österreich geborene Kind B. , geb. am 23.3.2003
- 2 Meldebestätigungen betreffend das Kind B.
- Mutter-Kind-Pass betreffend das Kind B.

Weiters beantragte der steuerliche Vertreter des Bw. zum Beweis für den durchgehenden gewöhnlichen Aufenthalt des Bw. in Österreich ab 1993 die Ladung und Einvernahme des Zeugen X., wohnhaft in W.,L-Straße.

Die Berufung wurde mit Berufungsvorentscheidung als unbegründet abgewiesen und nach Zitat der Bezug habenden gesetzlichen Bestimmungen ausgeführt, aus den vorgelegten Unterlagen sei der laut Gesetz geforderte fünfjährige ständige Aufenthalt im Bundesgebiet nicht nachvollziehbar.

Im Antrag auf Vorlage der Berufung zur Entscheidung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz führte der steuerliche Vertreter des Bw. aus, eine genauere Betrachtung der Meldedaten und der Anmeldungen zur Sozialversicherung zeige, dass die Feststellung des tatsächlichen Aufenthaltes einer Person im Bundesgebiet allein dadurch nicht möglich sei, zumal teilweise eine polizeiliche Meldung für Zeiträume fehle, in welchen der Bw. im Bundesgebiet unselbstständig beschäftigt gewesen sei.

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

Die Behörde nahm folgenden Sachverhalt als erwiesen an:

Der Bw. ist Staatsangehöriger von Serbien Montenegro.

Strittig ist die Rückforderung der Familienbeihilfe für den Zeitraum September 2004 bis März 2005.

Der fünfjährige Beobachtungszeitraum beginnt mit September 1999.

Im Zeitraum von September 1999 bis September 2004 war der Bw. mit Ausnahme des Zeitraumes von 26.10.2002 bis 16.9.2003 im Bundesgebiet gemeldet.

Laut Versicherungsdatenauszug war der Bw. im Zeitraum 1999 bis 2004 wie folgt beschäftigt:

27.3.1999-6.4.1999	Winterfeiertagsentschädigung
16.4.1999-30.11.1999	Arbeiter
10.12.1999-2.4.2000	Arbeitslosengeldbezug
25.3.2000-27.3.2000	Winterfeiertagsentschädigung
15.5.2000-16.8.2000	Arbeiter
3.7.2000-4.7.2000	Arbeiter
28.8.2000-16.12.2000	Arbeiter
20.3.2001-22.3.2001	Winterfeiertagsentschädigung

2.7.2001-21.7.2001	Urlaubsabfindung, Urlaubsentschädigung
1.12.2001-31.3.2002	Gewerblich selbständig Erwerbstätiger
10.2.2003-11.6.2004	Arbeiter
22.6.2004-19.9.2004	Arbeitslosengeldbezug
20.9.2004-3.12.2004	Arbeiter
7.12.2004-25.1.2005	Arbeitslosengeldbezug
26.1.2005-13.3.2005	Notstandshilfe
28.3.2005-30.3.2005	Winterfeiertagsentschädigung
18.4.2005-laufend	Arbeiter

Die (nunmehrige) Ehefrau des Bw. und seine Tochter A. , geb. am 15.10.2000, sind seit dem 22.10.2001 im Bundesgebiet gemeldet.

Die Tochter A. nahm an folgenden Tagen ärztliche Leistungen im Bundesgebiet in Anspruch:

13.11.2002	24.7.2003	28.1.2004	6.10.2004
25.6.2003	17.9.2003	12.5.2004	27.10.2004
26.5.2003	8.10.2003	5.10.2004	

Vor der Geburt des zweiten Kindes des Bw. am 23.3.2003 nahm die (nunmehrige) Ehefrau des Bw. an folgenden Tagen ärztliche Leistungen in Anspruch:

2.9.2002	2.1.2003
9.10.2002	9.1.2003
23.12.2002	5.3.2003

Der Bw. heiratete seine jetzige Frau am 28.10.2003 am Standesamt Wien-Favoriten.

Der gewöhnliche Aufenthaltsort des Bw. befand sich im Zeitraum von September 1999 bis September 2004 im Bundesgebiet.

Dieser Sachverhalt gründet sich auf die im Zuge des Ermittlungsverfahrens vorgelegten Unterlagen und auf die im Folgenden dargestellte Beweiswürdigung:

In Anbetracht der Umstände des Einzelfalles, vor allem der Tatsache, dass die beiden Kinder des Bw. und seine Gattin sich im fraglichen Zeitraum, in denen für den Bw. weder eine

polizeiliche Meldung noch eine nachweisliche Tätigkeit laut Versicherungsdatenauszug im Bundesgebiet vorliegt (26. Oktober 2002 bis 10. Februar 2003), im Bundesgebiet aufhielten, ist davon auszugehen, dass sich auch der gewöhnliche Aufenthaltsort des Bw. – trotz eventueller Unterbrechungen – im Bundesgebiet befand, bestanden doch die engeren persönlichen Beziehungen zu Österreich.

Rechtliche Würdigung:

Gemäß § 3 Abs. 1 FLAG in der für den Streitzeitraum geltenden Fassung haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet bei einem Dienstgeber beschäftigt sind und aus dieser Beschäftigung Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit oder zufolge einer solchen Beschäftigung Bezüge aus der gesetzlichen Krankenversicherung im Bundesgebiet beziehen; kein Anspruch besteht jedoch, wenn die Beschäftigung nicht länger als drei Monate dauert. Kein Anspruch besteht außerdem, wenn die Beschäftigung gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer verstößt.

Entsprechend der Bestimmung des § 3 Abs. 2 FLAG in der für den Streitzeitraum geltenden Fassung gilt Abs. 1 nicht für Personen, die sich seit mindestens sechzig Kalendermonaten im Bundesgebiet aufhalten, sowie für Staatenlose und Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 1997 gewährt wurde.

Entsprechend der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes entspricht der in § 3 Abs. 2 FLAG verwendete Begriff des „ständigen Aufenthaltes“ dem Begriff „gewöhnlicher Aufenthalt“ im Sinne des § 26 BAO.

Nach § 26 BAO hat jemand den 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. Ein Aufenthalt in diesem Sinn verlangt grundsätzlich körperliche Anwesenheit; folgerichtig hat der Verwaltungsgerichtshof die Auffassung vertreten, dass ein Steuerpflichtiger nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben könne.

Der Tatbestand des gewöhnlichen Aufenthaltes verlangt nicht ununterbrochene oder ständige Anwesenheit. Nicht nur vorübergehend bedeutet somit nicht gleich „immer“. Ein gewöhnlicher Aufenthalt ist immer dann anzunehmen, wenn das Verweilen, die Anwesenheit, vorübergehend unterbrochen wird, die Umstände aber erkennen lassen, dass die (nicht nur vorübergehende) Verbundenheit mit diesem Ort oder diesem Land aufrecht bleibt. Aus diesem Blickwinkel sind vorübergehende Unterbrechungen unschädlich; sie stehen dem Verbundenbleiben mit dem Aufenthaltsort nicht unbedingt entgegen (Stoll, BAO-Kommentar, 337).

Nach § 33 Abs. 4 Z 3 lit a EStG 1988 steht einem Steuerpflichtigen, dem auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ab dem Jahr 2000 ein Kinderabsetzbetrag von monatlich 50,90 Euro für jedes Kind zu. Für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, steht kein Kinderabsetzbetrag zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes anzuwenden.

Aus dem der Behörde vorliegenden Versicherungsdatenauszug ist eindeutig ersichtlich, dass der Bw. vor dem September 2004 keine länger als drei Monate dauernde nichtselbständige Tätigkeit ausügte. Ein Anspruch auf Familienbeihilfe gemäß § 3 Abs. 1 FLAG wurde daher vom Finanzamt zu Recht verneint.

Zu klären ist aber die Frage, ob § 3 Abs. 2 FLAG in der für den Streitzeitraum gültigen Fassung zur Anwendung gelangt. Danach muss sich der Bw. seit mindestens sechzig Kalendermonaten im Bundesgebiet aufhalten, um Anspruch auf Familienbeihilfe zu haben.

Entsprechend der oben dargestellten Beweiswürdigung ist von einem – dem Begriffsverständnis des Verwaltungsgerichtshofes entsprechenden – gewöhnlichen Aufenthalt des Bw. im fraglichen Zeitraum vom 26.10.2002 bis 10.2.2003 im Bundesgebiet auszugehen, da für die Frage des gewöhnlichen Aufenthaltes im Bundesgebiet keine ununterbrochene Anwesenheit erforderlich ist; Abwesenheiten, die nach den Umständen des Einzelfalles nur als vorübergehend gewollt anzusehen sind, unterbrechen nicht den Zustand des Verweilens und daher den gewöhnlichen Aufenthalt (VwGH v.9.12.2004, 2004/14/0023, und die dort zitierte Judikatur).

Die nicht vorhandene polizeiliche Meldung und die Tatsache, dass diese Zeitspanne auch vom Versicherungsdatenauszug nicht abgedeckt ist, vermögen in Anbetracht der Tatsache, dass die Ehefrau und das erste Kind des Bw. sich in dieser Zeit glaubhaft in Österreich aufhielten, keine Unterbrechung des gewöhnlichen Aufenthaltes und somit des Aufenthaltes von sechzig Kalendermonaten als Anspruchsvoraussetzung für den Bezug der Familienbeihilfe herbeizuführen. Die Frage, ob der Zustand der örtlichen Nahebeziehung (hier zu Österreich) bei vorübergehenden längeren oder kürzeren Abwesenheiten zu bestehen aufhört oder in seiner raumbezogenen Wesensart aufrecht bleibt, war im vorliegenden Fall dahingehend zu lösen, als aus den bereits oben geschilderten Umständen der Anwesenheit seiner Gattin und seines Kindes auf den Rückkehrwillen des Bw. geschlossen werden konnte.

Der laut Gesetz geforderte ständige Aufenthalt des Bw. von sechzig Kalendermonaten im Bundesgebiet vor dem fraglichen Zeitraum vom September 2004 bis März 2005 ist gegeben

und war der Rückforderungsbescheid vom 11. Jänner 2006 in Stattgebung der Berufung daher ersatzlos aufzuheben.

Wien, am 17. Juli 2007