



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vertreten durch RA, vom 4. September 2009 gegen den Bescheid des Finanzamtes Freistadt Rohrbach Urfahr vom 27. August 2009 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für das Kind x, für die Zeit von Dezember 2008 bis Juni 2009 entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

### **Entscheidungsgründe**

Das Finanzamt hat mit Bescheid vom 27.8.2009 die Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge für die minderjährige Tochter des Berufungswerbers für die Zeit von Dezember 2008 bis Juni 2009 in Höhe von insgesamt € 1.562,60 unter Hinweis auf § 2 Abs. 8 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 zurückgefordert.

Die dagegen eingebrachte Berufung vom 4.9.2009 wird damit begründet, dass die Tochter nur für die Schule in Frankreich angemeldet sei. Die Ferien verbringe sie in Österreich, wo sie weiter an der Adresse des Berufungswerbers gemeldet sei.

Auf Grund eines Vorhaltes des Finanzamtes teilte der Berufungswerber schriftlich Folgendes mit:

„Wie in unserem Gespräch besprochen übermittelte ich Ihnen eine Liste der Ausgaben die ich für meine Tochter tätige mit den Hinweis das wir ab sofort alle Belege behalten werden damit

wir in der Zukunft alles besser belegen können ich möchte dazu hinweisen das ich aus Unwissenheit bis jetzt keinerlei Belege behalten habe.

Ausstellung der Kosten

Hin und Rückfahrt mit dem Bus -200€

Kosten für den Schultransport 11€/Monat

Kosten für Verpflegung in der Schule 50€/Monat

Telefonkosten/Monat ca.20€

Taschengeld 100€/Monat

Meine Schwester bei der meine Tochter untergebracht ist bekommt 100€ im Monat.

Die Ferien meiner Tochter sind wie folgt.

November Allerheiligen 1 Woche

Weihnachtsferien 2 Wochen

Osterferien 1 Woche

Sommerferien 7 Wochen"

Das Finanzamt hat die Berufung mit Berufungsvorentscheidung vom 20.10.2009 als unbegründet abgewiesen:

„Gemäß § 5 Absatz 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten kein Anspruch auf Familienbeihilfe. Ihre Tochter besucht seit Dezember 2008 die Schule, wo Sie laut Ihren Angaben eine Ausbildungszeit von 4 Jahren absolvieren wird.

Gemäß § 26 Abs. 2 Bundesabgabenordnung hat jemand dort seinen „gewöhnlichen Aufenthalt“, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt.

Ein Aufenthalt im Sinne der gesetzlichen Bestimmungen erfordert grundsätzlich eine körperliche Anwesenheit, wodurch eine Person nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben kann. Um diesen (gewöhnlichen) Aufenthalt aufrecht zu erhalten, sei aber keine ununterbrochene Anwesenheit erforderlich. Die Ferienaufenthalte in Österreich sind daher nur als vorübergehende Abwesenheit (von Frankreich) zu beurteilen, wodurch der ständige Aufenthalt in Frankreich nicht unterbrochen wird.“

Mit Schreiben vom 20.11.2009 wurde der Antrag auf Entscheidung durch die Berufungsbehörde eingereicht. Weiters wurde darin angeführt:

„Überdies möchte ich nochmals anführen, dass meine Tochter an meiner Adresse in Österreich wohnhaft ist, und ihr Aufenthalt in Frankreich lediglich den Besuch der Schulausbildung dient. Meine Tochter verbringt sämtliche Schulferien und verlängerte Wochenenden bei uns zu Hause in Österreich. In der Beilage befindet sich eine Aufstellung

sämtlicher Kosten welche ich für den Aufenthalt meiner Tochter in Frankreich aufwende, sowie eine detaillierte Aufstellung der Ferien meiner Tochter in Frankreich. Abschließend möchte ich nochmals darauf hinweisen, dass ich für meine Tochter keinerlei staatliche Hilfe aus Frankreich beziehe.“

**Beilage 1:**

„Wie in unserem Gespräch besprochen übermittelte ich Ihnen eine Liste der Ausgaben die ich für meine Tochter tätige mit den Hinweis das wir ab sofort alle Belege behalten werden damit wir in der Zukunft alles besser belegen können. Ich möchte dazu hinweisen das ich aus Unwissenheit bis jetzt keinerlei Belege behalten habe.

Ausstellung der Kosten

Hin und Rückfahrt mit dem Bus -200€

Kosten für den Schultransport 11€/Monat

Kosten für Verpflegung in der Schule 50€/Monat

Telefonkosten/Monat ca.20€

Taschengeld 100€/Monat

Meine Schwester bei der meine Tochter untergebracht ist bekommt 100€ im Monat.

Die Ferien meiner Tochter sind wie folgt.

November Allerheiligen 1 Woche

Weihnachtsferien 2 Wochen

Osterferien 1 Woche

Sommerferien 7 Wochen“

**Beilage 2:**

„Eiderstaatliche Erklärung

Hiermit erkläre ich xx das für meine Tochter y die ihre Schule in Frankreich besucht keinerlei Staatliche Hilfe in Frankreich bezogen wird oder beantragt wurde oder in der Zukunft beantragt wird.“

Am 21.6.2010 ersuchte der Unabhängige Finanzsenat die für die französische Familienleistung zuständige Stelle Folgendes mitzuteilen:

„xxx, ist in Österreich nichtselbständig erwerbstätig.

Sein Kind yy, besucht die Schule „Academie aaa.

Das Kind wohnt bei Frau xxxx. Sie ist die Schwester von Herrn yyy.

Ich ersuche Sie mir mitzuteilen, ob in den Jahren 2008 und 2009 jemand Anspruch auf eine Familienleistung in Frankreich für das Kind xxxx hatte. Wenn nicht, nennen Sie mir bitte den Grund, warum kein Anspruch auf eine Familienleistung bestand.

Wenn kein Antrag gestellt wurde, teilen Sie mir bitte mit, ob ein Anspruch auf eine Familienleistung bestanden hätte.“

Mit Schreiben vom 11.8.2010 wurde von dieser Familienkasse mitgeteilt, dass diese Personen in der Einrichtung nicht bekannt seien. Auf Grund der fehlenden Informationen diese Familie betreffend, könne man nicht feststellen, ob ein Anspruch bei der Familienkasse für den Zeitraum 2008 und 2009 bestanden habe.

Am 25.10.2010 erging nachstehender Vorhalt an den Berufungswerber:

„Bezugnehmend auf Ihre oben angeführte Berufung werden Sie ersucht, nachstehende Fragen innerhalb von drei Wochen ab Zustellung dieses Schreibens zu beantworten und die angesprochenen Unterlagen vorzulegen:

1) Wie hoch waren die monatlichen Unterhaltskosten Ihrer Tochter xxxx im Zeitraum Dezember 2008 bis Juni 2009?

Bitte legen sie eine detaillierte Aufstellung dieser Kosten sowie eine Bestätigung Ihrer Tochter über den Erhalt der monatlichen Beträge für ihren Unterhalt für diese Zeit vor.

2) Sie führen an, dass Ihre Schwester in Frankreich, bei der Ihre Tochter wohnt, € 100,00 monatlich von Ihnen erhalte.

Welche Kosten werden damit beglichen?

Es wird diesbezüglich um Vorlage einer Bestätigung Ihrer Schwester über den Erhalt der monatlichen Beträge im Zeitraum Dezember 2008 bis Juni 2009 ersucht.“

Mit Schriftstück vom 16.11.2010 wurden folgende Unterlagen übermittelt:

**„AUSSTELLUNG DER KOSTEN**

Hiermit erkläre ich xx , das für meine Tochter yyyy, der Kosten ihre Schule in Frankreich in Zeitraum Dezember 2008 bis Juni 2009.

-Hinfahrt mit dem Bus nach Frankreich in Dezember 2008 -100;-

-Rück und Hinfahrt in Osterferien 2009 -200;-

-Rück und Hinfahrt in Sommerferien 2009 200;-

-Kosten für den Schultransport 11;- / Monat

-Kosten für Verpflegung in die Schule 50;- / Monat

-Telefon Kosten 20;- / Monat

-Taschengeld 100;- / Monat

-Meine Schwester bei der meine Tochter untergebracht, hat 100;- / Monat bekommen für ihre Aufgabe.

„Hiermit bestätige ich yyyy diese Auszahlung.“

„Ich, die unterzeichnete Frau z, bestätige, von meinem Bruder, Herrn zz die Summe von € 700 in zwei Teilbeträgen, nämlich € 300 bei der Ankunft meiner Nichte zzz in G. im Dezember 2008 und € 400 bei ihrer Rückkehr nach den Osterfeiertagen 2009 in Form von € 100 pro Monat von Dezember 2008 bis Juni 2009 als symbolische Unterstützung für meine Ausgaben und dann in der Folge bis zu ihrer Rückkehr nach Österreich im Juni 2010 erhalten zu haben.“

An den Berufungswerber wurde am 22.11.2010 folgender Vorhalt gerichtet.

„In Verbindung mit dem im Akt befindlichen Schreiben gehe ich davon aus, dass es sich bei der mit Ihrem Schreiben vom 16.11.2010 übermittelten Aufstellung der Unterhaltskosten Ihrer Tochter um jene Ausgaben handelt, die Sie für Ihre Tochter tätigen.

Um beurteilen zu können, ob Sie die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend tragen, sind jedoch die tatsächlichen Kosten, die für den Unterhalt des Kindes aufzuwenden sind, zu ermitteln. Dazu gehören alle Kosten zur Deckung der Bedürfnisse des Kindes entsprechend § 140 ABGB, also insbesondere die Kosten der Nahrung, der Bekleidung, der Wohnung mit Licht und Heizung, der Körperpflege, der ärztlichen Behandlung, der Heilmittel und der Pflege in Krankheitsfällen, des Unterrichtes und der Berufsausbildung, der Befriedigung angemessener geistiger Bedürfnisse und Unterhaltungen. Die Annahme von durchschnittlichen Erfahrungssätzen ist nur ein Hilfsmittel, das versagen muss, wenn die Unterhaltskosten konkret nachgewiesen werden.

Frage 1)

Wie hoch waren die **tatsächlichen** monatlichen Unterhaltskosten Ihrer Tochter xxxx im Zeitraum Dezember 2008 bis Juni 2009 ?

Bitte legen sie eine detaillierte Aufstellung dieser Kosten vor.

Frage 2)

Sie führen an, dass Ihre Schwester in Frankreich, bei der Ihre Tochter wohnt, € 100,00 monatlich von Ihnen erhalte.

Welche Kosten werden damit beglichen ?

Frage 3)

Auf welche Art wurden die in Ihrer Aufstellung angeführten Beträge bezahlt (zB Kosten für die Verpflegung in der Schule € 50,00 monatlich) ?

Sind Überweisungsbelege vorhanden ?

Frage 4)

Im Antrag vom 24.8.2009 geben Sie als Höhe Ihrer monatlichen Unterhaltsleistungen den Betrag von € 300,00 an.

Dieser Betrag stimmt mit Ihrer Aufstellung jedoch nicht überein.

Frage 5)

Die Familienkasse in G. hat auf Anfrage Folgendes mitgeteilt:

„Wir informieren Sie, dass die in Ihrem Schreiben genannten Personen in unserer Einrichtung nicht bekannt sind. Aufgrund der fehlenden Informationen, diese Familie betreffend, können wir nicht feststellen, ob ein Anspruch bei der Familienkasse für den Zeitraum 2008 und 2009 bestand.“

- a) Es wird daher ersucht mitzuteilen, ob Sie, Ihre Ehegattin, Ihre Schwester oder eine andere im Haushalt mit Ihrer Tochter in Frankreich lebende Person in Frankreich freiwillig oder pflichtversichert sind.
- b) Kann Ihre Schwester oder eine andere in ihrem Haushalt in Frankreich lebende Person für Ihre Tochter in Frankreich einen Anspruch auf dortige Familienleistungen geltend machen – hätte die Schwester oder eine andere Person einen Anspruch auf diese Leistungen im Zeitraum Dezember 2008 bis Juni 2009 gehabt ?

Um Vorlage eines Nachweises wird ersucht.

Sie werden ersucht, zu diesem Vorhalt innerhalb von drei Wochen ab Zustellung dieses Schreibens Stellung zu nehmen und die entsprechenden Unterlagen vorzulegen.“

Am 3.12.2010 erfolgte nachstehende Stellungnahme:

„Sehr geehrte Damen und Herren!

Bezugnehmend auf Ihr Schreiben vom 22.11.2010, zugestellt am 25.11.2010 darf ich die gestellten Fragen namens meines Mandanten wie folgt beantworten:

Frage 1.

Die Unterhaltskosten der Tochter im Zeitraum Dezember 2008 bis Juni 2009 die meinem Mandanten entstanden sind wurden in der Aufstellung der Kosten vom 10.11.2010 bereits übermittelt. Die Tochter meines Mandanten hat im Haushalt der Schwester mitgelebt, sodass eine Aufstellung welche Unterhaltskosten für die Tochter alleine angefallen sind, nicht möglich ist.

Frage 2.

Wie bereits in der Bestätigung der Schwester angeführt, handelt sich bei den € 100,-- um eine symbolische Unterstützung für deren Ausgaben mit der beispielsweise ein Teil der Miete beglichen wurde.

Frage 3.

Die in der Aufstellung angeführten Beträge wurden bar bezahlt. Die Kosten für die Verpflegung der Schule wurden in der Kantine bar beglichen ebenso die Transportkosten. Die Telefonkosten sind Kosten einer Wertkarte, die Hin- und Rückfahrttickets wurden im Reisebüro in Linz bar bezahlt. In der Anlage übermittle ich Ihnen als Beispiel ein derartiges Ticket.

Frage 4.

Die im Antrag vom 24.08.2009 angegebenen € 300,-- waren ein Zirkabetrag die in der Aufstellung angeführten Kosten von € 11,-- Schultransport, € 50,-- Verpflegung, Telefon und Taschengeld in Höhe von insgesamt € 281,-- ergeben annähernd die genannten € 300,-- wobei die Kosten für Hin- und Rückfahrt aufgerechnet auf die sieben Monate, monatlich € 71,-- ausmachen, sodass jedenfalls mehr als € 300,-- Unterhalt pro Monat angefallen ist.

Frage 5.

In der Wohnung der Schwester in Frankreich waren vier Personen gemeldet. Es ist dies der Mann der Schwester, der als Professor in Kongo arbeitet, sowie deren zwei Kinder, wobei der Sohn der Schwester in L. studiert und über die Schwester versichert ist. Eine weitere Tochter arbeitet und ist selbstversichert, ebenso die Schwester die ebenso versichert ist. Anspruch auf Familienleistung in Frankreich konnte die Schwester insofern nicht geltend machen, als die Tochter meines Mandanten im Haushalt nicht gemeldet war, sondern nur in der Schule angemeldet war. Dies wurde bereits mit dem von Ihnen zitierten Schreiben vom Finanzamtes in GG. bestätigt.“

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

Gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 hat die Person Anspruch auf Familienbeihilfe, 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.

§ 53 FLAG 1967 lautet:

"Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) sind, soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt. Hierbei ist der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraums nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten.

§ 5 Abs. 3 FLAG ist iZm § 53 Abs. 1 FLAG 1967 zu lesen. Nach Wittmann/Papacek, Der Familienlastenausgleich, Kommentar § 53, wird dadurch die Gebietsgleichstellung mit Österreich bezüglich des ständigen Aufenthaltes der Kinder im EWR bzw in der EU im Sinne der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen hervorgehoben. Nach dem Beschluss des VwGH vom 25.6.2008, ZI 2005/15/0154, vermittelt ein Kind mit ständigem Aufenthalt in Österreich und ab 30.12.2000 auch mit ständigem Aufenthalt in einem Staat des Europäischen

Wirtschaftsraumes den Anspruch auf Familienbeihilfe nach Maßgabe der §§ 2 ff FLAG 1967. Der ständige Aufenthalt der Tochter des Berufungswerbers in Frankreich ist daher für den Anspruch auf Familienbeihilfe nicht schädlich. Der Berufungswerber selbst hat den Mittelpunkt der Lebensinteressen unbestritten im Inland.

Ermittlungen des UFS haben ergeben, dass für den Berufungswerber kein Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe besteht. Der Ausschlussgrund des § 5 Abs. 4 FLAG 1967 ist demnach nicht gegeben.

Da die Tochter des Berufungswerbers nicht zu dessen Haushalt gehört und keine andere Person anspruchsberechtigt ist, hat der Berufungswerber nach § 2 Abs. 2 FLAG 1967 dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn er die Unterhaltskosten überwiegend trägt.

Ob eine Person die Unterhaltskosten für ein Kind überwiegend getragen hat, hängt nach der Judikatur einerseits von der Höhe der gesamten Unterhaltskosten für das Kind in einem bestimmten Zeitraum und andererseits von der Höhe der im selben Zeitraum von dieser Person tatsächlich geleisteten Unterhaltsbeiträge ab. „Überwiegend“ bedeutet „mehr als die Hälfte“ (vgl zB VwGH, ZI 98/15/0011).

Mit dem im § 2 Abs. 2 FLAG 1967 verwendeten Begriff Unterhaltskosten sind nicht der gesetzliche, notwendige, angemessene oder etwa der gerichtlich festgelegte Unterhalt angesprochen, sondern die tatsächlichen Unterhaltskosten. Ob zu deren Tragung eine Verpflichtung bestand, ist ebenso unerheblich wie die Herkunft der Mittel (vgl. VwGH v. 15.12.1954, ZI 2223/54).

Der Berufungswerber führt an, folgende Unterhaltsleistungen erbracht zu haben:

- Hinfahrt mit dem Bus nach Frankreich in Dezember 2008 -100;-
- Rück und Hinfahrt in Osterferien 2009 -200;-
- Rück und Hinfahrt in Sommerferien 2009 200;-
- Kosten für den Schultransport 11;- / Monat
- Kosten für Verpflegung in die Schule 50;- / Monat
- Telefon Kosten 20;- / Monat
- Taschengeld 100;- / Monat
- Meine Schwester bei der meine Tochter untergebracht, hat 100;- / Monat bekommen für ihre Aufgabe.

Seine Schwester bestätigt den Erhalt von Teilbeträgen, nämlich € 300 bei der Ankunft der Tochter des Berufungswerbers im Dezember 2008 und € 400 bei ihrer Rückkehr nach den Osterfeiertagen 2009 in Form von € 100 pro Monat von Dezember 2008 bis Juni 2009 als symbolische Unterstützung für ihre Ausgaben und dann in der Folge bis zu ihrer Rückkehr nach Österreich im Juni 2010 (Anm.: gemeint ist wohl Juni 2009).

Daraus ergeben sich folgende Unterhaltsleistungen in den einzelnen Monaten:

**Dezember 2008:**

€ 100,00 (für Schwester), € 100,00 (Hinfahrt), € 11,00 (Schultransport), € 50,00 (Verpflegung), € 20,00 (Telefon), € 100,00 (Taschengeld) = gesamt € 381,00

**Jänner, Februar und März 2009:**

€ 100,00 (für Schwester), € 11,00 (Schultransport), € 50,00 (Verpflegung), € 20,00 (Telefon), € 100,00 (Taschengeld) = gesamt € 281,00

**April 2009**

€ 100,00 (für Schwester), € 200,00 (Hin- und Rückfahrt), € 11,00 (Schultransport), € 50,00 (Verpflegung), € 20,00 (Telefon), € 100,00 (Taschengeld) = gesamt € 481,00

**Mai und Juni 2009**

€ 100,00 (für Schwester), € 11,00 (Schultransport), € 50,00 (Verpflegung), € 20,00 (Telefon), € 100,00 (Taschengeld) = gesamt € 281,00.

Vom Berufungswerber wird bezüglich der Unterhaltskosten seiner Tochter angeführt, dass diese im Haushalt der Schwester mitlebe und daher eine Aufstellung, welche Unterhaltskosten für die Tochter alleine angefallen seien, nicht möglich sei. Wie der VwGH in ständiger Judikatur ausführt, lässt sich ohne – zumindest schätzungsweise – Feststellung der gesamten Unterhaltskosten für ein Kind, wenn dies nicht auf Grund der geringen (absoluten) Höhe der geleisteten Unterhaltsbeiträge ausgeschlossen werden kann, nicht sagen, ob die Unterhaltsleistung in einem konkreten Fall eine überwiegende war. Bei der Beurteilung, ob jemand die Unterhaltskosten für ein Kind überwiegend trägt, ist von den tatsächlichen Unterhaltskosten auszugehen und nicht auf allfällige Vergleichswerte oder fiktive durchschnittliche Unterhaltskosten Bedacht zu nehmen (vgl. etwa VwGH v. 23.2.2010, 2009/15/0205).

Legt man der Familiensituation das österreichische Preisniveau zugrunde, so betragen die Regelbedarfssätze für Unterhaltsleistungen im Jahr 2008 monatlich für Kinder bis 19 Jahre € 377,00 und für das Jahr 2009 € 391,00. Nach einem Vergleich der Lebenshaltungskosten in den EU-Mitgliedstaaten war das Preisniveau in Frankreich etwas über dem in Österreich. Die monatlichen Unterhaltsleistungen lagen aber damit jedenfalls über der Hälfte der erforderlichen Aufwendungen.

In Ermangelung konkreter Angaben des Berufungswerbers zu den tatsächlich erforderlichen Unterhaltsaufwendungen können nur diese Beträge der Entscheidung zugrunde gelegt werden. Unter diesen Voraussetzungen kann von einer überwiegenden Tragung der Unterhaltskosten durch den Berufungswerber im Berufungszeitraum ausgegangen werden.

Es war daher wie im Spruch zu entscheiden.

Linz, am 25. März 2011