

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter Dr. Rudolf Wanke über die Beschwerde der MMMMag. phil. Mag. iur. ***1*** **2***, ***3***, ***4a***, Österreich, ursprünglich vertreten durch Dr. Alexander Pflaum, Rechtsanwalt, 1030 Wien, Rechte Bahngasse 10/19D, vom 23. Mai 2018 gegen den Bescheid des (damaligen) Finanzamts Wien 12/13/14 Purkersdorf, nunmehr Finanzamt Österreich, 1030 Wien, Marxergasse 4, vom 23. April 2018, mit welchem zu Unrecht bezogene Beträge an Familienbeihilfe (17.671,90 €) und Kinderabsetzbetrag (6.073,60 €) für den im Juni 2010 geborenen ***5*** **2*** für den Zeitraum Juni 2010 bis Oktober 2015 und für den im August 2012 geborenen ***6*** **2*** für den Zeitraum August 2012 bis Oktober 2015 gemäß § 26 FLAG 1967 und § 33 Abs. 3 EStG 1988 zurückgefordert werden, Gesamtbetrag der Rückforderung 23.745,50 €, Sozialversicherungsnummer ***7***, nach der am 30. Mai 2022 am Bundesfinanzgericht in Wien über Antrag der Partei im Beisein der Schriftführerin Petra Rauherz abgehaltenen mündlichen Verhandlung und in Anwesenheit der Beschwerdeführerin, von Rechtsanwalt Mag. Thomas Egerth und Wirtschaftsprüferin und Steuerberaterin Mag. Gabriele Brandstätter sowie von Hofrat Mag. Patric Flament für die belangte Behörde zu Recht erkannt:

I. Der Beschwerde wird gemäß § 279 BAO Folge gegeben.

Der angefochtene Rückforderungsbescheid wird gemäß § 279 BAO ersatzlos aufgehoben.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG eine (ordentliche) Revision an den Verwaltungsgerichtshof nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

VERFAHRENSGANG	2
Rückforderungsbescheid	2
Unterlagen der Außenprüfung, sonstiger Akteninhalt	3
Niederschrift über die Schlussbesprechung	3
Prüfungsauftrag	5

Unterlagen Außenprüfung	5
Bestätigung OeAD	5
Flugübersicht	5
Kindergartenbestätigungen	6
Mietverträge	6
Stromrechnungen	6
Niederschrift über die Schlussbesprechung II	7
Bericht über die Außenprüfung	9
Bestätigung der Botschaft der Russischen Föderation in Österreich	9
Mutter-Kind-Untersuchungen	10
Ansässigkeitsbescheinigungen	10
Sachverhaltsdarstellung	10
Beschwerde	18
Beschwerdevorentscheidung	22
Vorlageantrag	26
Schreiben vom 16. März 2021	27
Vorlage	32
Auskunftsersuchen vom 3. Februar 2022	35
Mündliche Verhandlung	35
DAS BUNDESFINANZGERICHT HAT ERWOGEN:	37
Sachverhalt	37
Beweiswürdigung	39
Rechtsgrundlagen	39
Bundesabgabenordnung	39
Familienlastenausgleichsgesetz 1967	39
OeADG	47
Keine teilweise Zurücknahme der Beschwerde	50
Beschwerdezeitraum	50
Rückzahlung zu Unrecht bezogener Familienleistungen	50
Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag	51
Zeitraum August 2012 bis Juni 2015	52
Versteuerung von Einkünften, unbeschränkte Steuerpflicht	52
Ständiger Auslandsaufenthalt des Kindes	52
Wohnsitz in Österreich	52
Mittelpunkt der Lebensinteressen	53
Fiktion des gewöhnlichen Aufenthalts gemäß § 26 Abs. 3 BAO	54
Zeitraum Juli 2015 bis Oktober 2015	57
Erhöhungsbetrag	57
Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheids	57
Revisionsnichtzulassung	57

Verfahrensgang

Rückforderungsbescheid

Mit an die Beschwerdeführerin (Bf) MMMMag. phil. Mag. iur. ***1*** ***2***, ***3***, ***8***, Österreich, adressiertem Bescheid vom 23. April 2018 über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge forderte das damalige Finanzamt Wien 12/13/14 Purkersdorf zu Unrecht bezogene Beträge an Familienbeihilfe (17.671,90 €) und Kinderabsetzbetrag (6.073,60 €) für den im Juni 2010 geborenen ***5*** ***2*** für den Zeitraum Juni 2010 bis Oktober 2015 und für den im August 2012 geborenen ***6*** ***2*** für den Zeitraum August 2012 bis Oktober 2015 gemäß § 26 FLAG 1967 und § 33 Abs. 3 EStG 1988 zurück (Gesamtbetrag der Rückforderung 23.745,50 €) und begründete dies wie folgt:

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

Gemäß § 2 Abs. 8 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) haben Personen nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Inland haben.

*Im Zusammenhang mit einer Betriebsprüfung haben Sie erklärt, dass Sie von Juli 2010 bis Oktober 2015 überwiegend in Russland (***9***) gelebt haben.*

*Ein ständiger Aufenthalt in Österreich erscheint ab November 2015 glaubhaft, zumal die beiden Kinder ***5*** und ***6*** ab November 2015 einen Kindergarten in Wien besuchten und das dritte Kind ***18*** in Wien geboren worden ist.*

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Unterlagen der Außenprüfung, sonstiger Akteninhalt

Vom Finanzamt Österreich wurden dazu folgende Unterlagen der Außenprüfung im elektronischen Beihilfeakt vorgelegt (die gesamten Unterlagen finden sich offensichtlich nochmals in einem PDF in OZ 10):

Niederschrift über die Schlussbesprechung

Am 14. September 2017 fand laut Niederschrift um 12:10 Uhr eine Schlussbesprechung gemäß § 149 Abs. 1 BAO anlässlich der Außenprüfung bei MMMMag. phil. Mag. iur. ***1*** ***2***, ***3***, ***8***, statt, an der neben anderen auch die Bf persönlich teilnahm.

Aus der Beilage W 2 zur Niederschrift zur Schlussbesprechung (OZ 5: 20170914_Niederschrift)

Tz. 1 Allgemein

*Bei Beginn der Betriebsprüfung am 04.04.2017 wurde von Frau MMMMag.phil.Mag.jur. ***2*** ***1*** keine Selbstanzeige übergeben.*

Laut ihren Angaben hat sich Frau MMMMag.phil.Mag.jur. ***2*** ***1*** mit der gesamten Familie von Juli 2010 bis Oktober 2015 in ***9***, Postleitzahl kann nicht genannt werden, Straße ***10*** ***11*** bis Februar 2014, danach in der Straße ***12*** ***13***, aufgehalten.

Für die Betriebsprüfung 2012 bis 2015 konnte keine Buchhaltung (Honorarnoten, Belege, Einnahmen - Ausgaben) vorgelegt werden.

Die Mietverträge der beiden Wohnungen in ***9*** werden nachgereicht.

Für den Aufenthalt in ***9*** konnte, Reisepässe (siehe Kopie - nicht vollständig), Bahn – oder Flugtickets vorgelegt werden, laut zentralen Melderegisters befindet sich der Hauptwohnsitz seit 16.10.2000 bis lfd. in ***3***, ***8***.

Außerdem stellt Frau MMMMag. phil. Mag. jur. ***1*** ***2*** eine Meldebestätigung seitens der Universität in Aussicht, als Gastgeber verfügen diese über ein vergleichbares Meldesystem.

Laut Frau MMMMag. phil. Mag. jur. ***1*** ***2*** wurden die Einkünfte in Russland versteuert. Derzeit liegen keine Ansässigkeitsbescheinigung oder Russische Steuerbescheide vor.

Alle Bestätigung die in Russischer Sprache sind, sind in beglaubigter Übersetzung zu übergeben.

14 ***2***, Gatte der Pflichtigen, hat an der ***15*** Universität unterrichtet.

Dienstvertragskonzept wurde in Kopie übernommen.

Es wird ersucht alle Rechnungen der Telefonanschlüsse in Österreich und Russland nachzubringen.

Frau MMMMag. phil. Mag. jur. ***1*** ***2*** gibt weiter an das Sie gemeinsam mit ihrer Familie von Juli 2010 bis Oktober 2015 fast durchgehend in ***9*** war. Allerdings wurden Ferien in Sommer und Winter in Österreich verbracht. Aufträge wurden deshalb während der Ferien in Österreich angenommen, da der Ehemann auf die Kinder aufpassen konnte. Und im Oktober November war die Pflichtige manchmal in Österreich mit Ihrer Mutter oder Schwester um Ihren Mann ein paar Tage Auszeit zu gönnen. Aufträge wurden angenommen um die Flugkosten abzudecken.

Bis auf die derzeit vorgelegten Unterlagen kann ich derzeit nichts vorlegen. Es wurde sich zum heutigen Termin darauf verständigt das Frau MMMMag. phil. Mag. jur. ***1*** ***2***, im Rahmen der erhöhten Mitwirkungspflicht die Möglichkeit, aufgrund des vorliegenden Auslandsaufenthaltes, Beweismittel bis zum Termin vom 13.Oktober nachzureichen.

Für den Fall das der Termin nicht gehalten werden kann, wird anhand der Aktenlage abgeschlossen.

Für die drei Kinder wird seit ihrer Geburt in Österreich die Familienbeihilfe bezogen:

2 ***5*** (geb. ***16***) seit 06/2010 bis lfd.

2 ***6*** (geb. ***17***) seit 08/2012 bis lfd.

2 ***18*** (geb. ***19***) seit 11/2015 bis lfd.

*Laut Angaben von Frau MMMMag. phil. Mag. jur. ***1*** ***2*** war ***2*** ***5*** von September 2013 bis 17.06.2014 im deutschen Kindergarten in der deutschen Schule (***9***). Es wird ein Vertrag über den Besuch des Kindergartens nachgereicht.*

*Anschließend befand sich das Kind im Waldorf Kindergarten in ***9*** von September 2014 bis Juni 2015.*

Tz. 2 Honorarnoten ...

...

Tz. 3 Honorarnoten ...

...

Aus der Beilage W 2 zur Niederschrift zur Schlussbesprechung (OZ 6: 20170914_Niederschrift1):

Text Tz 1, 2 und 3 wie oben, zusätzlich:

Tz. 4 Kleinunternehmer

...

Tz. 5 Betriebspauschale

...

Prüfungsauftrag

Am 14. September 2017 wurde um 10:17 (also rund zwei Stunden vor der Schlussbesprechung) von der Bf ein Prüfungsauftrag betreffend Einkommensteuer bzw. Honorarnoten 2012 bis 2015 übernommen (OZ 7).

Es besteht der Verdacht der Abgabenhinterziehung für die Zeiträume 2012-2015 wegen Abgabe falscher bzw Nichtabgabe von Einkommensteuererklärungen. Insbesondere liegen nicht erklärte Honorarnoten aus Übersetzungstätigkeiten der Behörde für diese Zeiträume vor.

Unterlagen Außenprüfung

Unter Unterlagen Außenprüfung (OZ 8) befindet sich ein Schreiben der Bf vom 13. Oktober 2017 an den Prüfer, wonach diese verschiedene Unterlagen übermittle. Soweit für das hier gegenständliche Verfahren von Bedeutung:

Bestätigung OeAD

Der OeAD (Österreichische Austauschdienst) bestätigte am 13. März 2017, dass MMag. ***14*** ***2***, ***3***, ***8*** „von 01.09.2010 bis 31.08.2015 in einem Angestelltenverhältnis bei der OeAD-GmbH stand und als Lektor für deutsche Sprache,

österreichische Literatur und Landeskunde an der Staatlich Pädagogischen Universität ***9*** in der Russischen Föderation tätig war.“

Flugübersicht

Übersicht von Miles & More Service über Flüge der Bf im Zeitraum 24. Februar 2012 bis 1. April 2017.

Kindergartenbestätigungen

Die Deutsche Schule ***9*** bestätigte am 21. September 2017, dass ***5*** ***2*** deren Kindergarten von September 2013 bis Juli 2014 besucht habe.

Ein Waldorfkinder Garten in ***9*** bestätigte am 18. September 2017, dass ***5*** ***2*** den Kindergarten von November 2014 bis Juni 2015 besucht habe.

Mietverträge

Die Bf mietete am 14. September 2010 bis 14. August 2011 eine Zwei-Zimmer-Wohnung in ***9*** in der pr. ***39***.

Die Bf mietete am 22. Februar 2014 auf unbestimmte Zeit eine Drei-Zimmer-Wohnung in ***9*** in der ul. ***40***. Laut Mietvertrag werden neben der Bf ihr Ehegatte und ihre Söhne ***5*** und ***6*** in der Wohnung wohnen.

Stromrechnungen

Die Wien Energie legte ***14*** ***2***, ***3***, ***8***, am 9. September 2013 eine Rechnung für den Zeitraum 15. September 2012 bis 9. September 2013, wonach der Stromverbrauch 985 kWh (+126 gegenüber dem Vorjahr) und der Nachstromverbrauch 644 kWh (-49 gegenüber dem Vorjahr) betragen habe.

Die Wien Energie legte ***14*** ***2***, ***3***, ***8***, am 11. September 2014 eine Rechnung für den Zeitraum 10. September 2013 bis 10. September 2014, wonach der Stromverbrauch 698 kWh (-287 gegenüber dem Vorjahr) und der Nachstromverbrauch 639 kWh (-5 gegenüber dem Vorjahr) betragen habe.

Die Wien Energie legte ***14*** ***2***, ***3***, ***8***, am 2. September 2015 eine Rechnung für den Zeitraum 11. September 2014 bis 2. September 2015, wonach der Stromverbrauch 1.363 kWh (+665 gegenüber dem Vorjahr) und der Nachstromverbrauch 880 kWh (+241 gegenüber dem Vorjahr) betragen habe.

Die Wien Energie legte ***14*** ***2***, ***3***, ***8***, am 5. September 2016 eine Rechnung für den Zeitraum 3. September 2015 bis 5. September 2016, wonach der Stromverbrauch 2.892 kWh (+1.529 gegenüber dem Vorjahr) und der Nachstromverbrauch 1.926 kWh (+1.046 gegenüber dem Vorjahr) betragen habe.

Die Wien Energie legte ***14*** ***2***, ***3***, ***8***, am 12. September 2017 eine Rechnung für den Zeitraum 6. September 2016 bis 12. September 2017, wonach der Stromverbrauch 2.826 kWh (-66 gegenüber dem Vorjahr) und der Nachstromverbrauch 1.921 kWh (-5 gegenüber dem Vorjahr) betragen habe.

Niederschrift über die Schlussbesprechung II

Am 24. September 2019 fand laut Niederschrift eine (weitere) Schlussbesprechung gemäß § 149 Abs. 1 BAO anlässlich der Außenprüfung bei MMMMag. phil. Mag. iur. ***1*** ***2***, ***3***, ***8***, statt, an der neben anderen auch die Bf persönlich teilnahm (OZ 9).

Aus der Beilage W 3 (auch in OZ 10 enthalten):

Tz. 1 Prüfungsverlauf

Der Prüfungsbeginn für den Zeitraum 2013 - 2015 war am 04.04.2017. Am 14.09.2017 wurde eine Schlussbesprechung anberaumt und diesbezüglich besteht auch eine Niederschrift, am gleichen Tag wurde der Prüfungsauftrag auf den Zeitraum von 2012-2015 erweitert.

In Tz. 1 in der ursprünglich anberaumten Schlussbesprechung wurde formuliert:

„Beweismittel bis zum Termin 13. Oktober 2017 nachzureichen; für den Fall das der Termin versäumt wird, wird nach Aktenlage abgeschlossen“

*Da in weiterer Folge ein Rechtsanwalt beigezogen wurde und auch Beweismittel beigebracht wurden, hat die Betriebsprüfung im Rahmen der amtswegigen Ermittlung ebenfalls weitere Sachverhaltserhebungen vorgenommen. In Auswertung des gesamten Materials wurde letztendlich der Termin für die endgültige Schlussbesprechung mit dem heutigen Tag, 24.09.2019, anberaumt. Aufgrund des komplexen Sachverhaltes und der angrenzenden Thematiken, sowohl Familienbeihilfe als auch Finanzstrafrecht fand diese Besprechung im Beisein der Personen laut Teilnehmerliste statt. Ergänzend wird angemerkt das auch der Ehemann von Frau Mag. ***2*** als Vertrauensperson anwesend war. Um die Möglichkeit zu geben die Feststellungen der Betriebsprüfung und ihre Auswirkungen auf den Familienbeihilfenbezug besser besprechen zu können wurde der Kollege ***20*** ***21*** als Vertreter der Allgemein Veranlagung/Familienbeihilfenstelle beigezogen, ebenso verhält es sich so bei dem Kollegen ***22*** ***23*** von der Finanzstrafbehörde. Die Teilnahme des Kollegen der Finanzstrafbehörde sollte die Möglichkeit eröffnen dieses Verfahren mit einschätzen zu können und gegebenenfalls zu beenden.*

Aus finanzstrafrechtlicher Sicht bekannte sich die Beschuldigte als nicht schuldig.

Betreffend der finanzstrafrechtlichen Auswirkungen wurde eine Bedenkzeit bis zum 30.09.2019 ausgesprochen.

In Auswertung sämtlicher Unterlagen und in Bemühen um Verständigung auf ein Prüfungsergebnis wurde in Abwägung sämtlicher Fakten und Argumente ein möglicher Lösungsweg für die Beihilfe wie folgt besprochen:

Die Beschwerdeführerin zieht Ihr Rechtsmittel gegen den Familienbeihilfen-Rückforderungsbescheid vom 23.04.2018 für den Zeitraum 01/13 bis 06/15 zurück, da während dieser Zeit aufgrund aktenkundiger Kindergartenbestätigungen ein ständiger Aufenthalt der Kinder im Ausland gegeben war.

Es wurde besprochen unter Berücksichtigung einer Nachdenkphase dass mit der endgültigen BVE bis zum 30.09.2019 zugewartet wird.

*Um sämtliche Ziffern abzustimmen und alle Argumente zu würdigen begann die Schlussbesprechung um 10:00 Uhr. Aus terminlichen Gründen konnte Frau Mag. ***2*** (inklusive Vertrauensperson, Mag. ***14*** ***2***) aus privaten Gründen nur bis 14:30 teilnehmen. Bis zu diesem Zeitpunkt wurde um eine tragfähige Lösung gerungen.*

Die in den folgenden Tabellen dargestellten Werte stellen die Ergebnisse dieser Bemühungen in Ziffern dar.

*Abschließend konnte Frau Mag. ***2*** sich nicht entschließen einen Rechtsmittelverzicht hierfür abzugeben. Für den Fall eines späteren Rechtsmittels behält sich die Abgabenbehörde eine wiederholte Hinterfragung des Sachverhaltes vor.*

Der Prüfungsabschluss / Unterfertigung der Niederschrift erfolgte mit der steuerlichen Vertretung.

Tz. 2 Besteuerungsgrundlage

*Im Rahmen der Schlussbesprechung wurden sowohl Anwesenheitstage als auch die Honorarnoten (Ö oder RUS) abgestimmt. Dazu werden zwei Tabellen als Beilage hinzugefügt. Die Anwesenheitstage gemäß dieser Beilage wurden von der vorgelegten Unterlagen von Frau Mag. ***2*** übernommen.*

Hieraus ergibt sich folgendes:

Die Höhe der Gesamtsumme der Honorarnoten in den Prüfungsgegenständlichen Jahren:

2012 / 2013 / 2014 / 2015

€ 52.508,70 / €41.285,01 / €49.248,31 / € 22.969,55

Zum Detail siehe die Beiliegende Tabelle zur Niederschrift vom 24.09.2019.

Festgehalten wird das die oben angeführten Beträge mit den Zahlen aus dem Russischen Steuerbescheid abgeglichen sind.

Tz. 3 Buchführung / Aufzeichnung

*Im Zuge der laufenden Betriebsprüfung lag keine ordnungsgemäße Buchhaltung und auch kein geschlossenes Belegwesen vor. Ergänzend wird diesbezüglich auch auf die Niederschrift vom 14.09.2017 verwiesen. Darüber hinaus war aus den nicht vorhandenen Buchhaltungsunterlagen nicht entnehmbar an welchen Tagen / in welchen der beiden Länder (Ö/RUS) Frau Mag. ***2*** ihre Tätigkeit tatsächlich ausgeübt hat.*

*Im laufenden Prüfungsverfahren hat sich Frau Mag. ***2*** um bestmögliche Aufklärung inklusive Excel Aufstellung bemüht und diese der Betriebsprüfung vorgelegt.*

*Mangels ordnungsgemäßer Buchhaltung und mangels Zuordnungsbarkeit der einzelnen Tätigkeitstage von Frau Mag. ***2*** zu Russland oder Österreich ist die Abgabenbehörde verpflichtet die Besteuerungsgrundlagen nach §184 BAO zu schätzen. Ausgehend von den ausgearbeiteten Ziffern der Schlussbesprechung wird im Rahmen der freien Beweiswürdigung unter Berücksichtigung aller Argumente festgestellt das Frau Mag. ***2*** im gesamten Prüfungszeitraum in Österreich steuerbar war.*

In diesem Zusammenhang werden unter Anwendung des DBA Österreich-Russland, 50% der Summe aller Honorarnoten Österreich zur Besteuerung zugewiesen. Die anderen 50% sind unter Progressionsvorbehalt Russland zur Besteuerung zuzuweisen. Da es sich um eine pauschale Schätzung handelt werden weder Einnahmen- noch Ausgabenseitig eine besondere Berücksichtigung vorgenommen.

Hinsichtlich des Jahres 2015 wurde die Erklärung von der steuerlichen Vertretung eingereicht und diese wird dem Steuerbescheid zugrunde gelegt.

Aufenthalt in Russland		Tage RUS	Tage Österr.
2012			
01. Jän	12. Jän	11	
07. Feb	24. Feb	17	
09. Mär	26. Apr	48	
01. Mai	08. Jun	38	
09. Dez	31. Dez	22	
Summe		136	229
2013			
01. Jän	28. Jän	27	
12. Feb	04. Mai	81	
17. Mai	27. Jun	41	
30. Jun	04. Jul	4	
31. Aug	28. Sep	28	
06. Okt	01. Dez	56	
04. Dez	05. Dez	1	
15. Dez	31. Dez	16	
Summe		254	111
2014			
01. Jän	14. Jän	13	
09. Feb	10. Mai	90	
15. Mai	29. Jun	45	
20. Nov	31. Dez	41	
Summe		189	176
2015			
08. Mär	05. Jun	89	
Summe		89	276

...

Bericht über die Außenprüfung

Aus dem gemäß § 150 BAO über das Ergebnis der Außenprüfung erstatteten Bericht vom 5. November 2019:

Tz. 2 Prüfungsverlauf entspricht dem Text der Niederschrift über die Schlussbesprechung, Tz. 1.

Tz. 5 Aufenthalt in Österreich/RUS

Die folgenden Aufenthaltstage sind wie in Tz. 3 dargelegt, aus den Tabellen (Beilagen zur Niederschrift - Schlussbesprechung vom 24.09.2019) übernommen.

Aufenthalt in Tagen	2012	2013	2014	2015
Aufenthalt in RUS	136	254	189	89
Aufenthalt in Österreich	229	111	176	276

Bestätigung der Botschaft der Russischen Föderation in Österreich

Laut in OZ 12, Seite 52 f., befindlicher Bestätigung der Botschaft der Russischen Föderation in Österreich vom 19. Dezember 2017 hatte sich die Bf im Zeitraum September 2010 bis Juni 2014 auf Einladung der ***15***-Universität als Mitglied der Familie von ***14*** ***2***, der in diesem Zeitraum an der Universität unterrichtet habe, in ***9*** aufgehalten.

Mutter-Kind-Untersuchungen

Auf Seite 53 ff. von OZ 12 finden sich Kopien von Mutter-Kind-Pass-Untersuchungen in Österreich.

Ansässigkeitsbescheinigungen

Auf Seite 63 ff von OZ 12 sind Ansässigkeitsbescheinigungen der russischen Bundesfinanzverwaltung für die Bf für die Jahre 2012, 2013, 2014 aktenkundig.

Sachverhaltsdarstellung

Auf Seite 67 ff von OZ 12 befindet sich eine undatierte und nicht unterfertigte Sachverhaltsdarstellung (bzw. möglicherweise der Entwurf einer solchen) an die Staatsanwaltschaft beim Landesgericht Wien wg. Vd. §§ 146 ff. StGB durch Mag. ***1*** ***2***.

Tatverdächtige:

*Frau ***2*** ***1***, Mag.*

****8***, ***3****

Verdacht der Begehung der Delikte gemäß §§ 146 ff StGB

Vorsätzliche Täuschung über Tatsachen mit dem Ziel, sich selbst oder dritte Personen durch unrechtmäßigen Bezug unter anderem von Familienbeihilfe zu bereichern und damit insbesondere den Familienlastenausgleichsfonds am Vermögen zu schädigen.

Sachverhalt:

*Mag. ***2*** ***1***, (SV-Nr.: ***7***, in der Folge auch als „Tatverdächtige“, „Kindesmutter“, „Steuerpflichtige“ oder „Beihilfenempfängerin“ bezeichnet), wohnhaft in ***3***, ***8***, ist die Kindesmutter von ***2*** ***6*** (SV-Nr.: ***24***), ***2*** ***5*** (SV-Nr.: ***25***), und ***2*** ***18*** (SV-Nr.: ***26***). Die Kindesmutter, der Kindesvater, Mag. ***2*** ***14*** (SV-Nr.: ***27***), und die oben angeführten Kinder*

sind österreichische Staatsbürger. Ob der Familie bestanden zuletzt bzw. bestehen polizeiliche Meldungen an den nachstehend angeführten Adressen für die unten angeführten Zeiträume:

8, ***3***: 23.08.2000 bis 04.09.2018

28, ***29***, ***30***: 04.09.2018 bis 19.06.2019

8, ***3***: 19.06.2019 bis laufend

Die Kindesmutter und der Kindesvater verfügten in den Jahren 2010 bis 2015 unstrittig über eine Wohnung in Österreich und waren daher in Österreich unbeschränkt steuerpflichtig. Nach der Aktenlage war der Kindesvater in der Zeit von 01.09.2010 bis 31.08.2015 an der staatlichen pädagogischen Universität in ***9*** beschäftigt.

Aus den, dem Finanzamt übermittelten Kontrollmitteilungen war ersichtlich, dass die Steuerpflichtige an einer nicht unerheblichen Anzahl von Tagen in Österreich selbständig tätig gewesen ist. Aus dem österreichischen Steuerakt war vorerst lediglich ersichtlich, dass die nunmehr Tatverdächtige in den Jahren 2012 bis 2014 überhaupt keine Einkünfte in Österreich erklärt hatte.

Nachdem die nunmehr Tatverdächtige bei diesem unstrittiger Weise gegebenen Auslandssachverhalt (dazu gleich unten) trotz vorliegender erhöhter Mitwirkungsverpflichtung (§ 115 Abs. 1 BAO) keine Unterlagen vorlegen wollte oder konnte, wurden seitens des Finanzamtes einerseits sämtliche Honorarabrechnungen österreichischer Behörden von der Buchhaltungsagentur beigeschafft und andererseits über das CLO von den russischen Steuerbehörden die russischen Steuerunterlagen angefordert. Die Kindesmutter selbst hat in ihrem eigenen Steuerverfahren in den Jahren 2012 bis 2015 Einkünfte in Russland versteuert, in Österreich zu versteuernde Einkünfte hat die nunmehr Tatverdächtige - wie oben ausgeführt - in dieser Zeit nicht erklärt. Aus den dem Finanzamt von den russischen Steuerbehörden übermittelten Unterlagen ist ersichtlich, für welche Tätigkeitszeiträume und für welche Auftraggeber die Kindesmutter Einkünfte in Russland versteuert hat.

Auf Grundlage der Tatsache, dass die nunmehr Tatverdächtige in Österreich keinerlei Einkünfte erklärt hat - also nicht einmal Einkünfte aus ihren Tätigkeitstagen in Österreich (dazu gleich unten) - sowie auf Grund dessen, dass die Kindesmutter Einkünfte in Russland erklärt und der dortigen Besteuerung zugeführt hat, ist ersichtlich, dass die nunmehr Tatverdächtige im Steuerverfahren gegenüber der österreichischen Steuerbehörden die Rechtsansicht vertreten hat, dass diese in Russland im Sinne des Doppelbesteuerungsabkommens Österreich - Russland (in der Folge kurz als „DBA“ bezeichnet) ansässig ist.

Ein Wohnsitz und darauf aufbauend die unbeschränkte Steuerpflicht in Österreich sind in den nachstehend angeführten gesetzlichen Bestimmungen geregelt:

Gemäß § 1 Abs. 2 EStG (2) sind unbeschränkt steuerpflichtig jene natürlichen Personen, die im Inland einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben. Die unbeschränkte Steuerpflicht erstreckt sich auf alle in- und ausländischen Einkünfte.

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

Gemäß § 26 Abs. 2 BAO hat jemand den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinn 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. Wenn Abgabenvorschriften

die unbeschränkte Abgabepflicht an den gewöhnlichen Aufenthalt knüpfen, tritt diese jedoch stets dann ein, wenn der Aufenthalt im Inland länger als sechs Monate dauert. In diesem Fall erstreckt sich die Abgabepflicht auch auf die ersten sechs Monate. Das Bundesministerium für Finanzen ist ermächtigt, von der Anwendung dieser Bestimmung bei Personen abzusehen, deren Aufenthalt im Inland nicht mehr als ein Jahr beträgt, wenn diese im Inland weder ein Gewerbe betreiben noch einen anderen Beruf ausüben.

Gemäß § 26 Abs. 3 BAO werden in einem Dienstverhältnis zu einer Körperschaft des öffentlichen Rechtes stehende österreichische Staatsbürger, die ihren Dienstort im Ausland haben (Auslandsbeamte), wie Personen behandelt, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt am Ort der die Dienstbezüge anweisenden Stelle haben. Das gleiche gilt für deren Ehegatten, sofern die Eheleute in dauernder Haushaltsgemeinschaft leben, und für deren minderjährige Kinder, die zu ihrem Haushalt gehören.

Die Ansässigkeit ist in diesem DBA in dem Art. 4 geregelt wie folgt:

Artikel 4

ANSÄSSIGE PERSON

1. Im Sinne dieses Abkommens bedeutet der Ausdruck „eine in einem Vertragsstaat ansässige Person“ eine Person, die nach dem Recht dieses Staates dort auf Grund ihres Wohnsitzes, ihres ständigen Aufenthalts, des Ortes ihrer Geschäftsleitung, des Ortes ihrer Gründung oder eines anderen ähnlichen Merkmals steuerpflichtig ist. Der Ausdruck umfasst jedoch nicht eine Person, die in diesem Staat nur mit Einkünften aus Quellen in diesem Staat oder mit in diesem Staat gelegenen Vermögen steuerpflichtig ist.

2. Ist nach Absatz 1 eine natürliche Person in beiden Vertragsstaaten ansässig, so gilt Folgendes:

a) Die Person gilt als in dem Staat ansässig, in dem sie über eine ständige Wohnstätte verfügt; verfügt sie in beiden Staaten über eine ständige Wohnstätte, so gilt sie als in dem Staat ansässig, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat (Mittelpunkt der Lebensinteressen);

b) kann nicht bestimmt werden, in welchem Staat die Person den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen hat, oder verfügt sie in keinem der Staaten über eine ständige Wohnstätte, so gilt sie als in dem Staat ansässig, in dem sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat;

c) hat die Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt in beiden Staaten oder in keinem der Staaten, so gilt sie als in dem Staat ansässig, dessen Staatsangehöriger sie ist;

d) ist die Person Staatsangehöriger beider Staaten oder keines der Staaten, so werden sich die zuständigen Behörden der Vertragsstaaten bemühen, die Frage in gegenseitigem Einvernehmen zu regeln.

3. Ist nach Absatz 1 eine andere als eine natürliche Person in beiden Vertragsstaaten ansässig, so gilt sie als in dem Staat ansässig, in dem sich der Ort ihrer tatsächlichen Geschäftsleitung befindet.

Die Einkünfte aus selbständiger Arbeit werden im DBA zwischen den beiden Staaten wie folgt zugeteilt und wird zur Vermeidung der Doppelbesteuerung nachstehende Regelung getroffen:

Artikel 14

SELBSTSTÄNDIGE ARBEIT

1. Einkünfte, die eine in einem Vertragsstaat ansässige Person aus einem freien Beruf oder aus sonstiger selbstständiger Tätigkeit bezieht, dürfen nur in diesem Staat besteuert werden, es sei denn, dass der Person im anderen Vertragsstaat für die Ausübung ihrer Tätigkeit gewöhnlich eine feste Einrichtung zur Verfügung steht. Steht ihr eine solche feste Einrichtung zur Verfügung, so dürfen die Einkünfte im anderen Staat besteuert werden, jedoch nur insoweit, als sie dieser festen Einrichtung zugerechnet werden können.

2. Der Ausdruck „freier Beruf“ umfasst insbesondere die selbstständig ausgeübte wissenschaftliche, literarische, künstlerische, erzieherische oder unterrichtende Tätigkeit sowie die selbstständige Tätigkeit der Ärzte, Rechtsanwälte, Ingenieure, Architekten, Zahnärzte und Buchsachverständigen.

Artikel 23

VERMEIDUNG DER DOPPELBESTEuerung

1. In Österreich wird die Doppelbesteuerung wie folgt vermieden:

a) Bezieht eine in Österreich ansässige Person Einkünfte oder hat sie Vermögen und dürfen diese Einkünfte oder dieses Vermögen nach diesem Abkommen in der Russischen Föderation besteuert werden, so nimmt Österreich vorbehaltlich der lit. b, c und d diese Einkünfte oder dieses Vermögen von der Besteuerung aus.

b) Bezieht eine in Österreich ansässige Person Einkünfte, die nach Artikel 10 in der Russischen Föderation besteuert werden dürfen, so rechnet Österreich auf die vom Einkommen dieser Person zu erhebende Steuer den Betrag an, der der in der Russischen Föderation gezahlten Steuer entspricht.

Der anzurechnende Betrag darf jedoch den Teil der vor der Anrechnung ermittelten Steuer nicht übersteigen, der auf die aus der Russischen Föderation bezogenen Einkünfte entfällt.

c) Unter Artikel 10 Absatz 2 lit. a fallende Dividenden, die von einer in der Russischen Föderation ansässigen Gesellschaft an eine in Österreich ansässige Gesellschaft gezahlt werden, sind, vorbehaltlich der entsprechenden Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts Österreichs, aber ungeachtet einer allfälligen nach diesem Recht abweichenden Mindestbeteiligung, in Österreich von der Besteuerung ausgenommen.

d) Einkünfte oder Vermögen einer in Österreich ansässigen Person, die nach diesem Abkommen von der Besteuerung in Österreich auszunehmen sind, dürfen gleichwohl in Österreich bei der Festsetzung der Steuer für das übrige Einkommen oder Vermögen der Person einbezogen werden.

e) Einkünfte, die eine in Österreich ansässige Person bezieht und die Österreich als Einkünfte betrachtet, die auf Grund dieses Abkommens in der Russischen Föderation zu besteuern sind, dürfen dessen ungeachtet in Österreich besteuert werden, wenn die Russische Föderation nach Durchführung eines Verständigungsverfahrens diese Einkünfte auf Grund dieses Abkommens nicht besteuert.

2. In der Russischen Föderation wird die Doppelbesteuerung wie folgt vermieden:

Bezieht eine in der Russischen Föderation ansässige Person Einkünfte oder hat sie Vermögen und dürfen diese Einkünfte oder dieses Vermögen nach diesem Abkommen in Österreich besteuert werden, so wird die auf diese Einkünfte oder dieses Vermögen entfallende

österreichische Steuer auf die in der Russischen Föderation erhobene Steuer angerechnet. Der anzurechnende Betrag darf jedoch den Betrag der Steuer der Russischen Föderation nicht übersteigen, der in Übereinstimmung mit den Steuergesetzen und Verordnungen für diese Einkünfte oder dieses Vermögen ermittelt wird.

Da - wie oben ausgeführt - die Kindeseltern sowohl in Russland und in Österreich über eine Wohnung verfügt haben und sohin in beiden Staaten unbeschränkt steuerpflichtig gewesen sind, richtet sich die Ansässigkeit im Sinne des DBA nach dem Mittelpunkt der Lebensinteressen bzw. nach dem gewöhnlichen Aufenthalt und hat die nunmehr Tatverdächtige mit der Tatsache, dass diese ihre Einkünfte in Russland erklärt hat und eine solche Steuererklärung in Österreich unterlassen hat, dem Finanzamt gegenüber eine Ansässigkeit im Sinn des DBA in Russland dargelegt.

Dass ***2*** ***1*** eine Ansässigkeit von sich selbst in Russland im Steuerverfahren gegenüber den österreichischen Finanzbehörden vertreten hat, erhellt sich auch daraus, dass es die Steuerpflichtige nicht nur unterlassen hat, Ihre Einkünfte aus Tätigkeitstagen in Österreich (also aus Tagen, die nicht einer „festen Einrichtung“ in Russland zurechenbar sind) gegenüber den österreichischen Steuerbehörden offenzulegen, sie hat es darüber hinaus insbesondere auch unterlassen, in Österreich ihr Welteinkommen zu versteuern. Eine Versteuerung des Welteinkommens hätte zur Folge gehabt, dass die nunmehr Tatverdächtige nicht nur ihre Einkünfte aus Tätigkeitstagen in Österreich, sondern ihr Welteinkommen den österreichischen Abgabenbehörden gegenüber hätte offenlegen müssen, wobei die in Russland entrichteten Steuern auf die Österreichische Steuer anzurechnen gewesen wären (vgl. oben Art. 23 DBA).

Ad Familienbeihilfe

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. a FLAG 1967 haben Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben.

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

Gemäß § 12 Abs. 1 FLAG 1967 hat das Wohnsitzfinanzamt bei Entstehen oder Wegfall eines Anspruches auf Familienbeihilfe eine Mitteilung auszustellen. Eine Mitteilung über den Bezug der Familienbeihilfe ist auch über begründetes Ersuchen der die Familienbeihilfe beziehenden Person auszustellen.

Gemäß Abs. 2 leg. cit. ist für den Fall, dass die Auszahlung der Familienbeihilfe eingestellt wird, die Person, die bislang die Familienbeihilfe bezogen hat, zu verständigen.

Gemäß § 25 (FLAG 1967) sind Personen, denen Familienbeihilfe gewährt oder an Stelle der anspruchsberechtigten Person ausgezahlt (§ 12) wird, verpflichtet, Tatsachen, die bewirken, dass der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt, sowie Änderungen des Namens oder der Anschrift ihrer Person oder der Kinder, für die ihnen Familienbeihilfe gewährt wird, zu melden.

Die Meldung hat innerhalb eines Monats, gerechnet vom Tag des Bekanntwerdens der zu meldenden Tatsache, bei dem nach § 13 zuständigen Finanzamt zu erfolgen.

Der § 26 Abs. 1 bis 3 FLAG 1967 normiert:

(1) Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

(2) Zurückzuzahlende Beträge nach Abs. 1 können auf fällige oder fällig werdende Familienbeihilfen angerechnet werden.

(3) Für die Rückzahlung eines zu Unrecht bezogenen Betrages an Familienbeihilfe haftet auch derjenige Elternteil des Kindes, der mit dem Rückzahlungspflichtigen in der Zeit, in der die Familienbeihilfe für das Kind zu Unrecht bezogen worden ist, im gemeinsamen Haushalt gelebt hat.

Bei der Frage des ständigen Aufenthaltes iSd § 5 Abs. 3 FLAG 1967 geht es um objektive Kriterien, die nach den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2 BAO zu beurteilen sind (als Bsp. für viele VwGH vom 22.04.2009, 2008/15/0323; VwGH vom 28.11.2007, 2007/15/0055; VwGH 15.11.2005; 2002/14/0103). Diese Beurteilung hat nicht auf den subjektiven Gesichtspunkt des Mittelpunktes der Lebensinteressen abzustellen, sondern auf das objektive Kriterium der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit.

Nach der Rechtsprechung des VwGH 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. Demnach hat jemand den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinn 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. Ein Aufenthalt in dem genannten Sinn verlangt grundsätzlich die körperliche Anwesenheit der Kinder im Ausland. Um einen gewöhnlichen Aufenthalt aufrecht zu erhalten, ist aber eine ununterbrochene Anwesenheit NICHT erforderlich - kurze Aufenthalte im Inland, etwa zur Vornahme von Mutter-Kind-Pass-Untersuchungen oder zu Urlaubszwecken - unterbrechen den ständigen Auslandsaufenthalt iSd § 5 Abs. 3 FLAG 1967 NICHT. So hat auch der VwGH ausgesprochen, dass nur als vorübergehend gewollt anzusehende Anwesenheiten im Inland den gewöhnlichen Auslandsaufenthalt nicht unterbrechen (VwGH vom 15.11.2005, 2002/14/0103).

Im Gegensatz zum Einkommensteuerverfahren (siehe die Ausführungen oben) hat die Kindesmutter im Familienbeihilfenverfahren vorgebracht, dass ihr gewöhnlicher Aufenthalt durchgehend in Österreich gewesen wäre und dass dies daher ihre Ansässigkeit nie nach Russland verlegt hätte und hat damit einen Mittelpunkt der Lebensinteressen von sich selber UND einen ständigen Aufenthalt der Kinder in Österreich behauptet.

Die nunmehr Tatverdächtige hat sohin im Steuerverfahren eine Ansässigkeit und sohin Mittelpunkt der Lebensinteressen/einen gewöhnlichen Aufenthalt von sich selbst in Russland dargelegt, während sie im Familienbeihilfenverfahren einen Mittelpunkt der Lebensinteressen von sich selber SOWIE einen ständigen Aufenthalt der Kinder in Österreich behauptet hat.

Da aus der Aktenlage und den oben angeführten Unterlagen ersichtlich war, dass die Kindesmutter im Steuerverfahren keinerlei Einkünfte in Österreich erklärt hat, sondern ihre Einkünfte in Russland offengelegt hat und weil aus diesem Umstand - wie oben ausgeführt - ersichtlich war, dass die Steuerpflichtige eine Ansässigkeit im Sinn des DBA in Russland vorgebracht hat, wurde die Familienbeihilfe von der Kindesmutter rückgefordert.

Eine Rückforderung der Familienbeihilfen erfolgte daher einerseits wegen der im Steuerverfahren dargelegten unbeschränkten Steuerpflicht von Frau ***2*** in Russland und andererseits wegen der gänzlich unterlassenen Versteuerung der Einkünfte der Steuerpflichtigen in Österreich SOWIE wegen eines ständigen Aufenthaltes der Kinder in einem Drittland.

Hinsichtlich des ständigen Aufenthaltes der Kinder in Russland und somit aus der Sicht der EU-Mitgliedsstaaten in einem Drittstaat ist festzuhalten, dass für den Zeitraum September 2013 bis Juni 2015 zwei Bestätigungen vorgelegt worden sind, aus denen ersichtlich war, dass sich die Kinder von Frau ***2*** in dieser Zeit ständig im Ausland aufgehalten haben, wobei an dieser Stelle festzuhalten ist, dass nach der einschlägigen höchstgerichtlichen Rechtsprechung (VwGH 24.06.2010; 2009/16/0133) ein Auslandsaufenthalt von (lediglich) fünfeinhalb Monaten gerade noch als vorübergehender Auslangsaufenthalt angesehen worden ist. Ein Auslandsaufenthalt von zumindest zwei Jahre ist daher - unabhängig von einem eventuell vorliegenden Mittelpunkt der Lebensinteressen der Familie in Österreich - als ständiger Aufenthalt der Kinder im Ausland gemäß § 5 Abs. 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) anzusehen.

Im Zuge der Besprechung des Sachverhaltes im Rahmen der Schlussbesprechung in abgabenbehördlichen Prüfungsverfahren hat die Bf. wiederholt angegeben, dass sie in Russland eine Betreuung für die Kinder gehabt hatte, während ihrer Tätigkeitstage in Österreich eine solche Betreuungsmöglichkeit jedoch nicht bestanden hatte. Auch aus diesem Grund ist davon auszugehen, dass sich die Kinder von Frau ***2*** auch während der Tätigkeitstage von Frau ***2*** in Österreich ständig - mit Ausnahme der Aufenthalte in Österreich, um die Mutter-Kind-Pass-Untersuchungen durchführen lassen zu können – im Ausland aufgehalten haben.

Es erfolgte daher auch aus diesem Grund - neben der im Steuerverfahren vorgebrachten Ansässigkeit von Frau ***2*** und damit dem Mittelpunkt der Lebensinteressen der Kindesmutter in Russland - wegen des ständigen Auslandsaufenthaltes der Kinder die Rückforderung der Familienbeihilfen gemäß § 5 Abs. 3 FLAG 1967 zu Recht.

Die Kindesmutter hat in ihrer Beschwerde gegen den Rückforderungsbescheid zwar vorgebracht, ihren gewöhnlichen Aufenthalt durchwegs in Österreich gehabt zu haben, doch ist dieser Umstand in Ansehung dessen, dass diese in Österreich selbständig tätig gewesen ist und auf Grund der Tatsache, dass diese sich um zwei Kleinstkinder neben ihrer selbständigen Übersetzungstätigkeit vor Gerichten und Behörden hätte kümmern müssen und dass diese Kleinstkinder regelmäßig Flüge oder Fahrten zwischen ***9*** und Wien hätten auf sich nehmen müssen, schlichtweg weltfremd. Dass Frau ***2*** selbst in der Schlussbesprechung angegeben hat, dass sie zwar in Russland, nicht jedoch in Österreich über eine Kinderbetreuungsmöglichkeit verfügt hat, bestätigt nach der Rechtsansicht des Finanzamtes den ständigen Aufenthalt der Kinder in Russland. Um ihre Behauptung zu belegen hat die Kindesmutter - wie oben ausgeführt - dem Finanzamt Kindergartenbestätigungen aus Russland vorgelegt, denen zu Folge das älteste Kind in den Schuljahren 2013/2014 und 2014/2015 einen Kindergarten in ***9*** tatsächlich besucht hat.

Einen Aufenthalt der Kinder im Inland - bis auf die wenigen Tage, an denen die Mutter-Kind-Pass-Untersuchungen vorgenommen worden sind, konnte die Beihilfenempfängerin nicht nachweisen und hat die Kindesmutter - wie oben ausgeführt - im Abgabenverfahren im Gegenteil Bestätigungen vorgelegt, denen zu Folge deren ältestes Kind in den Schuljahren 2013/2014 und 2014/2015 einen Kindergarten in ***9*** besucht hat. Dass die Kindesmutter zur Durchführung der Mutter-Kind-Pass-Untersuchungen nach Österreich gekommen ist, begründet in keinsten Weise einen Mittelpunkt der Lebensinteressen der nunmehr Tatverdächtigen in Österreich und unterbrechen diese kurzen Aufenthalte in Österreich zum Zwecke ärztlicher Untersuchungen auch nicht den ständigen Auslandsaufenthalt der Kinder in Russland.

Der Kindesvater (auf Grund dessen Berufstätigkeit), die Kindesmutter und die Kinder hatten sohin in den Jahren 2010 bis 2015 ihren Mittelpunkt der Lebensinteressen in Russland und

haben sich deren Kinder darüber hinaus auch ständig im Ausland (Russland) aufgehalten. Zuletzt hat ein steuerlicher Vertreter der Kindesmutter versucht, das Dienstverhältnis von deren Gatten dergestalt darzustellen, dass dieses unter § 26 Abs. 3 BAO zu subsummieren wäre, weil der Gatte während eines Teiles des Auslandsaufenthaltes noch über einen Dienstpäss des Bundesministeriums für Inneres verfügt hätte.

Dazu ist auszuführen, dass der klare Gesetzeswortlaut des § 26 Abs. 3 BAO nicht auf das Vorhandensein eines Dienstpässes, sondern - wie oben aus dem angeführten § 26 Abs. 3 BAO ersichtlich - auf ein Dienstverhältnis zu einer Körperschaft des öffentlichen Rechtes abstellt. Nach einer von der Kindesmutter vorgelegten „Bestätigung“ war der Gatte jedoch bei der OEAD GmbH beschäftigt und handelt es sich bei dieser GmbH unstrittiger Weise nicht um eine Körperschaft des öffentlichen Rechtes, weswegen der § 26 Abs. 3 BAO nicht anwendbar und die mitübermittelte Berufungsentscheidung des UFS auch nicht einschlägig ist.

Mit Rückforderungsbescheid vom 23.04.2018 wurde von der nunmehr Tatverdächtigen die Familienbeihilfe von der Geburt der Kinder bis Oktober 2015 rückgefordert. Die rückgeforderten Beträge belaufen sich auf insgesamt € 23.745,50 und gliedern sich wie folgt:

Familienbeihilfe	€	17.671,90
Kinderabsetzbetrag	€	<u>6.073,60</u>
Rückforderung gesamt	€	23.745,50

Beweis:

* Schreiben der Kindesmutter mit Bestätigung betreffend die Tätigkeit des Kindesvaters, mit einer Aufstellung von Flügen und mit Bestätigungen, dass ***5*** ***2*** in den Schuljahren 2013/2014 und 2014/2015 einen Kindergarten in ***9*** besucht hat (Beilage A, Seiten 1-7)

* Abfragen aus dem Zentralen Melderegister, aus denen die Hauptwohnsitzmeldungen der Kindeseltern ersichtlich sind (Beilage A, Seiten 8-9)

* tabellarische Berechnung der Schadenshöhe (Beilage A, Seite 10)

* Mail des steuerlichen Vertreters mitsamt Beilagen, Unterlagen betreffend den Dienstgeber/die bezugsauszahlende Stelle des Gatten (Beilage A, Seiten 11 - 19)

* Rückforderungsbescheid vom 23.04.2018 (Beilage B, Seite 1)

* Beschwerde gegen den Rückforderungsbescheid, in welcher - im Unterschied zum Abgabenverfahren, in dem eine Ansässigkeit im Sinne des DBA in Russland dargelegt worden ist - im Wesentlichen vorgebracht wird, dass der Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich gelegen wäre mitsamt Beilagen (Beilage B, Seiten 2 bis 34)

* Stellungnahme der steuerlichen Vertretung zur Betriebsprüfung, in welcher wiederum eine Ansässigkeit im Sinn des DBA in Russland vorgebracht wird, die o.a. Schulbesuchsbestätigungen vorgelegt worden sind und Unterlagen der russischen Steuerbehörde vorgelegt worden sind, aus denen die erklärten Tätigkeitstage in Russland einerseits und die Auftraggeber der Tatverdächtigen andererseits ersichtlich sind mitsamt Beilagen (Beilage B, Seiten 35 bis 106)

* Unterlagen der russischen Steuerbehörde beinhaltend die gegenüber der russischen Steuerbehörde erklärten Tätigkeitstage in Russland (Beilage B, Seiten 107 bis 108)

Gemäß § 146 StGB ist mit einer Geldstrafe bis zu 360 Euro oder mit Arrest bis zu zwei Wochen zu bestrafen, wer mit dem Vorsatz, durch das Verhalten des Getäuschten sich oder einen

Dritten unrechtmäßig zu bereichern, jemanden durch Täuschung über Tatsachen zu einer Handlung Duldung oder Unterlassung verleitet, die diesen oder einen anderen am Vermögen schädigt. [Der Text enthält offensichtlich eine Mischung aus § 29 FLAG 1967 und § 146 StGB, Anm. BFG]

Gemäß § 147 Abs. 1 StGB begeht einen Betrug und ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen, indem er zur Täuschung

- 1. eine falsche oder verfälschte Urkunde, ein falsches, verfälschtes oder entfremdetes unbares Zahlungsmittel, falsche oder verfälschte Daten, ein anderes solches Beweismittel oder ein unrichtiges Messgerät benützt,*
- 2. ein zur Bezeichnung der Grenze oder des Wasserstands bestimmtes Zeichen unrichtig setzt, verrückt, beseitigt oder unkenntlich macht oder*
- 3. sich fälschlich für einen Beamten ausgibt,*

Ebenso ist gemäß Abs. 1a leg. cit. zu bestrafen, wer einen Betrug mit mehr als geringem Schaden begeht, indem er über die Anwendung eines verbotenen Wirkstoffs oder einer verbotenen Methode nach der Anlage der Anti-Doping-Konvention, BGBl. Nr. 451/1991, zu Zwecken des Dopings im Sport täuscht.

Ebenso ist gemäß Abs. 2 leg. cit. zu bestrafen, wer einen Betrug mit einem 3 000 Euro übersteigenden Schaden begeht.

Gemäß Abs. 3 leg. cit. ist mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen, wer durch die Tat einen 50 000 Euro übersteigenden Schaden herbeiführt.

*MMMMMag. ***2*** ***1*** ***31*** hat dadurch, dass sie trotz einer Verlegung der Ansässigkeit nach Russland, wo der Kindesvater an einer Universität in ***9*** beruflich tätig gewesen ist und wo sich auch ihre Kinder ständig aufgehalten haben, einen Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich behauptet und daher die Familienbeihilfe für diese Kinder über Jahre hinweg vorsätzlich zu Unrecht bezogen. Sie wird deswegen wegen Übertretung der Bestimmungen der §§ 146 ff StGB zu bestrafen sein.*

Beschwerde

Gegen den Rückforderungsbescheid erhob die Bf durch ihren damaligen rechtsfreundlichen Vertreter, der sich auf die ihm erteilte Vollmacht berief, mit Schriftsatz vom 23. Mai 2018 Beschwerde, in welcher unter anderem ausgeführt wird:

*Mit Bescheid vom 23.04.2018 wurde die Beschwerdeführerin aufgefordert, für das Kind ***6*** ***2*** von August 2012 bis Oktober 2015 und für das Kind ***5*** ***2*** von Juni 2010 bis Oktober 2015 zu Unrecht bezogene Beträge zurückzuzahlen, nämlich EUR 17.671,90 an Familienbeihilfe und EUR 6.073,60 an Kinderabsetzbeträgen. Dies wurde damit begründet, die Beschwerdeführerin habe im Zusammenhang mit einer Betriebsprüfung erklärt, dass sie von Juli 2010 bis Oktober 2015 überwiegend in Russland (***9***) gelebt habe. Innerhalb offener Frist erhebt die Beschwerdeführerin gegen diesen Bescheid folgende*

BESCHWERDE

Die Vorschreibung der Rückzahlung der Beträge erfolgte nicht zu Recht. Die Voraussetzungen für den Bezug von Familienbeihilfe und die Geltendmachung von Kinderabsetzbeträgen waren zu jedem Zeitpunkt gegeben.

a) Berechtigung zum Bezug von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag

Gemäß § 2 Abs 1 FLAG haben Personen Anspruch auf Familienbeihilfe, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben.

Gemäß § 2 Abs 8 FLAG haben Personen nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben. Eine Person hat den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.

Gemäß § 26 Abs 1 BAO hat jemand einen Wohnsitz dort, wo er eine Wohnung innehat unter Umständen, die darauf schließen lassen, dass er die Wohnung beibehalten und benutzen wird.

In der Entscheidung vom 18.12.2015, GZ RV/2100696/2014 hat das BFG ausgesprochen wie folgt: Auf das Ausmaß der tatsächlichen Nutzung einer Wohnung während der Dauer eines Auslandsaufenthaltes kommt es nicht an, sofern aufgrund objektiver Umstände darauf zu schließen ist, dass die Wohnung auf Dauer beibehalten werden soll. In diesem Fall kann auch eine bloß für Urlaubszwecke benutzte Wohnung zur Begründung der unbeschränkten Steuerpflicht führen. (VwGH 21.1.1990. 89/15/0115: 7.7.1967, 1860/66).

Wird eine in der Vergangenheit als Wohnsitz dienende Wohnung unter Beibehaltung des bisherigen Rechtstitels während eines Auslandsaufenthalts möbliert und unbewohnt ohne Vermietung zurückgelassen, ist daher auszugehen, dass der inländische Wohnsitz aufrecht geblieben ist.

*Die Beschwerdeführerin war während der Jahre 2010 bis 2015 durchgehend an der Adresse ***32*** [richtig wohl: ***3***, Anm. BFG], ***8*** gemeldet, ebenso wie die übrige Familie ***2***. Es handelt sich bei der Meldeadresse um eine unvermietete Eigentumswohnung, die auf Grund der Belassung der Ausstattung insbesondere für Ferienaufenthalte genutzt wurde und die mittlerweile wieder die ausschließliche Wohnadresse darstellt. Ein österreichischer Wohnsitz bestand während des gesamten bescheidgegenständlichen Zeitraumes.*

Dass die Beschwerdeführerin sich im Zeitraum von September 2010 bis Juni 2014 überwiegend in der Russischen Föderation aufgehalten hat, wird nicht bestritten, über diesen Zeitraum hinaus hielt sich die Beschwerdeführerin aber dort nicht auf.

*Grund für die zeitweise Übersiedlung war die Entsendung des Ehemanns der Beschwerdeführerin, Mag. ***14*** ***2***, vom Ministerium für Wissenschaft und Bildung als Lektor für deutsche Sprache, österreichische Literatur und Landeskunde an die Staatliche Pädagogische Universität ***9***. Bereits ab Ende Juni 2015 hielt sich die Beschwerdeführerin aber durchgehend in der Republik Österreich auf, wie auch die nach diesem Zeitpunkt regelmäßig durchgeführten Untersuchungen des Mutter-Kind-Passes ihrer Tochter ***18*** ***2*** (Seite 2), geb am ***19***, zeigen.*

Beweis:

- Entsendebestätigung Mag. ***14*** ***2*** (./18-05/1345)
- Aufenthaltsbestätigung der Russischen Föderation (./18-05/1428)
- Mutter-Kind-Pass ***18*** ***2*** (./18-05/1181)

Die Einkommenssteuerrichtlinien 2000, Rz 23a, führen dazu aus wie folgt: Vorübergehende Abwesenheiten im Ausland unterbrechen das Verweilen und damit den gewöhnlichen Aufenthalt nicht (VwGH 7.6.2001, 98/15/0025; 2.6.2004, 2001/13/0160; 9.12.2004, 2004/14/0023; 27.4.2005, 2002/14/0050). Maßgebend ist hierbei, ob auf den Umständen des Einzelfalles (Umstände der Abwesenheit, ihrer Dauer, ihrer Wiederholung und der Entfernung) auf einen Rückkehrwillen geschlossen werden kann.

Da es sich im vorliegenden Fall um eine auf fünf Jahre begrenzte Entsendung handelte, stand zu jedem Zeitpunkt fest, dass es sich beim Aufenthalt in der russischen Föderation nur um eine vorübergehende Abwesenheit vom Hauptwohnsitz handelte. Dafür spricht auch die Beibehaltung der Eigentumswohnung, die jederzeit benutzbar war. Fast alle Familienurlaube wurden in der Republik Österreich verbracht. Der gewöhnliche Aufenthalt der Beschwerdeführerin in der Republik Österreich bestand daher in den Jahren 2010 bis 2015 ohne Unterbrechung fort.

*Mag. ***14*** ***2*** war als in einem Dienstverhältnis zu einer Körperschaft des öffentlichen Rechtes - nämlich des Ministeriums für Wissenschaft und Bildung - stehender österreichischer Staatsbürger, der seinen Dienort im Ausland hat, sohin als Auslandsbeamter iSd § 26 Abs 3 BAO, anzusehen. Auslandsbeamte sind abgabenrechtlich wie Personen zu behandeln, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt am Ort der die Dienstbezüge anweisenden Stelle haben. Das gleiche gilt für deren Ehegatten, sofern die Eheleute in dauernder Haushaltsgemeinschaft leben, und für deren minderjährige Kinder, die zu ihrem Haushalt gehören. Das war hier der Fall. Auch aus diesem Grund hatte auch die Beschwerdeführerin einen (fingierten) gewöhnlichen Aufenthalt in der Republik Österreich.*

*Mag. ***14*** ***2*** versteuerte sein Einkommen während dieser Zeit durchgehend in der Republik Österreich. Lediglich die Beschwerdeführerin nahm Art 14 Abs 1 des Abkommens zwischen der Regierung der Republik Österreich und der Regierung der Russischen Föderation zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen (idF Russland-DBA) in Anspruch, der lautet wie folgt: Einkünfte, die eine in einem Vertragsstaat ansässige Person aus einem freien Beruf oder aus sonstiger selbstständiger Tätigkeit bezieht, dürfen nur in diesem Staat besteuert werden, es sei denn, dass der Person im anderen Vertragsstaat für die Ausübung ihrer Tätigkeit gewöhnlich eine feste Einrichtung zu Verfügung steht. Steht ihr eine solche feste Einrichtung zur Verfügung, so dürfen die Einkünfte im anderen Staat besteuert werden, jedoch nur insoweit, als sie dieser festen Einrichtung zugerechnet werden können.*

Beweis:

- *Steueransässigkeitsbestätigungen der Russischen Föderation 2012-2014 (./18-05/1419-1421*

*Eine solche feste Einrichtung besaß die Beschwerdeführerin in der Russischen Föderation, da sie die dort versteuerten selbständigen Übersetzungstätigkeiten ausschließlich von ihrem Arbeitsplatz an der jeweiligen Wohnadresse in ***9*** verrichtete. Die Inanspruchnahme dieser Bestimmung erfolgte daher zulässigerweise.*

In der Entscheidung vom 18.12.2015, GZ RV/2100696/2014 hat das BFG ausgesprochen wie folgt: Für Zeiträume zwischen zwei und fünf Jahren sei die Frage der Verlagerung des Lebensmittelpunktes an Hand der besonderen Umstände des Einzelfalles zu klären (vgl. Philipp/Loukota/Jirousek, Internationales Steuerrecht 1/1 Z 4 Rz 12).

In der Entscheidung vom 17.10.2017, GZ Ra 2016/15/0008 hat der VwGH ausgesprochen wie folgt: Für die Beurteilung der Frage, an welchem Ort (in welchem Staat) der Steuerpflichtige die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat, ist auf das Gesamtbild der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse abzustellen, wobei das Überwiegen der Beziehungen zum einen oder anderen Staat den Ausschlag gibt (vgl. Hofstätter/Reichel, § 1 EStG 1988, Tz 9).

*Dass die gesamte Familie der Beschwerdeführerin samt haushaltszugehöriger Kinder während der Entsendung Mag. ***14*** ***2*** in die Russische Föderation übersiedelte, reicht für eine Verlegung des Lebensmittelpunktes nicht aus. Vielmehr ist das Gesamtbild der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse ausschlaggebend. So war Mag. ***14*** ***2*** durchgehend für einen österreichischen Dienstgeber tätig. Die Beschwerdeführerin arbeitete ausschließlich für österreichische Geschäftspartner. Die österreichischen (Gehalts-)Konten wurden während dieses Zeitraumes beibehalten. Wie bereits aus dem Akt ersichtlich nahm die Beschwerdeführerin während des hier gegenständlichen Zeitraums wiederholt Arzttermine für ihre Kinder wahr und begab sich auch zur Geburt jedes ihrer drei Kinder in eine österreichische Gesundheitseinrichtung. Bindungen zur Russischen Föderation bestanden nicht in vergleichbarer Intensität. Vielmehr bestand eine zu Beginn, während und bis zum tatsächlichen Ende der Entsendung unveränderte Lebensplanung der Beschwerdeführerin mit dem Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in Österreich.*

Die Beschwerdeführerin hatte von Juni 2010 bis Oktober 2015-sowohl Wohnsitz als auch Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen iSd § 2 Abs 1 und 8 FLAG im Inland. Es bestand daher ein Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge.

Bezüglich der Frage des Wohnsitzes und des Mittelpunktes der Lebensinteressen der Beschwerdeführerin ist derzeit eine Steuerprüfung Finanzamt Wien 12/13/14 Purkersdorf anhängig. Es ergeht daher der

ANTRAG

auf Unterbrechung dieses Beschwerdeverfahrens bis zur rechtskräftigen Entscheidung im Prüfverfahren.

b) Verjährung

§ 207 Abs 4 BAO lautet: Das Recht, den Ersatz zu Unrecht geleisteter oder die Rückzahlung zu Unrecht bezogener Beihilfen zu fordern, sowie das Recht auf Rückforderung zu Unrecht zuerkannter Erstattungen, Vergütungen oder Abgeltungen von Abgaben verjährt in fünf Jahren. Abs. 2 zweiter Satz gilt sinngemäß.

§ 208 Abs 1 lit c BAO lautet: Die Verjährung beginnt in den Fällen des §207 Abs. 4 mit dem Ablauf des Jahres, in dem die rückzufordernden Beihilfen, Erstattungen, Vergütungen oder Abgeltungen geleistet wurden.

Rückgefordert werden in den Jahren von 2010 bis 2015 geleistete Beihilfen. Kenntnis von einem Verfahren betreffend die Prüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe erhielt die Beschwerdeführerin allerdings erst mit Mitteilung vom 12.09.2017 über den Bezug der Familienbeihilfe. Zu diesem Zeitpunkt war ein eventuell bestehender Rückforderungsanspruch der Finanzbehörde zumindest für den Zeitraum von Juni 2010 bis September 2012 bereits verjährt. Selbst wenn also die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen worden wäre, wäre der Rückforderungsanspruch der Behörde bereits verjährt gewesen. Auch aus diesem Grund besteht also der Rückforderungsanspruch nicht zu Recht.

Aus den oben genannten Gründen ist der Bescheid mit Rechtswidrigkeit belastet und insofern ersatzlos zu beheben. Daher stellt die Beschwerdeführerin die nachstehenden

ANTRÄGE

- 1. das zuständige Bundesfinanzgericht möge den ergangenen Bescheid ersatzlos beheben*
 - 2. das zuständige Bundesfinanzgericht möge über die Beschwerde eine mündliche Verhandlung anberaumen und durchführen*
 - 3. in eventu: Nachsicht durch Abschreibung gem § 236 BAO*
- Weiters wird der Antrag auf Aussetzung der Einhebung der angefochtenen Abgabe gem. § 212a BAO gestellt. [...]*

Der Beschwerde beigelegt waren verschiedene, bereits in den oben angeführten elektronischen Aktenteilen dargestellte Urkunden, nämlich

- Bestätigung der OeAD GmbH vom 13. März 2017 betreffend Angestelltenverhältnis des MMag. ***14*** ***2*** zur OeAD GmbH von 1. September 2010 bis 31. August 2015.
- Bescheinigung der Botschaft der Russischen Föderation in Österreich vom 19. Dezember 2017, wonach sich ***1*** ***2*** von September 2010 bis Juni 2014 auf Einladung der ***15***-Universität in ***9*** aufgehalten hat.
- Mutter-Kind-Pass betreffend ***1*** ***2*** / ***18*** ***2***.
- Tax Residency Certificate betreffend ***1*** ***2*** für 2012, 2013, 2014

Beschwerdevorentscheidung

Mit an Mag. ***1*** ***2***, ***3***, ***4a***, adressierter Beschwerdevorentscheidung vom 13. Oktober 2021 entschied das Finanzamt wie folgt:

Es ergeht die Beschwerdevorentscheidung bezüglich der Beschwerde vom 23.05.2018 von

*Frau Mag. ***2*** ***1***, ***4a***, ***3****

vertreten durch

Herrn Dr. ... [rechtsfreundlicher Vertreter],

gegen den Bescheid vom 23.04.2018 über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Familienbeihilfen und Kinderabsetzbeträgen

*für ***2*** ***6*** (SV-Nr.: ***24***) für den Zeitraum August 2012 bis Oktober 2015 und*

*für ***2*** ***5*** (SV-Nr.: ***25***) für den Zeitraum Juni 2010 bis Oktober 2015.*

Über die Beschwerde wird auf Grund des § 263 Bundesabgabenordnung (BAO) entschieden:

a. Ihrer Beschwerde wird in Ansehung des Zeitraumes Juli 2015 bis Oktober 2015 teilweise Folge gegeben.

b. Ihre Beschwerde wird in Ansehung des Zeitraumes Jänner 2013 bis Juni 2015 als gegenstandslos erklärt.

c. Ihre Beschwerde wird in Ansehung der Zeiträume August 2012 bis Dezember 2012 hinsichtlich

****2*** ***6*** sowie in Ansehung des Zeitraumes Juni 2010 bis Dezember 2012 hinsichtlich ***2*** ***5*** als unbegründet abgewiesen.*

Begründung:

*Sie haben gegen den Bescheid vom 23.04.2018 über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Familienbeihilfen und Kinderabsetzbeträgen für ***2*** ***6*** (SV-Nr.: ***24***) für den Zeitraum August 2012 bis Oktober 2015 und für ***2*** ***5*** (SV-Nr.: ***25***) für den Zeitraum Juni 2010 bis Oktober 2015 (in der Folge kurz als „Rückforderungsbescheid“ bezeichnet) am 23.05.2018 das Rechtsmittel der Beschwerde eingebracht und begründend im Wesentlichen vorgebracht,*

- dass Sie ihren Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich gehabt hätten*
- dass Ihr Gatte in einem Dienstverhältnis zu einer Körperschaft des öffentlichen Rechts gestanden wäre und*
- dass ein Teil der rückgeforderten Beträge bereits verjährt gewesen wäre.*

Gleichzeitig haben Sie einen Antrag auf Unterbrechung des Beschwerdeverfahrens bis zur rechtskräftigen Entscheidung „im Prüfungsverfahren“ betreffend Ihre Einkommensteuerveranlagungen 2012-2015 eingebracht.

*Nachdem das Sie betreffende Betriebsprüfungsverfahren zwischenzeitig rechtskräftig beendet und über Sie darüber hinaus auch zur Steuernummer ***33*** eine Finanzstrafe verhängt worden ist, war das gegenständliche Beschwerdeverfahren fortzusetzen.*

1. Gesetzliche Grundlagen

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

Gemäß § 2 Abs. 8 FLAG 1967 haben Personen nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben. Eine Person hat den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.

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

Gemäß § 7 FLAG 1967 wird für ein Kind Familienbeihilfe nur einer Person gewährt.

Gemäß § 10 Abs. 4 FLAG 1967 gebührt für einen Monat Familienbeihilfe nur einmal.

Gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 hat derjenige, der Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

Gemäß § 25 FLAG 1967 sind Personen, denen Familienbeihilfe gewährt oder an Stelle der anspruchsberechtigten Person ausgezahlt (§ 12) wird, verpflichtet, Tatsachen, die bewirken,

dass der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt, sowie Änderungen des Namens oder der Anschrift ihrer Person oder der Kinder, für die ihnen Familienbeihilfe gewährt wird, zu melden. Die Meldung hat innerhalb eines Monats, gerechnet vom Tag des Bekanntwerdens der zu meldenden Tatsache, beim Finanzamt Österreich zu erfolgen.

Gemäß § 2 lit. a Z 1 Bundesabgabenordnung (BAO) gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes gelten, soweit sie hierauf nicht unmittelbar anwendbar sind und nicht anderes bestimmt ist, sinngemäß in Angelegenheiten der von den Abgabenbehörden des Bundes zuzuerkennenden oder rückzufordernden bundesrechtlich geregelten Beihilfen aller Art.

Gemäß § 207 Abs. 4 BAO verjährt das Recht, den Ersatz zu Unrecht geleisteter oder die Rückzahlung zu Unrecht bezogener Beihilfen zu fordern, sowie das Recht auf Rückforderung zu Unrecht zuerkannter Erstattungen, Vergütungen oder Abgeltungen von Abgaben in fünf Jahren. Abs. 2 zweiter Satz gilt sinngemäß.

Der § 207 Abs. 2 zweiter Satz BAO, auf den die Bestimmung des § 207 Abs. 4 BAO verweist, lautet:

„Soweit eine Abgabe hinterzogen ist, beträgt die Verjährungsfrist zehn Jahre.“

Der § 256 Abs. 1 und 3 BAO normiert:

(1) Beschwerden können bis zur Bekanntgabe (§ 97) der Entscheidung über die Beschwerde zurückgenommen werden. Die Zurücknahme ist schriftlich oder mündlich zu erklären. (...)

(3) Wurde eine Beschwerde zurückgenommen (Abs. 1), so ist sie mit Beschwerdevorentscheidung (§ 262 BAO) oder mit Beschluss (§ 278 BAO) als gegenstandslos zu erklären.

2. Rechtliche Beurteilung

A.) Zum Spruchteil a. betreffend teilweiser Stattgabe Ihrer Beschwerde für den Zeitraum Juli 2015 bis Oktober 2015:

*Nach den von Ihnen vorgelegten Unterlagen waren Ihre Kinder bis Juni 2015 ständig im Ausland aufhältig. Vorgelegt wurde beispielsweise Kindergartenbestätigungen betreffend Ihres Sohnes ***5*** für die Zeiträume September 2013 bis Juni 2014 und November 2014 bis Juni 2015.*

Ab Juli 2015 waren jedoch nach den von Ihnen ebenfalls vorgelegten Unterlagen sowohl Ihre Kinder als auch Sie selber ständig in Österreich aufhältig. Vorgelegte wurden diesbezüglich beispielsweise Kopien einiger Seiten Ihres Mutter-Kind-Passes, aus dem beginnend ab Juni 2015 regelmäßige Untersuchungen in Österreich ersichtlich waren. Für die Zeit ab November 2015 wurden Kindergartenbestätigungen aus Österreich vorgelegt.

Der Hauptpunkt für die Rückforderungen der Familienbeihilfen betreffend Ihrer Kinder war – wie in der Folge noch genauer darzulegen sein wird -insbesondere der ständige Aufenthalt Ihrer Kinder im Ausland im Sinne des § 5 Abs. 3 FLAG 1967.

Da das Finanzamt Ihre Ausführungen dahingehend, dass Sie ab Juni 2015 wieder in Österreich aufhältig waren und dass Ihre Kinder ab Juli 2015 ebenfalls bei Ihnen in Österreich waren, als nachvollziehbar ansieht, war Ihrer Beschwerde in Ansehung des Zeitraumes Juli 2015 bis Oktober 2015 Folge zu geben und der Rückforderungsbescheid in Ansehung dieses Zeitraumes aufzuheben.

B.) Zum Spruchteil b. betreffend Gegenstandsloserklärung der Beschwerde in Ansehung des Zeitraumes Jänner 2013 bis Juni 2015

Sie haben im Rahmen der Schlussbesprechung am 24.09.2019 die Beschwerde gegen den Rückforderungsbescheid in Ansehung des Zeitraumes Jänner 2013 bis Juni 2015 (mündlich) zurückgezogen und wurde die Zurückziehung der Beschwerde diesen Zeitraum betreffend auch in der Niederschrift (Seite 1 der Beilage W2 zur Niederschrift, auf die in der Niederschrift verwiesen wird) festgehalten und diese Niederschrift sowohl von Ihnen selbst als auch von Ihrer rechtsfreundlichen Vertretung unterschrieben.

*Da Sie Ihre Beschwerde vom 23.05.2018 gegen den Bescheid vom 23.04.2018 über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Familienbeihilfen und Kinderabsetzbeträgen für ***2*** ***6*** (SV-Nr.: ***24***) für den Zeitraum August 2012 bis Oktober 2015 und für ***2*** ***5*** (SV-Nr.: ***25***) für den Zeitraum Juni 2010 bis Oktober 2015 in Ansehung der Zeiträume Jänner 2013 bis Juni 2015 rechtswirksam zurückgezogen haben, war Ihre Beschwerde hinsichtlich dieser Zeiträume gemäß § 256 Abs. 1 und 3 BAO mit Beschwerdeverentscheidung als gegenstandslos zu erklären.*

*C.) Zum Spruchteil c. betreffend Abweisung der Beschwerde in Ansehung der Zeiträume August 2012 bis Dezember 2012 hinsichtlich ***2*** ***6*** sowie in Ansehung des Zeitraumes Juni 2010 bis Dezember 2012 hinsichtlich ***2*** ***5****

Wie Sie selber durch Zurückziehung Ihrer Beschwerde gegen den Rückforderungsbescheid vom 23.04.2018 in Ansehung der Zeiträume Jänner 2013 bis Juni 2015 eingestanden haben, waren Ihre Kinder im Sinne des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 ständig im Ausland aufhältig, weswegen Ihnen für diese Kinder ein Anspruch auf Familienbeihilfe nicht zugestanden hat.

*Strittig war daher zuletzt „nur“ mehr, ob die gegenständlichen Familienbeihilfen und Kinderabsetzbeträge in Ansehung der Zeiträume August 2012 bis Dezember 2012 hinsichtlich ***2*** ***6*** sowie in Ansehung des Zeitraumes Juni 2010 bis Dezember 2012 hinsichtlich ***2*** ***5*** verjährt wären.*

Gemäß § 207 Abs. 4 BAO, der seinerseits auf § 207 Abs. 2 zweiter Satz BAO verweist, ist auch im Bereich der Familienbeihilfe die verlängerte Verjährungsfrist von 10 Jahren bei Vorliegen hinterzogener Abgaben (bzw. hier Beihilfen) anzuwenden.

In dem Sie betreffenden Betriebsprüfungsverfahren betreffend Ihre Veranlagungsjahre 2012 bis 2015 hat die zuständige Finanzstrafbehörde (zwischenzeitig rechtskräftig) festgestellt, dass hinterzogene Abgaben vorgelegen haben und ist die entsprechende Strafe von Ihnen zwischenzeitig auch beglichen worden.

In der Nicht-Bekanntgabe des ständigen Aufenthaltes Ihrer Kinder im Ausland ist ebenso wie in der Nicht-Offenlegung Ihrer Einkünfte aus Ihrer selbständigen Tätigkeit in Österreich eine vorsätzliche Unterlassung der in den §§ 25 und 26 Abs. 1 FLAG 1967 normierten Meldeverpflichtung zu ersehen.

Auf Grund des Umstandes, dass Sie zwischenzeitig ein Studium der Rechtswissenschaften abgeschlossen haben, können Sie sich auch nicht auf eine Unkenntnis der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen berufen. Sie haben in Ansehung der durch Sie unterlassenen Meldeverpflichtungen einen Bezug der Ihnen tatsächlich nicht zustehenden Beihilfen auch tatsächlich für möglich gehalten und durch den fortgesetzten Bezug dieser Beträge sich auch damit abgefunden, womit die erforderliche Vorsatzform des „dolus eventualis“ verwirklicht war und ist.

*Da Ihnen ein Bezug von Familienbeihilfen für Ihre ständig im Ausland aufhältigen Kinder gemäß § 5 Abs. 3 FLAG 1967 nicht zugestanden hat und Sie die Sie treffenden Meldeverpflichtungen im Sinne des § 25 i.V.m. § 26 Abs. 1 FLAG 1967 nicht eingehalten haben und damit es ernstlich für möglich gehalten und sich damit abgefunden haben, dass Sie Beihilfen bezogen haben, die Ihnen nicht zugestanden haben, lagen hinsichtlich der Familienbeihilfen und der Kinderabsetzbeträge in Ansehung der Zeiträume August 2012 bis Dezember 2012 hinsichtlich ***2*** **6*** sowie in Ansehung des Zeitraumes Juni 2010 bis Dezember 2012 hinsichtlich ***2*** **5*** hinterzogene Abgaben im Sinne des § 207 Abs. 4 i.V.m. § 207 Abs. 2 zweiter Satz BAO vor.*

Es war daher die Verjährungsfrist für hinterzogene Abgaben von 10 Jahren anzuwenden, weswegen die oben angeführten Beträge noch nicht verjährt waren.

*Ihre Beschwerde gegen die Rückforderung der Beträge an Familienbeihilfen und Kinderabsetzbeträgen in Ansehung der Zeiträume August 2012 bis Dezember 2012 hinsichtlich ***2*** **6*** sowie in Ansehung des Zeitraumes Juni 2010 bis Dezember 2012 hinsichtlich ***2*** **5*** war daher abzuweisen.*

Ein Zustellnachweis ist nicht aktenkundig.

Vorlageantrag

Mit undatierem Schreiben (Briefkasteneinwurf 8. November 2021) stellte die Bf persönlich Vorlageantrag:

Betreff: Vorlageantrag und Ergänzung zur Stellungnahme vom 16. März 2021

Sehr geehrte Damen und Herren!

Bezugnehmend auf Ihre Vorentscheidung vom 13.10.2021 betreffend meine Beschwerde vom 23. Mai 2018 stelle ich nun den Vorlageantrag und ersuche Sie, den gesamten Akt an das Bundesfinanzgericht weiterzuleiten.

Hierzu möchte ich Folgendes ergänzen:

1) Ich habe inzwischen den Dienstpass meines Ehemannes gefunden und lege eine Kopie davon bei.

*2) Bei der in der Vorentscheidung erfolgten Zuerkennung der Familienbeihilfe für den Zeitraum Juli bis November 2015 wurde meinem Sohn ***5*** **2***, geb. am ***16***, eine reguläre Familienbeihilfe zugesprochen. Dabei hat die Behörde übersehen, dass ***5*** bereits seit Juni 2012 einen Anspruch auf erhöhte Familienbeihilfe hat. Ich ersuche Sie um Berichtigung.*

3) Laut Aussage meiner Steuerberaterin und meines Rechtsanwalts wurde die Beschwerde für den Zeitraum Jänner 2013 bis Juni 2015, entgegen den Behauptungen der Finanzbehörde, definitiv niemals zurückgezogen.

Ich ersuche das Bundesfinanzgericht höflich, in dieser vertrackten Angelegenheit endgültig zu entscheiden.

Ich bedanke mich bereits im Voraus für Ihre Mühe!

Hochachtungsvoll

*MMMMag. phil. Mag. iur. ***1*** **2****

Beigefügt waren:

- Mitteilung über den Bezug von Familienbeihilfe vom 19. Oktober 2021:

[...]

- Kopie des vom Bundesministerium für Inneres am 19. August 2010 für ***14*** **2*** ausgestellten Dienstpasses mit dem amtlichen Vermerk „Lektor in ***9***“.

- Kopie der BVE vom 13. Oktober 2021 (ohne Eingangsvermerk).

Schreiben vom 16. März 2021

Folgendes Schreiben der Bf vom 16. März 2021 an das Finanzamt Österreich war beigefügt:

Betreff: Ersuchen um Ergänzung zur Beschwerde vom 23. Mai 2018

Sehr geehrte Damen und Herren!

Zu der oben bezeichneten Angelegenheit möchte ich wie folgt Stellung nehmen.

1. Kurze Darstellung des Sachverhalts

*Mein Ehemann MMag. ***14*** **2*** wurde im September 2010 als Auslandslektor für ein Jahr nach ***9*** entsandt. Sein Beschäftigungsverhältnis wurde seitdem vier Mal verlängert, jeweils für ein Jahr, wobei ein Visum nach Russland in der Regel zunächst für einen Monat und dann nur für ein Studienjahr, d. h. bis Juni, erteilt wurde. Die maximale Entsendungszeit war von vornherein mit fünf Jahren begrenzt.*

Da mein Mann bei einem österreichischen Arbeitgeber (OeAD) angestellt, in Österreich sozialversichert und steuerpflichtig war, wurde sein gewöhnlicher Aufenthalt in Österreich laut Vertrag „fingiert“. Unsere Familie behielt weiterhin ihren Hauptwohnsitz und die Eigentumswohnung in Wien, die auch regelmäßig genutzt wurde. Somit wurde der Lebensmittelpunkt weder de jure noch de facto niemals nach Russland verlagert, zumal wir als Familie fast die Hälfte der Zeit in Österreich verbrachten und die Kinder nicht einmal der russischen Sprache mächtig sind. Die steuerliche Ansässigkeit ist während des gesamten Zeitraums in Österreich gelegen - diese Tatsache wurde im Rahmen der 2019 abgeschlossenen Betriebsprüfung von der Abgabebehörde selbst (!) festgehalten und den auf Basis der Feststellungen der Betriebsprüfung ergehenden Einkommenssteuerbescheiden zugrunde gelegt. Die Finanzbehörde selbst stellte also fest, dass ich während des Prüfungszeitraumes stets in Österreich ansässig war.

Die im Ergänzungsersuchen erwähnte „Nachdenkfrist“ betraf lediglich die Akzeptanz der Ergebnisse der mit der Schlussbesprechung am 24.09.2019 abgeschlossenen Betriebsprüfung und die Zurücknahme des gegen die Rückforderung von Familienbeihilfe eingelegten

Rechtsmittels, und zwar der streitgegenständlichen Beschwerde. Die Nichtanerkennung des Auslandsbeamtenstatus meines Mannes seitens der Finanzbehörde wurde von mir niemals akzeptiert, weil die Behörde hierzu auch keine Stellung genommen hat.

Die Ergebnisse der Betriebsprüfung habe ich schließlich akzeptiert, die gegenständliche Beschwerde wurde jedoch - entgegen den Behauptungen im Ergänzungsersuchen auch nicht für Zeitraum Jänner 2013 bis Juni 2015-weder von mir noch von meiner Steuerberaterin Frau Mag. ***34*** zurückgezogen. Nach Rücksprache mit meinem RA Herrn Mag. ***35*** und meiner Steuerberaterin Frau Mag. ***34*** teile ich mit, dass das Rechtsmittel betreffend Familienbeihilfe zu keinem Zeitpunkt zurückgezogen, sondern nur die Möglichkeit des Zurückziehens während der Schlussbesprechung seitens der Finanzbehörde erörtert wurde.

Vor dem Ablauf der Nachdenkfrist, am 27.09.2019, hat Herr Mag. ***35*** sowohl mit Herrn ***36*** und Herrn ***20*** als auch mit Herrn ***37*** telefoniert und ein Anwaltsschreiben geschickt, um mitzuteilen, dass das Rechtsmittel nicht zurückgezogen wird. Somit stützt sich die Behörde leider auf falsche Tatsachen.

Daraufhin brachte die Finanzbehörde am 14.10.2019 eine Strafanzeige bei der Staatsanwaltschaft wegen Betrugs ein. Am 17.02.2020 wurde das Verfahren seitens der Staatsanwaltschaft eingestellt, da kein Grund zur weiteren Verfolgung bestanden habe und ein strafbares Verhalten nicht erweislich gewesen sei.

Die Nachfrage beim Bundesfinanzgericht ergab, dass meine Beschwerde vom 23. Mai 2018 (!) nach wie vor nicht vorgelegt wurde; auch die Finanzbehörde selbst verabsäumte es bis dato, eine Vorentscheidung zu fällen. Die Interventionen von meinem Rechtsanwalt Herrn ***35*** zuletzt im September und im Dezember 2021 blieben erfolglos. Auf mein Telefonat mit Herrn ***20*** im Jänner 2021 hin bekam ich schließlich das gegenständliche Ersuchen um Ergänzung postalisch zugesandt.

2. Zum Anspruch auf Familienbeihilfe

An dieser Stelle darf ich auf die Ausführungen meiner rechtsfreundlichen Vertretung im Strafverfahren Herrn Mag. ***35*** in der Stellungnahme verweisen.

„2.1 Allgemeiner Tatbestand

Gem § 2 (1) Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) haben Anspruch auf Familienbeihilfe Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben.

Unstrittig ist, dass meine Mandantin dauerhaft einen Wohnsitz [1: Die drei Tatbestandselemente des Wohnsitzes bei Vorhandensein einer Wohnung, nämlich deren Innehabung, Beibehaltung und Benutzung waren stets erfüllt.] in Österreich hatte.

Gem § 2 (8) FLAG haben Personen nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben. Eine Person hat den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen [2: Für die Beurteilung der Frage, an welchem Ort (in welchem Staat) der Steuerpflichtige die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat, ist auf das Gesamtbild der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse abzustellen wobei das Überwiegen der Beziehungen zum einen oder anderen Staat den Ausschlag gibt. Wirtschaftlichen Beziehungen kommt dabei in der

Regel eine geringere Bedeutung zu als persönlichen Beziehungen, (für viele zuletzt VwGH vom 17.10.2017, Ra 2016/15/0008).] hat.

Eine zeitlich begrenzte Auslandstätigkeit lässt den Mittelpunkt der Lebensinteressen auch dann im Inland bestehen, wenn die Familie an den Arbeitsort im Ausland mitzieht, die Wohnung im Inland aber beibehalten wird. [3: vgl für viele zuletzt VwGH vom 17.10.2017, Ra 2016/15/0008, mwN.]

Es ist in gegenständlichem Fall niemals zu einer Verlagerung des Mittelpunktes der Lebensinteressen meiner Mandantin (oder anderen Mitgliedern ihrer Familie) gekommen. Es stand von Anfang fest, dass der Auslandsaufenthalt nur temporär und zudem auch nicht durchgängig wird, der Planungshorizont reichte dabei, wie bereits beschrieben, von Entsendungsperiode zu Entsendungsperiode (siehe Pkt 1.1.).

Gegenteilige Aussagen, die im Zuge der Betriebsprüfung teils auch nachdrücklich vertreten wurden, wurden ausschließlich für Zwecke der Einkommensteuer und auf Basis der unrichtigen Beauskunftung durch die russische Steuerberaterin getätigt.

Die persönlichen Beziehungen zu Österreich blieben unverändert aufrecht und die persönlichen Beziehungen zu Russland intensivierten sich keinesfalls in einer Art, dass von einer Verlagerung des Mittelpunktes des Lebensinteresses auszugehen wäre. Dies unterstreichend sei erwähnt, dass die Kinder daher auch kein Russisch lernten.

Wiewohl die Tätigkeit des Mannes meiner Mandantin als Auslandslektor [4: Näheres zur Tätigkeit siehe Punkt 2.1.2.] interessant, vielfältig und auch mit einem gewissen Prestige verbunden war, war sie eher bescheiden entlohnt. Dem bescheidenen Salär von rund EUR 1000,- monatlich standen hohe mit dem Auslandsaufenthalt verbundene (Mehr-)Kosten gegenüber (Miete, Visa, Transfer etc). Daher war auch unter einem wirtschaftlichen Aspekt an eine nachhaltige Verlagerung der Interessen ins Ausland nicht zu denken.

Gem § 5 (3) FLAG besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten. Kurzfristige Aufenthalte etwa in den Ferien zu Urlaubszwecken stehen dabei einem ständigen Aufenthalt im Inland nicht entgegen [5: Umgekehrt steht ein bloßer Aufenthalt der Kinder in den Ferien im Inland einem ständigen Aufenthalt im Ausland nicht] entgegen.

*Die Finanzbehörde schließt aus den auf ihr Verlangen vorgelegten Kindergartenbestätigungen für den älteren Sohn ***5*** (für den jüngeren Sohn ***6*** gibt es solche nicht) völlig unrichtigerweise, dass sich beide Kinder ständig im Ausland aufgehalten hätten. Die beiden Bestätigungen für den älteren Sohn ***5*** dokumentieren ausschließlich, dass er bei beiden Kindergärten angemeldet war und diese auch besucht hat aber keineswegs, dass er sie durchgehend während des jeweiligen Zeitraums besucht hätte. Es gibt im Übrigen in Russland auch keine Kindergartenpflicht.*

Im Gegenteil waren die kleinen Kinder immer bei der Mutter, wenn diese sich in Österreich aufgehalten hatte. [...] Um die diesbezüglichen Ausführungen abzukürzen, diese regelmäßigen Aufenthalte in Österreich mit der Mutter (nicht nur in den Ferien, wie von der Finanzbehörde behauptet) sind auch durch Eintragungen in den Pässen der Kinder dokumentiert (siehe Tabelle mit den Aufenthaltszeiten).

Richtigerweise wird man davon auszugehen haben, dass ständiger Aufenthalt der Kinder in Österreich war, da sie diesen bereits begründeten ständigen Aufenthalt in Österreich niemals verloren haben. Um einen gewöhnlichen Aufenthalt aufrechtzuerhalten, ist 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. [6: vgl VwGH vom 15.11.2005, 2002/14/0103]. Der VwGH hat eine durchgehende Aufenthaltsdauer von fünfeinhalb Monaten als gerade noch vorübergehenden Aufenthalt erkannt.[7: vgl VwGH vom 24. Juni 2010, 2009/16/0133]. Der längste durchgehende Aufenthalt in Russland betrug weniger als 3 Monate, die Aufenthalte in Österreich waren substantiell auch nicht nur kurzfristige Unterbrechungen des Aufenthalts in Russland (siehe Beilage). Auch die Rückkehrwilligkeit nach Österreich war wie bereits geschildert stets gegeben und wurde auch gelebt. [8: 6 vgl VwGH vom 19.12.2004, 2004/14/0023. Um einen gewöhnlichen Aufenthalt aufrecht zu erhalten, 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. das hg. Erkenntnis vom 7. Juni 2001, 98/15/0025). Die belangte Behörde hat zutreffend ausgeführt, dass die Frage, ob der Zustand der örtlichen Nahebeziehung in der Bedeutung des längeren Aufenthaltes bei vorübergehenden, längeren oder kürzeren Abwesenheiten zu bestehen aufhört oder in seiner raumbezogenen Wesensart aufrecht bleibt, danach zu beurteilen sein wird, ob aus den Umständen der Abwesenheit, ihrer Dauer, ihrer Wiederholung und der Entfernung, somit aus den Umständen des Einzelfalles auf den Rückkehrwillen geschlossen werden könne.] Unter Berücksichtigung dieser Kriterien ist daher davon auszugehen, dass der ständige Aufenthalt der Kinder sich niemals nach Russland verlagert hat.

2.2 Sondertatbestand § 26 Abs 3 BAO

Gem § 26 Abs 3 BAO werden in einem Dienstverhältnis zu einer Körperschaft des öffentlichen Rechtes stehende österreichische Staatsbürger, die ihren Dienstort im Ausland haben (Auslandsbeamte), wie Personen behandelt, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt am Ort der die Dienstbezüge anweisenden Stelle haben. Das gleiche gilt für deren Ehegatten, sofern die Eheleute in dauernder Haushaltsgemeinschaft leben, und für deren minderjährige Kinder, die zu ihrem Haushalt gehören.

Diese Fiktion der Ansässigkeit schlägt 1:1 durch auf den Anspruch auf Familienbeihilfe, Ansässigkeit (und somit auch Mittelpunkt des Lebensinteresses und gewöhnlicher/ständiger Aufenthalt) für sämtliche Familienmitglieder ist damit auch für Zwecke des FLAG es lege in Österreich gelegen.

So führt etwa der UFS Salzburg in seiner Entscheidung vom 14.11.2012, RV/0536-S/10, dazu aus: „Den Überlegungen des Finanzamts, dass der Beschwerdeführer und sein Sohn den Mittelpunkt der Lebensinteressen in C hätten, steht die Bestimmung des § 26 Abs 3 BAO entgegen, da durch diese Gesetzesstelle unabhängig von einem allenfalls noch im Inland bestehenden Wohnsitz auch der gewöhnliche Aufenthalt eines derartigen Auslandsbeamten und auch seiner Familienangehörigen, als im Inland gelegen bestimmt wird, weswegen bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen ein Anspruch des Beschwerdeführer auf Familienbeihilfe in Österreich besteht.“

Die Art des Dienstverhältnisses ist dabei ohne Belang, es sind nicht nur öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse sondern es ist jegliche Form eines Dienstverhältnisses umfasst. [9: vgl ebenso UFS Salzburg vom 14.11.2012, RV/0536-S/10]

*Der Mann meiner Mandantin war als Auslandslektor für Deutsch, österreichische Literatur und Landeskunde vom OeAD (Österreichischer Austauschdienst) an die Staatliche Pädagogische ***15***-Universität ***9*** entsandt worden. Seine Tätigkeit entsprach dabei zum Einen der Tätigkeit eines in einem Dienstverhältnis zu einer österreichischen Universität stehenden Lektors.*

*Darüber hinaus gehörte zu seinen Aufgaben als Auslandslektor vor Ort auch das Kontakthalten mit den Bildungsgremien (z. B. Stadtschulrat in ***9***) und das Informieren von StudentInnen bezüglich Austauschprogramme für einen möglichen Studienaufenthalt in Österreich; auch Vernetzungstreffen, etwa mit dem Bildungsbeauftragten (KulturKontakt Austria), mit dem DAAD (Deutscher Akademischer Austauschdienst) oder dem Schweizer Konsul standen als Teil seiner Tätigkeit auf dem Programm. Er arbeitete weiters mit an der Betreuung der Österreich-Bibliothek. Zusätzlich gab es vom österreichischen Kulturattaché koordinierte Treffen mit anderen LektorInnen in Russland in der Österreichischen Botschaft in Moskau mit dem Ziel, Strategien zu erarbeiten, Österreich noch besser in Russland zu präsentieren. Sämtliche Auslandslektoren wurden im Übrigen im Vorfeld auch über geltende Verhaltensregeln im Ausland unterrichtet, um zu vermeiden Österreich im Ausland als „offizielle Vertreter“ in Misskredit zu bringen.*

Nach eigener Beschreibung ist der OeAD die österreichische Agentur für internationale Mobilität und Kooperation in Bildung, Wissenschaft und Forschung. Der OeAD berät, bewirbt und unterstützt internationale Kooperationen in Bildung, Wissenschaft und Forschung.

Das Kerngeschäft des OeAD ist nach Eigendefinition der Austausch von Personen aller Alters- und Bildungsstufen. Dabei unterstützt er institutionelle Kooperationen innerhalb Europas und weltweit. Er begleitet internationale Aktivitäten und koordiniert und unterstützt deren Umsetzung. Schwerpunkte sind unter anderem Entwicklungszusammenarbeit und Bildungsexport. Dabei betreut er den internationalen Austausch von Schüler/innen, Lehrlingen, Studierenden, Lehrenden und Wissenschaftler/innen und führt internationale Bildungsprojekte durch.

Organisatorisch ist der OeAD ein ausgegliederter Rechtsträger des Bundes, in Form einer GmbH, die zu 100% im Eigentum des Bundes steht. Zur Ausübung der Gesellschafterrechte ist die Bundesministerin/der Bundesminister für Bildung, Wissenschaft und Forschung berechtigt.

Die Ausgliederung des Rechtsträgers ermöglicht die Koordinierung der Interessen und die Einbindung aller in die Tätigkeiten des OeAD involvierten Körperschaften des öffentlichen Rechts, so sind im Kuratorium des OeAD, verschiedene Ministerien, Universitäten, und Länder (sowie Wien als Stadt), allesamt Körperschaften des öffentlichen Rechts vertreten.

Angemerkt sei weiters, dass dem Mann meiner Mandantin im Rahmen seiner Entsendung auch ein österreichischer Dienstpass ausgestellt worden war (siehe Beilage).

Inwieweit es einer sachlichen Differenzierung zugänglich sein soll, dass ein unmittelbar von einer Universität entsandter Auslandslektor § 26 Abs 3 BAO unterliegen sollte, ein aber mittelbar über den OeAD als dessen Dienstnehmer entsandter jedoch nicht, ist nicht einsichtig.

Es scheint daher geboten in verfassungskonformer teleologischer Auslegung der Bestimmung, gegebenenfalls im Wege der Analogie, eine Auslandsentsendung bei einem Dienstverhältnis zum OeAD im Anwendungsbereich des § 26 Abs 3 BAO zu verorten.

Es gibt zu dieser Frage, wie ein Dienstverhältnis zu einem solchen Rechtsträger, der nicht nur im alleinigen Eigentum einer Körperschaft öffentlich Rechts sondern darüber hinaus im „innigsten Naheverhältnis“ zu (ausschließlich) Körperschaften öffentlichen Rechts steht, im Lichte der Bestimmung des § 26 Abs 3 BAO zu würdigen ist, bislang keine oberstgerichtliche Judikatur und auch keine erstinstanzliche Entscheidung.

Sohin war aufgrund des vorhandenen Wohnsitzes und des Mittelpunkts des Lebensinteresses meiner Mandantin und des ständigen Aufenthaltes der Kinder in Österreich ein Anspruch auf Familienbeihilfe gegeben.“

3. Zur Verjährung

*An dieser Stelle sei an die Ausführungen meines Rechtsanwalts Dr. ***38*** in der gegenständlichen Beschwerde zu § 207 Abs. 4 BAO verwiesen. Demnach wäre der eventuelle Rückforderungsanspruch der Finanzbehörde zumindest für den Zeitraum von Juni 2010 bis September 2012 bereits verjährt. Was die anderen Zeiträume anbelangt, wäre hier nochmals hervorzuheben, dass 1) wir von Juni bis November 2012 nachweislich in Österreich waren (siehe Kindergartenbesuchsbestätigung meines Sohnes ***5*** ***2***) und 2) unsere Familie am 5. Juni 2015 Russland ohnehin endgültig verlassen hat (siehe Aufenthaltstabelle).*

Angesichts der obigen Ausführungen stelle ich die Anträge:

- 1. Den ergangenen Bescheid ersatzlos zu beheben;*
- 2. Die Beschwerde dem zuständigen Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vorzulegen, da ich auf Grund der durchaus belastenden Vorgeschichte nicht mit einer unvoreingenommenen Prüfung des Sachverhalts und einem fairen Verfahren beim zuständigen Team des Finanzamtes rechnen kann*

Vorlage

Mit Bericht vom 28. Jänner 2022 legte das Finanzamt Österreich die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vor, wobei es die Verständigung gemäß § 265 Abs. 4 BAO und die Ausfertigung des Aktenverzeichnisses gemäß § 266 Abs. 1 BAO nach der Aktenlage an Mag. ***1*** ***2***, ***3***, ***4a***, übermittelt wurde.

Aus dem Bericht:

Inhaltsverzeichnis zu den vorgelegten Aktenteilen (Aktenverzeichnis)

Bescheide

1 Familienbeihilfe (Zeitraum: 06.2010-10.2015) 23.04.2018

*Beschwerde**2 20180523_Beschwerde_Stöckl_FB 23.05.2018**Beschwerdevorentscheidung**3 Beschwerdevorentscheidung 13.10.2021**Vorlageantrag**4 20211108Vorlageantrag_Stoeckl 08.11.2021**Vorgelegte Aktenteile**5 20170914_Niederschrift 14.09.2017**6 20170914_Niederschrift1 14.09.2017**7 20170914_PAneu 14.09.2017**8 20171013_Unterlagen_BP 13.10.2017**9 20190924_Niederschrift 24.09.2019**10 20190924_Schlussbesprechung 24.09.2019**11 20191105_Bericht 05.11.2019**12 20211007_HA_ ***2*** 07.11.2021***Folgende Bescheide sind angefochten**

Gegenstand:	Familienbeihilfe	Datum Bescheid:	23.04.2018
Jahr/Zeitraum:	06.2010-10.2015	Beschwerde eingebracht:	23.05.2018
Fachgebiet:	Familienlastenausgleich	BVE zugestellt:	13.10.2021
Gesamter Senat beantragt:	Nein	Vorlageantrag eingebracht:	08.11.2021
		Verfahrenskategorie:	Beih
		Mündliche Verhandlung beantragt:	Nein

Verfahrensinformationen

Finanzstrafverfahren anhängig:	Nein	Anzeige an Staatsanwaltschaft erfolgt:	Nein
Außenprüfung:	Nein		
Aussetzung der Einhebung:	Datum:	-	
	Betrag:	-	

Bezug habende Normen

§§ 2 (1), 2 (8), 5 (3), 7, 10 (4), 25 und 26 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) §§ 2 lit. a Z 1, 207 (2) und (4) 256 (1) und 3 BAO

*Sachverhalt und Anträge**Sachverhalt:*

*Der Gatte der Bf. war von der OeAD GmbH nach ***9*** (in der Russischen Föderation, in der Folge kurz als "RUS" bezeichnet) an die dortige Staatliche Pädagogische Universität (in ***9***) entsendet worden.*

Die Bf. und die Kinder lebten in der Zeit von 2010 und 2015 in Russland. Die Bf. war während des Auslandsaufenthaltes wiederholt in Österreich für Behörden (Gerichte) und Parteienvertreter als Dolmetscherin tätig, hat aber die aus der Tätigkeit aus den Arbeitstagen in Österreich herrührenden Einkünfte in Österreich nicht erklärt.

Im Zuge der Betriebsprüfung wurde die Familienbeihilfe von der Bf. zurückgefordert, weil sich die Kinder der Bf. ständig in Russland und somit in einem Drittstaat aufgehalten haben und die Bf. selbst ihren Wohnsitz bzw. gewöhnlichen Aufenthalt in RUS gehabt hat.

In der Beschwerde wurde insbesondere vorgebracht, dass der Gatte der Bf. "Auslandsbeamter" gewesen wäre und deswegen die Rückforderung der Familienbeihilfe zu Unrecht erfolgt wäre.

In der BVE wurde die Beschwerde der Bf. teilweise abgewiesen und teilweise als gegenstandslos erklärt und dieser auch teilweise Folge gegeben.

Im Vorlageantrag wies die Bf. darauf hin, dass eine Zurückziehung der Beschwerde in Ansehung eines Teiles der rückgeforderten Familienbeihilfe nicht erfolgt sei und dass die im Rahmen der Betriebsprüfung aufgenommene Niederschrift keine Zurückziehung der Beschwerde enthalte.

Beweismittel:

vorgelegte Aktenteile aus dem Betriebsprüfungsakt, soweit für den gegenständlichen Beihilfenanspruch relevant

Stellungnahme:

Vorweg erlaubt sich das Finanzamt, auf die Ausführungen in den Betriebsprüfungsunterlagen (BP-Bericht, Niederschrift) und die BVE zu verweisen und gelten die dort gemachten Ausführungen, sofern in der Folge keine anderslautenden Darlegungen erfolgen, auch an dieser Stelle als angeführt.

Aus sachverhaltsmäßiger Sicht ist vorweg festzuhalten, dass die Bf. als Kindesmutter Partei des beschwerdegegenständlichen Beihilfenverfahrens ist und dass daher im gegenständlichen Verfahren ausschließlich der Anspruch der Bf. auf Bezug der Familienbeihilfe zu prüfen war. Unstrittig ist, dass sich die Kinder ständig im Ausland aufgehalten haben und unstrittig ist auf Grund der im Betriebsprüfungsverfahren vorgebrachten Ansässigkeit der Bf. selbst in RUS auch, dass der Wohnsitz bzw. der gewöhnliche Aufenthalt der Bf. in den beschwerdegegenständlichen Zeiträumen nicht in Österreich gelegen war.

Der Bf. ist zwar beizupflichten, dass aus den Unterlagen eine Zurückziehung der Beschwerde in Ansehung eines Teiles des Rückforderungszeitraumes nicht ersichtlich ist, dieser Umstand vermag nach der Rechtsansicht des Finanzamtes dem Rechtsstandpunkt der Bf. allerdings aus folgenden Gründen nicht zu Durchbruch zu verhelfen:

Wie oben dargestellt, waren die Kinder der Bf. ständig im Ausland (RUS, einem Drittstaat) aufhältig und die Bf. hatte ebenfalls ihren Wohnsitz bzw. gewöhnlichen Aufenthalt in RUS.

Entgegen dem Vorbringen der Bf. in der Beschwerde war deren Gatte KEIN Auslandsbeamter im Sinne des BDG (vgl. BFG vom 23.09.2021, GZ RV/7101465/2021), sondern ist dieser von der OeAD GmbH nach RUS zu der dortigen Pädagogischen Universität entsendet worden - der Gatte der Bf. war daher schon aus diesem Grund nicht als dem Grunde nach anspruchsberechtigt anzusehen (der in der Beschwerde angeführte Fall betraf eine Person, die von einem österreichischen Ministerium ins Ausland entsendet worden ist und ist diese für den gegenständlich vorliegenden Sachverhalt daher nicht einschlägig; eine Universität hat zwar als

Institution eine Selbstverwaltung, an einer Universität lehrende Personen sind aber keine Beamte i.S.d. BDG).

Aber selbst, wenn der Gatte der Bf. als Auslandsbeamter anzusehen gewesen wäre, hätte dies nach der Rechtsansicht des Finanzamtes der Beschwerde der Bf. nicht zum Durchbruch verhelfen können, weil Partei in dem gegenständlichen Beihilfenverfahren unstrittig die Bf. und nicht deren Gatte ist. Es ist in dem gegenständlichen Verfahren sohin ausschließlich der Anspruch der Bf. selbst auf Zuerkennung von Familienbeihilfe zu prüfen und ist nicht maßgeblich, ob eine andere Person außer der Partei berechtigt gewesen wäre, einen Antrag auf Familienbeihilfe einzubringen/einen Anspruch geltend zu machen.

Ein eingebrachter Antrag einer eventuell anderen anspruchsberechtigten Person wäre in einem anderen Verfahren mit dieser anderen anspruchsberechtigten Person als Partei zu klären und hat das Verfahren betreffend dieses anderen Anspruchsberechtigten (außer in den gesetzlich normierten Fällen einer Wechselbeziehung, etwa, das die Beihilfe nur einmal monatlich ausbezahlt wird (§ 10 Abs. 4 FLAG) oder dass die Familienbeihilfe nur einer Person gewährt wird (§ 7 FLAG)) keine Auswirkungen auf das gegenständlichen Beschwerdeverfahren.

Das Finanzamt beantragt daher über die Beschwerde dahingehend zu entscheiden, dass hinsichtlich jener Zeiträume, in Ansehung derer in der BVE die Beschwerde als gegenstandslos erklärt worden ist, die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

Auskunftsersuchen vom 3. Februar 2022

Mit Auskunftsersuchen vom 3. Februar 2022 ersuchte das Bundesfinanzgericht den Rechtsanwalt, der die Beschwerde vom 23. Mai 2018 eingebracht hat, gemäß §§ 2a, 143 BAO, nachstehende Fragen bis zum 18. Februar 2022 zu beantworten:

- 1. Ist das Vollmachtsverhältnis mit MMMMag. phil. Mag. iur. ***1*** **2*** weiter aufrecht?*
- 2. Falls nein: Wann wurde dieses beendet?*
- 3. Falls ja oder falls die Beendigung nach dem 18. Oktober 2021 erfolgt ist: Haben Sie die Beschwerdevorentscheidung des Finanzamts Österreich vom 13. Oktober 2021 erhalten (nach der Aktenlage wurde diese an Mag. ***1*** **2***, ***3***, ***4a*** adressiert)?*
- 4. Falls ja: Im Original oder durch Zusendung einer Kopie/eines PDF/eines Fotos usw.?*
- 5: Falls im Original: Wann war das?*

Mit E-Mail vom 16. Februar 2022 gab der damalige rechtsfreundliche Vertreter bekannt, dass das Vollmachtsverhältnis von der Bf im Herbst 2018 beendet worden sei.

Mündliche Verhandlung

In der mündlichen Verhandlung am 30. Mai 2022 wurden eingangs seitens der Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens wesentliche Interessen, die einer Veröffentlichung der anonymisierten Entscheidung im Sinne von § 23 Abs. 3 BFGG entgegenstehen, nicht bekannt

gegeben. Die an der Verhandlung teilnehmenden Vertreter der Bf sind im Familienbeihilfeverfahren nur hinsichtlich der Verhandlungsteilnahme bevollmächtigt.

Zu dem den Parteien mitgeteilten Sachverhalt, von dem das Gericht bisher ausging (siehe die Sachverhaltsfeststellungen im Erwägungsteil) wurde seitens des rechtsfreundlichen Vertreters ergänzend ausgeführt, dass für jedes Jahr der Tätigkeit des Ehegatten der Bf von den russischen Behörden zu Beginn jeweils nur ein auf ein Monat befristetes Visum ausgestellt worden sei, dass dann in weiterer Folge verlängert worden sei. Die Verlängerung sei jeweils kurzfristig erfolgt. Es sei auch nicht vorhersehbar gewesen, ob seitens des OeAD die Entsendung verlängert werde. Es habe daher stets eine Ungewissheit bestanden, wie lange der tatsächliche Aufenthalt dauern werde.

In Österreich hätten sich während der Entsendung weiterhin Familie und Freunde der Bf und ihres Ehegatten befunden. Der Lebensmittelpunkt habe sich nicht nach Russland verlagert. In diesem Zusammenhang sei auch auf die Darstellung in der Niederschrift über die Schlussbesprechung im Außenprüfungsverfahren vom 24. September 2019 zu verweisen, wonach die Bf „im ganzen Prüfungszeitraum in Österreich steuerbar war“.

Nach Verlesung von § 26 Abs. 3 BAO und § 53 Abs. 5 FLAG 1967 durch das Gericht erklärte der rechtsfreundliche Vertreter, dass im Verwaltungsverfahren wiederholt vorgebracht worden sei, dass § 26 Abs. 3 BAO anwendbar sei und zwar auch auf die Ehegattin und die Kinder. Damit sei sowohl die Ansässigkeit und der ständige Aufenthalt in Österreich rechtlich gegeben gewesen.

Dem hielt der Vertreter des Finanzamts die Ausführungen in der Beschwerdeentscheidung und im Vorlagebericht entgegen. Nach der Rechtsansicht des Finanzamts liege eine Auslandsbeamteneigenschaft des Gattens der Bf. nicht vor. Die Bf. habe im Steuerverfahren ihre Ansässigkeit in Russland vorgebracht. Gemäß § 5 Abs. 3 FLAG 1967 gäbe es keinen Beihilfenanspruch für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten. Urlaube in Österreich vermögen einen ständigen Auslandsaufenthalt nicht zu unterbrechen. Der Gatte der Bf. sei durch die OeAD GmbH entsendet worden und daher kein Beamter im Sinne des BDG.

Auf die Frage des Gerichts, wo in § 26 Abs. 3 BAO geregelt sei, dass nur Beamte im Sinne des BDG von dieser Norm erfasse seien, verwies der Vertreter des Finanzamts auf entsprechende Erläuterungen des Bundeskanzleramtes.

Vom Gericht wurden mit den Parteien die Tatbestandsvoraussetzungen des § 26 Abs. 3 BAO im Detail erörtert.

Zusammengefasst hielten es beide Parteien für zutreffend,

- dass sich der Ehegatte der Bf, MMag. ***14*** **2***, im Beschwerdezeitraum in einem Dienstverhältnis befunden habe,
- dass der Ehegatte österreichischer Staatsbürger sei,

- dass der Dienstort des Ehegatten im Beschwerdezeitraum im Ausland gewesen sei,
- dass die bezugsanweisende Stelle die OeAD GmbH gewesen sei,
- dass die OeAD GmbH ihren Sitz in Wien habe,
- dass die Bf die Ehegattin von MMag. ***14*** ***2*** sei,
- dass die minderjährigen Kinder von beiden Ehegatten abstammten sowie
- dass ein gemeinsamer Haushalt der Familie bestanden habe und bestehe.

Zur weiteren Tatbestandsvoraussetzung, dass es sich um ein Dienstverhältnis zu einer Körperschaft des öffentlichen Rechts handeln müsse, führten die Parteien aus:

Der Vertreter des Finanzamts hielt diese Tatbestandsvoraussetzung aus zwei Gründen nicht für erfüllt: Erstens habe kein Beamtendienstrechtsverhältnis vorgelegen und zweitens handle es sich bei der OeAD GmbH um keine Körperschaft des öffentlichen Rechts.

Dem hielt der rechtsfreundliche Vertreter der Bf entgegen, dass die OeAD GmbH ein ausgegliederter Rechtsträger des Bundes sei, der zu 100 % im Eigentum des Bundes stehe. Zur Ausübung der Gesellschafterrechte sei der jeweilige Bundesminister für Bildung zuständig. Auch im Kuratorium der GmbH seien ausschließlich Körperschaften öffentlichen Rechts vertreten. Der Rechtsträger sei nur dafür da, die Interessen der Körperschaften öffentlichen Rechts zu koordinieren.

Es könne keinen Unterschied machen, ob der Ehegatte der Bf. direkt etwa vom Bildungsministerium oder im Wege der ausgegliederten GmbH entsendet werde. Im Übrigen werde auf den Beamtenbegriff des BDG durch den Klammerausdruck in § 26 Abs. 3 BAO nicht verwiesen.

Nach Verlesung von § 11 Abs. 6 OeADG durch das Gericht:

Rechtsfreundlicher Vertreter: Damit ist nach unserer Ansicht die Auslandsbeamteneigenschaft des Ehegatten der Bf. klargestellt.

Vertreter des Finanzamts: Seitens des Finanzamts erfolgen keine weiteren Erklärungen.

Weiteres Vorbringen seitens der Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens wurde nicht erstattet.

Die belangte Behörde beantragte, das Bundesfinanzgericht möge über die Beschwerde im Sinne der Beschwerdevorentscheidung entscheiden.

Seitens der beschwerdeführenden Partei wurde abschließend die Stattgabe ihrer Beschwerde beantragt.

Die Verhandlung schloss mit der Verkündung des Erkenntnisses des Bundesfinanzgerichts.

Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

Sachverhalt

Die Bf MMMMag. phil. Mag. iur. ***1*** ***2*** ist mit MMag. ***14*** ***2*** verheiratet. Ihr erster Sohn ***5*** ***2*** wurde im Juni 2010 geboren, ihr zweiter Sohn ***6*** ***2*** im August 2012. Die Tochter ***18*** ***2*** wurde im November 2015 geboren. Kinder und Eltern sind österreichische Staatsbürger und in Wien wohnhaft. In den Jahren 2018 und 2019 (nach dem Rückforderungszeitraum) hatte die Familie ihren Hauptwohnsitz in Niederösterreich, seither wieder in Wien.

Im Rückforderungszeitraum Juni 2010 bzw. August 2012 jeweils bis Oktober 2015, und zwar vom 1. September 2010 bis 31. August 2015 war der Ehegatte der Bf, MMag. ***14*** ***2***, Angestellter der OeAD GmbH und als Lektor für deutsche Sprache, österreichische Literatur und Landeskunde an der Staatlich Pädagogischen Universität ***9*** in der Russischen Föderation tätig. Ihm wurde am 19. August 2010 vom Bundesministerium für Inneres ein Dienstpass mit dem amtlichen Vermerk „Lektor in ***9***“ ausgestellt. Er wohnte von Juli 2010 bis Juni 2015 gemeinsam mit der Bf und den Söhnen in ***9***. ***5*** ***2*** ging in ***9*** in den Kindergarten.

Die Familie behielt während des Aufenthalts in ***9*** den Wohnsitz in Wien bei. Die Bf MMMMag. phil. Mag. iur. ***1*** ***2*** war im Rückforderungszeitraum in Österreich als Dolmetsch tätig und hielt sich, auch mit den Kindern, regelmäßig in Österreich auf. Insbesondere wurden die Ferien im Sommer und im Winter in Österreich verbracht, in dieser Zeit war die Bf in Österreich erwerbstätig. Sie unterzog sich 2015 auch den Mutter-Kind-Pass-Untersuchungen in Österreich.

Die Tätigkeit als Lektor an der Universität in ***9*** war jeweils auf ein Jahr befristet und dauerte insgesamt fünf Jahre.

Der Stromverbrauch für die Wiener Wohnung in ***3***, ***8*** betrug:

2012/2013: 985 kWh + 644 kWh, 2013/2014: 698 kWh + 639 kWh, 2014/2015: 1.363 kWh + 880 kWh, 2015/2016: 2.892 kWh + 1.926 kWh, 2016/2017: 2.826 kWh + 1921 kWh.

Im Jahr 2012 war die Bf 136 Tage in Russland und 229 Tage in Österreich, im Jahr 2013 254 Tage in Russland und 111 Tage in Österreich, im Jahr 2014 189 Tage in Russland und 176 Tage in Österreich sowie im Jahr 2015 89 Tage in Russland und 276 Tage in Österreich.

Ab dem 6. Juni 2015 waren die Bf und die Kinder nicht mehr in Russland.

Seit November 2015 besuchen ***5*** und ***6*** ***2*** einen Kindergarten in Wien.

Im Rückforderungszeitraum Juni 2010 bzw. August 2012 jeweils bis Oktober 2015 bezog die Bf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag wie im Spruch ersichtlich.

Ergänzend ist zufolge der Ausführungen in der mündlichen Verhandlung festzuhalten, dass die Aufenthaltstitel von der Russischen Föderation für jedes Jahr zunächst nur auf ein einziges Monat befristet ausgestellt und dann kurzfristig verlängert worden sind. Auch war nicht vorhersehbar, ob seitens der OeAD GmbH die Entsendung verlängert wird.

Familie und Freunde der Bf und ihres Ehegatten haben sich weiterhin in Österreich befunden. Der Lebensmittelpunkt wurde nicht von Österreich nach Russland verlagert.

Im Beschwerdezeitraum hat sich MMag. ***14*** ***2*** in einem Dienstverhältnis befunden, der Dienstort war bis Juni 2015 im Ausland, der Sitz der bezugsanweisenden Stelle ist in Wien.

Beweiswürdigung

Die getroffenen Feststellungen ergeben sich aus der Aktenlage. Sie sind nicht strittig. Dass die Bf mit ihren Kindern bereits seit Juni 2015 wieder ständig in Österreich war, wurde vom Finanzamt bereits mit der Beschwerdevorentscheidung festgestellt.

Rechtsgrundlagen

Bundesabgabenordnung

§ 26 BAO lautet:

6. Wohnsitz, Aufenthalt, Sitz.

§ 26. (1) 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.

(2) Den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinn 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. Wenn Abgabenvorschriften die unbeschränkte Abgabepflicht an den gewöhnlichen Aufenthalt knüpfen, tritt diese jedoch stets dann ein, wenn der Aufenthalt im Inland länger als sechs Monate dauert. In diesem Fall erstreckt sich die Abgabepflicht auch auf die ersten sechs Monate. Das Bundesministerium für Finanzen ist ermächtigt, von der Anwendung dieser Bestimmung bei Personen abzusehen, deren Aufenthalt im Inland nicht mehr als ein Jahr beträgt, wenn diese im Inland weder ein Gewerbe betreiben noch einen anderen Beruf ausüben.

(3) In einem Dienstverhältnis zu einer Körperschaft des öffentlichen Rechtes stehende österreichische Staatsbürger, die ihren Dienstort im Ausland haben (Auslandsbeamte), werden wie Personen behandelt, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt am Ort der Dienstbezüge

anweisenden Stelle haben. Das gleiche gilt für deren Ehegatten, sofern die Eheleute in dauernder Haushaltsgemeinschaft leben, und für deren minderjährige Kinder, die zu ihrem Haushalt gehören.

Familienlastenausgleichsgesetz 1967

Das Bundesgesetz vom 24. Oktober 1967 betreffend den Familienlastenausgleich durch Beihilfen (Familienlastenausgleichsgesetz 1967), BGBl. Nr. 376/1967, lautet i. d. g. F. auszugsweise:

§ 2. (1) Anspruch auf Familienbeihilfe haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben,

- a) für minderjährige Kinder,*
- b) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist. Bei volljährigen Kindern, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992, BGBl. Nr. 305, genannte Einrichtung besuchen, ist eine Berufsausbildung nur dann anzunehmen, wenn sie die vorgesehene Studienzeit pro Studienabschnitt um nicht mehr als ein Semester oder die vorgesehene Ausbildungszeit um nicht mehr als ein Ausbildungsjahr überschreiten. Wird ein Studienabschnitt in der vorgesehenen Studienzeit absolviert, kann einem weiteren Studienabschnitt ein Semester zugerechnet werden. Die Studienzeit wird durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis (zB Krankheit) oder nachgewiesenes Auslandsstudium verlängert. Dabei bewirkt eine Studienbehinderung von jeweils drei Monaten eine Verlängerung der Studienzeit um ein Semester. Zeiten als Studentenvertreterin oder Studentenvertreter nach dem Hochschülerschaftsgesetz 1998, BGBl. I Nr. 22/1999, sind unter Berücksichtigung der Funktion und der zeitlichen Inanspruchnahme bis zum Höchstausmaß von vier Semestern nicht in die zur Erlangung der Familienbeihilfe vorgesehene höchstzulässige Studienzeit einzurechnen. Gleiches gilt für die Vorsitzenden und die Sprecher der Heimvertretungen nach dem Studentenheimgesetz, BGBl. Nr. 291/1986. Der Bundesminister für Umwelt, Jugend und Familie hat durch Verordnung die näheren Voraussetzungen für diese Nichteinrechnung festzulegen. Zeiten des Mutterschutzes sowie die Pflege und Erziehung eines eigenen Kindes bis zur Vollendung des zweiten Lebensjahres hemmen den Ablauf der Studienzeit. Bei einem Studienwechsel gelten die in § 17 Studienförderungsgesetz 1992, BGBl. Nr. 305, angeführten Regelungen auch für den Anspruch auf Familienbeihilfe. Die Aufnahme als ordentlicher Hörer gilt als Anspruchsvoraussetzung für das erste Studienjahr. Anspruch ab dem zweiten Studienjahr besteht nur dann, wenn für ein vorhergehendes Studienjahr die Ablegung einer Teilprüfung der ersten Diplomprüfung oder des ersten Rigorosums oder von Prüfungen aus Pflicht- und Wahlfächern des betriebenen Studiums im Gesamtumfang von acht Semesterwochenstunden oder im Ausmaß von 16 ECTS-Punkten nachgewiesen wird; Gleiches gilt, wenn alle Lehrveranstaltungen und Prüfungen der Studieneingangs- und Orientierungsphase nach § 66 des Universitätsgesetzes 2002, BGBl. I Nr. 120/2002, erfolgreich absolviert wurden, sofern diese mit mindestens 14 ECTS-Punkten bewertet werden. Der Nachweis ist unabhängig von einem Wechsel der Einrichtung oder des Studiums durch Bestätigungen der im § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannten Einrichtungen zu erbringen. Für eine Verlängerung des Nachweiszeitraumes gelten die für die Verlängerung der Studienzeit genannten Gründe sinngemäß,*

c) für volljährige Kinder, die wegen einer vor Vollendung des 21. Lebensjahres oder während einer späteren Berufsausbildung, jedoch spätestens vor Vollendung des 25. Lebensjahres, eingetretenen körperlichen oder geistigen Behinderung voraussichtlich dauernd außerstande sind, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen,

d) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, für die Zeit zwischen dem Abschluss der Schulausbildung und dem Beginn einer weiteren Berufsausbildung, wenn die weitere Berufsausbildung zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach Abschluss der Schulausbildung begonnen wird; für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, für die Zeit zwischen dem Abschluss der Schulausbildung und dem ehestmöglichen Beginn eines Freiwilligen Dienstes nach § 2 Abs. 1 lit. I sublit. aa bis dd für längstens drei Monate,

e) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, für die Zeit zwischen der Beendigung des Präsenz- oder Ausbildungs- oder Zivildienstes oder eines Freiwilligen Dienstes nach § 2 Abs. 1 lit. I sublit. aa bis dd und dem Beginn oder der Fortsetzung der Berufsausbildung, wenn die Berufsausbildung zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach dem Ende des Präsenz- oder Ausbildungs- oder Zivildienstes oder Freiwilligen Dienstes nach § 2 Abs. 1 lit. I sublit. aa bis dd begonnen oder fortgesetzt wird,

(Anm.: lit. f aufgehoben durch BGBl. I Nr. 111/2010)

g) für volljährige Kinder, die in dem Monat, in dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, den Präsenz- oder Ausbildungsdienst oder Zivildienst leisten oder davor geleistet haben, bis längstens zur Vollendung des 25. Lebensjahres, sofern sie nach Ableistung des Präsenz- oder Ausbildungsdienstes oder Zivildienstes für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer. Diese Regelung findet in Bezug auf jene Kinder keine Anwendung, für die vor Vollendung des 24. Lebensjahres Familienbeihilfe nach lit. I gewährt wurde und die nach § 12c des Zivildienstgesetzes nicht zum Antritt des ordentlichen Zivildienstes herangezogen werden,

h) für volljährige Kinder, die erheblich behindert sind (§ 8 Abs. 5), das 25. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist; § 2 Abs. 1 lit. b zweiter bis letzter Satz sind nicht anzuwenden,

i) für volljährige Kinder, die sich in dem Monat, in dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, in Berufsausbildung befinden und die vor Vollendung des 24. Lebensjahres ein Kind geboren haben oder an dem Tag, an dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, schwanger sind, bis längstens zur Vollendung des 25. Lebensjahres; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer,

j) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr vollendet haben bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres, bis längstens zum erstmöglichen Abschluss eines Studiums, wenn sie

aa) bis zu dem Kalenderjahr, in dem sie das 19. Lebensjahr vollendet haben, dieses Studium begonnen haben, und

bb) die gesetzliche Studiendauer dieses Studiums bis zum erstmöglichen Studienabschluss zehn oder mehr Semester beträgt, und

- cc) *die gesetzliche Studiendauer dieses Studiums nicht überschritten wird,*
 - k) *für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr vollendet haben bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres, und die sich in Berufsausbildung befinden, wenn sie vor Vollendung des 24. Lebensjahres einmalig in der Dauer von acht bis zwölf Monaten eine freiwillige praktische Hilfstätigkeit bei einer von einem gemeinnützigen Träger der freien Wohlfahrtspflege zugewiesenen Einsatzstelle im Inland ausgeübt haben; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer,*
 - l) *für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die teilnehmen am*
 - aa) *Freiwilligen Sozialjahr nach Abschnitt 2 des Freiwilligengesetzes, BGBl. I Nr. 17/2012,*
 - bb) *Freiwilligen Umweltschutzjahr nach Abschnitt 3 des Freiwilligengesetzes, BGBl. I Nr. 17/2012,*
 - cc) *Gedekdienst, Friedens- und Sozialdienst im Ausland nach Abschnitt 4 des Freiwilligengesetzes, BGBl. I Nr. 17/2012,*
 - dd) *Europäischen Solidaritätskorps nach der Verordnung (EU) 2021/888 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2021 zur Aufstellung des Programms für das Europäische Solidaritätskorps und zur Aufhebung der Verordnungen (EU) 2018/1475 und (EU) Nr. 375/2014.*
- (2) Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind hat die Person, 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.*
- (3) Im Sinne dieses Abschnittes sind Kinder einer Person*
- a) *deren Nachkommen,*
 - b) *deren Wahlkinder und deren Nachkommen,*
 - c) *deren Stiefkinder,*
 - d) *deren Pflegekinder (§§ 186 und 186a des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches).*
- (3a) Kinder im Sinne dieses Abschnittes sind auch Kinder, die aufgrund einer akut gefährdenden Lebenssituation kurzfristig von Krisenpflegepersonen betreut werden (Krisenpflegekinder). Krisenpflegepersonen im Sinne dieses Bundesgesetzes sind Personen, die im Auftrag des zuständigen Kinder- und Jugendhilfeträgers ausgebildet und von diesem mit der vorübergehenden Pflege und Erziehung eines Kindes für die Dauer der Gefährdungsabklärung betraut wurden.*
- (4) Die Kosten des Unterhalts umfassen bei minderjährigen Kindern auch die Kosten der Erziehung und bei volljährigen Kindern, die für einen Beruf ausgebildet oder in ihrem Beruf fortgebildet werden, auch die Kosten der Berufsausbildung oder der Berufsfortbildung.*

(5) Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltszugehörigkeit gilt nicht als aufgehoben, wenn

- a) sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält,*
- b) das Kind für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt,*
- c) sich das Kind wegen eines Leidens oder Gebrechens nicht nur vorübergehend in Anstaltspflege befindet, wenn die Person zu den Kosten des Unterhalts mindestens in Höhe der Familienbeihilfe für ein Kind beiträgt; handelt es sich um ein erheblich behindertes Kind, erhöht sich dieser Betrag um den Erhöhungsbetrag für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4).*

Ein Kind gilt bei beiden Elternteilen als haushaltszugehörig, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen, dem das Kind angehört.

(6) Bezieht ein Kind Einkünfte, die durch Gesetz als einkommensteuerfrei erklärt sind, ist bei Beurteilung der Frage, ob ein Kind auf Kosten einer Person unterhalten wird, von dem um jene Einkünfte geminderten Betrag der Kosten des Unterhalts auszugehen; in diesen Fällen trägt eine Person die Kosten des Unterhalts jedoch nur dann überwiegend, wenn sie hiezu monatlich mindestens in einem Ausmaß beiträgt, das betragsmäßig der Familienbeihilfe für ein Kind (§ 8 Abs. 2) oder, wenn es sich um ein erheblich behindertes Kind handelt, der Familienbeihilfe für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 2 und 4) entspricht.

(7) Unterhaltsleistungen auf Grund eines Ausgedinges gelten als auf Kosten des Unterhaltsleistenden erbracht, wenn der Unterhaltsleistende mit dem Empfänger der Unterhaltsleistungen verwandt oder verschwägert ist; solche Unterhaltsleistungen zählen für den Anspruch auf Familienbeihilfe auch nicht als eigene Einkünfte des Kindes.

(8) Personen haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben. Eine Person hat den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.

(9) Die Anspruchsdauer nach Abs. 1 lit. b und lit. d bis j verlängert sich im Zusammenhang mit der COVID-19-Krise, unabhängig von der Dauer der Beeinträchtigung durch diese Krise, nach Maßgabe folgender Bestimmungen:

- a) für volljährige Kinder, die eine Berufsausbildung absolvieren, über die Altersgrenze hinaus um längstens sechs Monate, bei einer vor Erreichung der Altersgrenze begonnenen Berufsausbildung infolge der COVID-19-Krise,*
- b) für volljährige Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes genannte Einrichtung besuchen, abweichend von lit. a über die Altersgrenze und die Studiendauer, für die nach Abs. 1 Anspruch auf Familienbeihilfe besteht, hinaus um ein weiteres Semester oder um ein weiteres Ausbildungsjahr, bei einem vor Erreichung der Altersgrenze begonnenem Studium infolge der COVID-19-Krise,*
- c) für volljährige Kinder, die eine Berufsausbildung beginnen oder fortsetzen möchten (Abs. 1 lit. d bis g), über die Altersgrenze hinaus um längstens sechs Monate, wenn zum Zeitpunkt der Erreichung der Altersgrenze der Beginn oder die Fortsetzung der Berufsausbildung infolge der COVID-19-Krise nicht möglich ist,*

d) für volljährige Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes genannte Einrichtung besuchen möchten (Abs. 1 lit. d bis g), abweichend von lit. a über die Altersgrenze und die Studiendauer, für die nach Abs. 1 Anspruch auf Familienbeihilfe besteht, hinaus um ein Semester oder um ein Ausbildungsjahr, wenn zum Zeitpunkt der Erreichung der Altersgrenze der Beginn oder die Fortsetzung des Studiums infolge der COVID-19-Krise nicht möglich ist.

§ 2a. (1) Gehört ein Kind zum gemeinsamen Haushalt der Eltern, so geht der Anspruch des Elternteiles, der den Haushalt überwiegend führt, dem Anspruch des anderen Elternteiles vor. Bis zum Nachweis des Gegenteils wird vermutet, daß die Mutter den Haushalt überwiegend führt.

(2) In den Fällen des Abs. 1 kann der Elternteil, der einen vorrangigen Anspruch hat, zugunsten des anderen Elternteiles verzichten. Der Verzicht kann auch rückwirkend abgegeben werden, allerdings nur für Zeiträume, für die die Familienbeihilfe noch nicht bezogen wurde. Der Verzicht kann widerrufen werden.

(3) (Anm.: aufgehoben durch § 50a Abs. 7, BGBl. Nr. 376/1963 idF BGBl. Nr. 511/1994).

...

§ 5. (1) Ein zu versteuerndes Einkommen (§ 33 Abs. 1 EStG 1988) eines Kindes führt bis zu einem Betrag von 15.000 € in einem Kalenderjahr nicht zum Wegfall der Familienbeihilfe. Übersteigt das zu versteuernde Einkommen (§ 33 Abs. 1 EStG 1988) eines Kindes in einem Kalenderjahr, das nach dem Kalenderjahr liegt, in dem das Kind das 19. Lebensjahr vollendet hat, den Betrag von 15.000 €, so verringert sich die Familienbeihilfe, die für dieses Kind nach § 8 Abs. 2 einschließlich § 8 Abs. 4 gewährt wird, für dieses Kalenderjahr um den 15.000 € übersteigenden Betrag. § 10 Abs. 2 ist nicht anzuwenden. Bei der Ermittlung des zu versteuernden Einkommens (§ 33 Abs. 1 EStG 1988) des Kindes bleiben außer Betracht:

a) das zu versteuernde Einkommen, das vor oder nach Zeiträumen erzielt wird, für die Anspruch auf Familienbeihilfe besteht,

b) Entschädigungen aus einem anerkannten Lehrverhältnis,

c) Waisenpensionen und Waisenversorgungsgenüsse,

d) Ausgleichszulagen und Ergänzungszulagen, die aufgrund sozialversicherungs- oder pensionsrechtlicher Vorschriften gewährt werden.

e) Pauschalentschädigungen gemäß § 36 Abs. 1 des Heeresgebührengesetzes 2001, die für den außerordentlichen Zivildienst gemäß § 34b in Verbindung mit § 21 Abs. 1 des Zivildienstgesetzes 1986 oder den Einsatzpräsenzdienst gemäß § 19 Abs. 1 Z 5 des Wehrgesetzes 2001 gewährt werden.

(2) Kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, denen Unterhalt von ihrem Ehegatten oder ihrem früheren Ehegatten zu leisten ist.

(3) Kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

(4) Kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, für die Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe besteht. Die Gewährung einer Ausgleichszahlung (§ 4 Abs. 2) wird dadurch nicht ausgeschlossen.

...

§ 7. Für ein Kind wird Familienbeihilfe nur einer Person gewährt.

...

§ 10. (1) Die Familienbeihilfe wird, abgesehen von den Fällen des § 10a, nur auf Antrag gewährt; die Erhöhung der Familienbeihilfe für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4) ist besonders zu beantragen.

(2) Die Familienbeihilfe wird 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.

(3) Die Familienbeihilfe und die erhöhte Familienbeihilfe für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4) werden höchstens für fünf Jahre rückwirkend vom Beginn des Monats der Antragstellung gewährt. In Bezug auf geltend gemachte Ansprüche ist § 209 Abs. 3 der Bundesabgabenordnung, BGBl. Nr. 194/1961, anzuwenden.

(4) Für einen Monat gebührt Familienbeihilfe nur einmal.

(5) Minderjährige, die das 16. Lebensjahr vollendet haben, bedürfen zur Geltendmachung des Anspruches auf die Familienbeihilfe und zur Empfangnahme der Familienbeihilfe nicht der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters.

...

§ 11. (1) Die Familienbeihilfe wird, abgesehen von den Fällen des § 4, monatlich durch das Finanzamt Österreich automationsunterstützt ausbezahlt.

(2) Die Auszahlung erfolgt durch Überweisung auf ein Girokonto bei einer inländischen oder ausländischen Kreditunternehmung. Bei berücksichtigungswürdigen Umständen erfolgt die Auszahlung mit Baranweisung.

(3) Die Gebühren für die Auszahlung der Familienbeihilfe im Inland sind aus allgemeinen Haushaltsmitteln zu tragen.

§ 12. (1) Das Finanzamt Österreich hat bei Entstehen oder Wegfall eines Anspruches auf Familienbeihilfe eine Mitteilung auszustellen. Eine Mitteilung über den Bezug der Familienbeihilfe ist auch über begründetes Ersuchen der die Familienbeihilfe beziehenden Person auszustellen.

(2) Wird die Auszahlung der Familienbeihilfe eingestellt, ist die Person, die bislang die Familienbeihilfe bezogen hat, zu verständigen.

§ 12a. Die Familienbeihilfe gilt nicht als eigenes Einkommen des Kindes.

§ 13. Über Anträge auf Gewährung der Familienbeihilfe hat das Finanzamt Österreich zu entscheiden. Insoweit einem Antrag nicht oder nicht vollinhaltlich stattzugeben ist, ist ein Bescheid zu erlassen.

...

§ 25. Personen, denen Familienbeihilfe gewährt oder an Stelle der anspruchsberechtigten Person ausbezahlt (§ 12) wird, sind verpflichtet, Tatsachen, die bewirken, daß der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt, sowie Änderungen des Namens oder der Anschrift ihrer Person oder der Kinder, für die ihnen Familienbeihilfe gewährt wird, zu melden. Die Meldung hat innerhalb

eines Monats, gerechnet vom Tag des Bekanntwerdens der zu meldenden Tatsache, beim Finanzamt Österreich zu erfolgen.

§ 26. (1) Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

(2) Zurückzuzahlende Beträge nach Abs. 1 können auf fällige oder fällig werdende Familienbeihilfen angerechnet werden.

(3) Für die Rückzahlung eines zu Unrecht bezogenen Betrages an Familienbeihilfe haftet auch derjenige Elternteil des Kindes, der mit dem Rückzahlungspflichtigen in der Zeit, in der die Familienbeihilfe für das Kind zu Unrecht bezogen worden ist, im gemeinsamen Haushalt gelebt hat.

(4) Die Oberbehörde ist ermächtigt, in Ausübung des Aufsichtsrechtes das zuständige Finanzamt anzuweisen, von der Rückforderung des unrechtmäßigen Bezuges abzusehen, wenn die Rückforderung unbillig wäre.

(Anm.: Abs. 5 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 142/2000)

...

§ 29. (1) Eine Verwaltungsübertretung begeht und wird mit einer Geldstrafe bis zu 360 Euro oder mit Arrest bis zu zwei Wochen bestraft:

- a) wer vorsätzlich oder grob fahrlässig die gemäß § 25 vorgesehene Meldung nicht rechtzeitig erstattet und dadurch einen unrechtmäßigen Bezug von Familienbeihilfe bewirkt,
- b) wer Familienbeihilfe vorsätzlich oder grob fahrlässig zu Unrecht bezieht,
- c) (Anm.: aufgehoben durch BGBl. I Nr. 103/2007)
- d) (Anm.: aufgehoben durch BGBl. I Nr. 103/2007)
- e) (Anm.: aufgehoben durch BGBl. I Nr. 103/2007)

sofern die Tat nicht nach anderen Vorschriften strenger zu ahnden ist. Bei besonders erschwerenden Umständen können beide Strafen nebeneinander verhängt werden.

(2) Die Verjährungsfrist (§ 31 Verwaltungsstrafgesetz 1950) beträgt bei den im Abs. 1 angeführten Verwaltungsübertretungen drei Jahre.

...

§ 53. (1) 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.

(2) Die Gleichstellung im Sinne des Abs. 1 gilt auch im Bereich der Amtssitzabkommen sowie Privilegienabkommen, soweit diese für Angestellte internationaler Einrichtungen und haushaltszugehörige Familienmitglieder nicht österreichischer Staatsbürgerschaft einen Leistungsausschluss aus dem Familienlastenausgleich vorsehen.

(3) § 41 ist im Rahmen der Koordinierung der sozialen Sicherheit im Europäischen Wirtschaftsraum mit der Maßgabe anzuwenden, dass ein Dienstnehmer im Bundesgebiet als beschäftigt gilt, wenn er den österreichischen Rechtsvorschriften über soziale Sicherheit unterliegt.

(4) Abs. 1 zweiter Satz findet in Bezug auf § 8a Abs. 1 bis 3 keine Anwendung.

(5) § 26 Abs. 3 der Bundesabgabenordnung, BGBl. Nr. 194/1961, findet in Bezug auf Leistungen nach diesem Bundesgesetz bis 31. Dezember 2018 Anwendung. Ab 1. Jänner 2019 ist für Leistungen nach diesem Bundesgesetz § 26 Abs. 3 BAO nur für Personen mit Dienstort im Ausland, die im Auftrag einer Gebietskörperschaft tätig werden, sowie für deren Ehegatten und Kinder anwendbar.

...

OeADG

Das Bundesgesetz zur Errichtung der „OeAD-Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ (OeAD-Gesetz – OeADG), BGBl. I Nr. 99/2008, lautet i. d. g. F. auszugsweise:

Errichtung der „OeAD-Gesellschaft mit beschränkter Haftung“

§ 1. (1) Zur Umsetzung von Maßnahmen der nationalen, europäischen und internationalen Kooperation im Bereich der Wissenschaft und Forschung sowie der Erschließung der Künste, der Hochschulbildung, der Bildung und der Ausbildung (in weiterer Folge „Kooperationsbereich“) wird die „OeAD GmbH – Agentur für Bildung und Internationalisierung“ errichtet.

(2) Die OeAD-GmbH entsteht mit Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes. § 2 Abs. 1 des GmbH-Gesetzes (GmbHG), RGBl. Nr. 58/1906, ist nicht anzuwenden. Sämtliche Geschäftsanteile der OeAD-GmbH haben im Eigentum des Bundes zu stehen.

(3) Zur Ausübung der Gesellschafterrechte an der OeAD-GmbH ist die gemäß § 1 Abs. 2 Z 1 des Forschungsfinanzierungsgesetzes (FoFinaG), BGBl. I Nr. 75/2020, zuständige Bundesministerin oder der gemäß § 1 Abs. 2 Z 1 FoFinaG zuständige Bundesminister berufen.

(4) Das Stammkapital der OeAD-GmbH beträgt € 35.000--.

(5) Der Sitz der OeAD-GmbH ist Wien. Das Geschäftsjahr ist das Kalenderjahr. Die Gesellschaft ist berechtigt, ihrer Firma oder der Abkürzung ihrer Firma (einschließlich Logo) das Bundeswappen beizusetzen.

(6) Auf die OeAD-GmbH sind die Bestimmungen des GmbH-Gesetzes anzuwenden, soweit in diesem Bundesgesetz keine abweichenden Bestimmungen vorgesehen sind. Die OeAD-GmbH ist unverzüglich von der Geschäftsführung zur Eintragung in das Firmenbuch anzumelden und vom Gericht in das Firmenbuch einzutragen. Soweit in diesem Gesetz die in § 4 GmbHG geforderten Angaben nicht enthalten sind, sind diese in die Erklärung über die Errichtung der Gesellschaft aufzunehmen.

(7) Verweisungen auf andere bundesgesetzliche Vorschriften beziehen sich auf die jeweils geltende Fassung.

(8) Soweit dieses Bundesgesetz keine abweichenden Bestimmungen enthält, sind der 1. und 2. Abschnitt des Forschungsorganisationsgesetzes (FOG), BGBl. Nr. 341/1981, auch im Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes anzuwenden.

...

Unternehmensgegenstand und Aufgaben

§ 3. (1) Die OeAD-GmbH hat ihre Tätigkeit ausschließlich nach den Grundsätzen der Gemeinnützigkeit im Sinne der §§ 34 ff BAO zu erfüllen. Sie ist nicht gewinnorientiert, nach den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit zu führen und zu Objektivität, Unparteilichkeit und Transparenz verpflichtet.

(2) Unternehmensgegenstand ist die Umsetzung von Maßnahmen der nationalen, europäischen und internationalen Kooperation im Bereich der Wissenschaft und Forschung sowie der Erschließung der Künste, der Hochschulbildung, der Bildung und der Ausbildung. Die OeAD-GmbH hat insbesondere folgende Aufgaben im Kooperationsbereich (§ 1 Abs. 1) zu erfüllen:

- 1. Umsetzung von nationalen, europäischen und internationalen Bildungs-, Ausbildungs-, Rahmen-, Wissenschafts- und Mobilitätsprogrammen sowie Maßnahmen zur Internationalisierung,*
- 2. die Unterstützung und Beratung des Bundes im Kooperationsbereich (§ 1 Abs. 1),*
- 3. Information und Beratung von Institutionen, insbesondere von Bildungsinstitutionen sowie österreichischen Vertretungsbehörden, über das gesamte Leistungsspektrum der OeAD-GmbH,*
- 4. Erbringung von mobilitätsrelevanten Serviceleistungen für nationale, europäische und internationale Kooperationen,*
- 5. Präsentation Österreichs als Standort in Angelegenheiten des Kooperationsbereichs (§ 1 Abs. 1),*
- 6. Öffentlichkeitsarbeit,*
- 7. Umsetzung von Programmen der Entwicklungszusammenarbeit im Kooperationsbereich (§ 1 Abs. 1), insbesondere im Auftrag des Bundes,*
- 8. Vertretung der österreichischen Interessen gegenüber den relevanten europäischen und internationalen Institutionen im Auftrag des Bundes,*
- 9. Information und Sensibilisierung der Öffentlichkeit bezüglich der Bedeutung und Rolle der nationalen, europäischen und internationalen Kooperation,*
- 10. administrative und organisatorische Unterstützung von Universitätslehrgängen zur Vorbereitung auf Ergänzungsprüfungen (Vorstudienlehrgänge),*
- 11. Unterstützung nationaler Stellen für internationale Netzwerke sowie für europäische Netzwerke und Transparenzinstrumente,*
- 12. Mitwirkung an der Gestaltung von Schule,*
- 13. Evaluierung der Leistungen und Analyse der Systemwirkungen der Programme im Kooperationsbereich,*

14. *Weiterbildungsmaßnahmen im Kooperationsbereich (§ 1 Abs. 1) sowie*

15. *Einrichtung und Betrieb der zentralen Mobilitäts- und Kooperationsdatenbank gemäß § 10a.*

(3) Die OeAD-GmbH ist zu allen Geschäften und Maßnahmen berechtigt, die zur Verfolgung des Unternehmensgegenstandes notwendig und nützlich erscheinen.

(4) Zur Erfüllung ihrer Aufgaben, insbesondere gemäß Abs. 2 Z 1 und 7, ist die OeAD-GmbH berechtigt insbesondere folgende Daten von den in § 2b Z 7 FOG genannten Personen zu verarbeiten:

- 1. Angaben gemäß § 10a Abs. 4,*
- 2. Angaben zur Fremdenbehörde,*
- 3. Nummer,*
- 4. geplante Ankunft sowie*
- 5. Stipendientyp.*

(4b) Für die Abwicklung oder Durchführung von Förderungsprogrammen oder -maßnahmen des Bundes gemäß Abs. 2 Z 1 und 7 sind von der zuständigen Bundesministerin oder dem zuständigen Bundesminister im Einvernehmen mit der Bundesministerin oder dem Bundesminister für Finanzen jeweils Förderungsrichtlinien zu erlassen, die auf die spezifischen Anforderungen der gesetzlichen Aufgaben der OeAD-GmbH Bedacht nehmen. Förderungsrichtlinien sind von der zuständigen Bundesministerin oder dem zuständigen Bundesminister im Internet zu veröffentlichen.

(4c) Über Förderungsrichtlinien gemäß Abs. 4b ist – grundsätzlich vor Abschluss der jeweiligen Vereinbarung gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 und 2 – das Einvernehmen mit der Bundesministerin oder dem Bundesminister für Finanzen herzustellen.

(4d) Im Anwendungsbereich von unmittelbar anwendbarem Unionsrecht dürfen

- 1. Förderungsrichtlinien gemäß Abs. 4b sich auf Verweisungen auf das unmittelbar anwendbare Unionsrecht beschränken und*
- 2. Förderungsprogramme und -maßnahmen zur Durchführung übertragen werden.*

(5) Die OeAD-GmbH darf die in Abs. 4 genannten Daten für Zwecke der Ausstellung von Visa und Aufenthaltstiteln der Bundesministerin oder dem Bundesminister für Inneres sowie der Bundesministerin oder dem Bundesminister für europäische und internationale Angelegenheiten zur Bereitstellung an Aufenthaltsbehörden und Vertretungsbehörden im Ausland übermitteln.

...

Arbeitnehmerinnen- und Arbeitnehmerbestimmungen

§ 5. Für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der OeAD-GmbH und anderer Gesellschaften, an denen die OeAD-GmbH zumindest mehrheitlich beteiligt ist, gilt das Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG), BGBl. Nr. 22/1974. Sämtliche Arbeitsstätten der OeAD-GmbH bilden einen einheitlichen Betrieb gemäß § 34 ArbVG. Ebenso sind die Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG), BGBl. Nr. 459/1993, anzuwenden.

...

Abgaben- und Gebührenbefreiung

§ 11. (1) Die Verwendung des Gesellschaftsvermögens hat ausschließlich für gemeinnützige Zwecke im Sinne des §§ 34 ff BAO zu erfolgen. Im Falle der Auflösung der Gesellschaft ist ein allfälliges Restvermögen vom übernehmenden Gesellschafter ausschließlich für gemeinnützige Zwecke im Sinne der §§ 34 ff BAO zu verwenden.

(2) Rechtsgeschäfte, die zur Erfüllung der in § 3 vorgesehenen Aufgaben erforderlich sind, sind von den Rechtsgebühren mit Ausnahme der Gerichts- und Justizverwaltungsgebühren befreit.

(3) Der erste Erwerb von Gesellschaftsrechten durch den Bund und Leistungen des Bundes zur Erfüllung der in § 3 genannten Aufgaben sind von der Gesellschaftsteuer befreit.

(4) Die durch die Vermögensübertragung gemäß § 2 unmittelbar veranlassten Schriften, Rechtsvorgänge und Rechtsgeschäfte sind von der Grunderwerbsteuer, den Stempel- und Rechtsgebühren befreit.

(5) Die Gesellschaft und andere Gesellschaften, an denen die OeAD-GmbH zumindest mehrheitlich beteiligt ist, dienen dem gemeinnützigen Zweck der Jugendfürsorge im Sinne des § 8 Z 2 des Kommunalsteuergesetzes.

(6) Die OeAD-GmbH ist abgabenrechtlich wie eine Körperschaft öffentlichen Rechtes zu behandeln.

...

Keine teilweise Zurücknahme der Beschwerde

Die in der Beschwerdeentscheidung vertretene Auffassung, die Beschwerde sei (gemäß § 256 Abs. 3 BAO) „in Ansehung des Zeitraumes Jänner 2013 bis Juni 2015 als gegenstandslos“ zu erklären, da die Beschwerde im Rahmen der Schlussbesprechung am 24. September 2019 zurückgezogen worden sei, ist aktenwidrig.

Wie sich aus der Niederschrift entnehmen lässt, wurde lediglich „in Abwägung sämtlicher Fakten und Argumente ein möglicher Lösungsweg für die Beihilfe“ besprochen, der eine Zurücknahme der Beschwerde gegen den Rückforderungsbescheid für den Zeitraum Jänner 2013 bis Juni 2015 wegen ständigen Auslandsaufenthalts der Kinder vorsah.

Eine tatsächliche Zurücknahme, sei es am 24. September 2019, sei es später, lässt sich dem Finanzamtsakt nicht entnehmen.

Im Vorlagebericht ist das Finanzamt von der Auffassung, die Beschwerde sei teilweise zurückgenommen worden, zutreffend wieder abgerückt.

Beschwerdezeitraum

Die Beschwerdevorentscheidung vom 13. Oktober 2021 hat zwar den Rückforderungsbescheid teilweise aufgehoben, der Vorlageantrag wurde allerdings nicht auf den abweisenden Teil der Beschwerdevorentscheidung eingeschränkt („gesamten Akt“), sodass vom Bundesfinanzgericht über den gesamten Zeitraum Juni 2010 bzw. August 2012 bis Oktober 2015 zu entscheiden ist.

Rückzahlung zu Unrecht bezogener Familienleistungen

Aus § 26 Abs. 1 FLAG 1967 und § 33 Abs. 3 EStG 1988 ergibt sich eine objektive Rückzahlungspflicht desjenigen, der Familienbeihilfe (allenfalls in Form einer Ausgleichszahlung / Differenzzahlung) und Kinderabsetzbetrag zu Unrecht bezogen hat (vgl. die bei *Wanke* in *Lenneis/Wanke*, FLAG 2. A. § 26 Rz 12 zitierte Rechtsprechung).

Fehlt es an einem Anspruch auf Familienbeihilfe (Ausgleichszahlung / Differenzzahlung), ist auch der Kinderabsetzbetrag zurückzufordern.

Es kommt nur auf die objektive Rechtswidrigkeit des Bezugs der Familienleistungen an (vgl. etwa VwGH 10. 12. 1997, 97/13/0185; VwGH 22. 4. 1998, 98/13/0067), also auf das Fehlen der Anspruchsvoraussetzungen für den Leistungsbezug (vgl. VwGH 28. 11. 2002, 2002/13/0079; VwGH 9. 7. 2008, 2005/13/0142). Subjektive Momente, wie Verschulden an der (ursprünglichen oder weiteren) Auszahlung der Familienleistungen (etwa durch unrichtige Angaben im Antrag gemäß § 10 FLAG 1967 oder Verstoß gegen die Meldepflicht gemäß § 25 FLAG 1967), Gutgläubigkeit des Empfangs der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrags oder die Verwendung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrags, sind nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes für die Verpflichtung zur Rückerstattung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge unerheblich. Gleiches gilt für den gutgläubigen Verbrauch der Beträge (vgl. die bei *Wanke* in *Lenneis/Wanke*, FLAG 2. A. § 26 Rz 13 zitierte Rechtsprechung). Entscheidend ist lediglich, ob der Empfänger die Beträge zu Unrecht erhalten hat (vgl. etwa VwGH 19. 12. 2013, 2012/16/0047 oder VwGH 24. 6. 2009, 2007/15/0162).

Einer Rückforderung steht auch nicht entgegen, wenn der unrechtmäßige Bezug ausschließlich durch das Finanzamt verursacht worden ist (die bei *Wanke* in *Lenneis/Wanke*, FLAG 2. A. § 26 Rz 16 zitierte Rechtsprechung). Allerdings kann ein Grund für eine Nachsicht nach § 236 BAO vorliegen (vgl. BFG 13. 6. 2018, RV/7104954/2017; BFG 20. 6. 2016, RV/7100264/2016).

Diese objektive Erstattungspflicht hat zur Folge, dass der Behörde, sobald die Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag nicht mehr gegeben sind, hinsichtlich der Rückforderung von bereits bezogener Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag kein Ermessensspielraum bleibt (vgl. BFG 13. 6. 2018, RV/7104954/2017).

Zur Rückzahlung eines unrechtmäßigen Bezuges an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag ist nach § 26 Abs. 1 FLAG 1967 derjenige verpflichtet, der Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag zu Unrecht bezogen hat (vgl. VwGH 19. 12. 2013, 2012/16/0047). Die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag muss demjenigen, von dem sie zurückgefordert wird, tatsächlich ausbezahlt worden sein.

Es ist daher zu prüfen, ob die Bf im Beschwerdezeitraum zu Unrecht Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag erhalten hat.

Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag

Strittige Voraussetzungen für den Bezug von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag sind im gegenständlichen Fall:

- Wohnsitz oder gewöhnlicher Aufenthalt der Bf im Bundesgebiet (§ 2 Abs. 1 FLAG 1967) bzw. innerhalb der Europäischen Union (EU), einem Vertragsstaat des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) oder der Schweiz.
- Mittelpunkt der Lebensinteressen der Bf im Bundesgebiet (§ 2 Abs. 8 FLAG 1967) bzw. innerhalb der Europäischen Union (EU), einem Vertragsstaat des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) oder der Schweiz.
- Kein ständiger Aufenthalt des Kindes im Ausland (§ 5 Abs. 3 FLAG 1967), wobei Ausland mit Staaten außerhalb der Europäischen Union (EU), einem Vertragsstaat des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) oder der Schweiz gleichzusetzen ist.

Unstrittig ist, dass die Russische Föderation ein Drittstaat und somit „Ausland“ ist.

Zu unterscheiden ist hinsichtlich des Zeitraums Juni 2010 bzw. August 2012 bis Juni 2015 sowie Juli 2015 bis Oktober 2015:

Zeitraum Juni 2010 bzw. August 2012 bis Juni 2015

Versteuerung von Einkünften, unbeschränkte Steuerpflicht

Wenn in dem Entwurf einer Strafanzeige an die Staatsanwaltschaft Wien ausgeführt wird: „Eine Rückforderung der Familienbeihilfen erfolgte daher einerseits wegen der im Steuerverfahren dargelegten unbeschränkten Steuerpflicht von Frau ***2*** in Russland und andererseits wegen der gänzlich unterlassenen Versteuerung der Einkünfte der Steuerpflichtigen in Österreich SOWIE wegen eines ständigen Aufenthaltes der Kinder in einem Drittland.“ ist dazu zu sagen, dass weder eine (mögliche) unbeschränkte Steuerpflicht der Bf in einem Drittstaat noch die gänzlich unterlassene Versteuerung von Einkünften in Österreich einen Rückforderungstatbestand i. S. v. § 26 FLAG 1967 bildet.

Ständiger Auslandsaufenthalt des Kindes

Hingegen stellt es grundsätzlich einen Rückforderungstatbestand dar, wenn sich ein Kind ständig in einem Drittstaat aufhält. Ein nur durch gelegentliche Fahrten in das Bundesgebiet, etwa in den Ferien oder zu Feiertagen, unterbrochener Aufenthalt in einem Drittstaat während mehrerer Jahre ist ein ständiger i. S. d. § 5 Abs. 3 FLAG 1967. (zu Details siehe *Reinalter in Lenneis/Wanke*, FLAG 2. A. § 5 Rz 9).

Wohnsitz in Österreich

Da die Bf unstrittig über einen Wohnsitz in Österreich verfügt hat, kommt es auf deren gewöhnlichen Aufenthalt nicht an, da § 2 Abs. 1 FLAG 1967 den Familienbeihilfeanspruch alternativ mit dem Wohnsitz oder den gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet verknüpft.

Mittelpunkt der Lebensinteressen

Der Mittelpunkt der Lebensinteressen (§ 2 Abs. 8 FLAG 1967) ist vom gewöhnlichen Aufenthalt (§ 2 Abs. 1 Satz 1 FLAG 1967) zu unterscheiden.

Grundsätzlich wird der Mittelpunkt der Lebensinteressen einer verheirateten Person regelmäßig am Ort des Aufenthalts ihrer Familie zu finden sein.

Konkrete Feststellungen zum Mittelpunkt der Lebensinteressen der Bf (§ 2 Abs. 8 FLAG 1967) hat das Finanzamt nicht getroffen. Nach der Aktenlage kann bei der gegebenen Sachverhaltskonstellation nicht von vornherein gesagt werden, dass sich der Lebensmittelpunkt der Bf im Rückforderungszeitraum in die Russische Föderation verlagert hat. Die diesbezüglichen Ausführungen in der Strafanzeige gehen über die Behauptungsebene nicht hinaus. Die Bf selbst bestreitet eine Verlegung des Lebensmittelpunkts. Eine Ansässigkeit im Sinne des Doppelbesteuerungsabkommens aus Sicht der Behörden der Russischen Föderation mag zwar ebenso wie der Umstand, dass die Familie für längere Zeit in ***9*** gelebt hat, für einen Lebensmittelpunkt in der Russischen Föderation sprechen. Die Beschwerde verweist aber darauf, dass sich nach Ansicht der Bf die Ansässigkeit nicht aus einer Verlagerung des Lebensmittelpunkts, sondern aus der festen Einrichtung zur Ausübung ihrer Tätigkeit abgeleitet habe. Gegen einen Lebensmittelpunkt in der Russischen Föderation spricht etwa die Fortführung der Beziehungen zu Österreich, die regelmäßige jeweils vergleichsweise lange Rückkehr nach Österreich (im Durchschnitt der Jahre hielt sich die Bf rund die Hälfte der Zeit in der Russischen Föderation und die andere Hälfte in Österreich auf), die regelmäßige medizinische Betreuung in Österreich sowie die Erwerbstätigkeit der Bf in Österreich. Weitere für die Beurteilung des Lebensmittelpunkts relevante Sachverhaltselemente wurden vom Finanzamt nicht erhoben.

Die Beschwerde legt dar, dass die Bf ebenso wie ihr Ehegatte den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen nicht in die Russische Föderation verlagert haben. Bindungen zur Russischen Föderation hätten nicht im selben Umfang wie zu Österreich bestanden. Dies ist angesichts der bloß vorübergehenden Tätigkeit des Ehegatten in der Russischen Föderation durchaus glaubwürdig. Die Kinder haben deutschsprachige und nicht russischsprachige Kindergärten besucht, was ebenfalls nicht auf eine Verlagerung des Lebensmittelpunkts hindeutet.

Vom Finanzamt wird in der Beschwerdevorentscheidung auch nicht mehr das Beibehalten des Lebensmittelpunkts der Bf in Österreich bestritten, sondern nur mehr auf den ständigen Auslandsaufenthalt der Kinder abgestellt.

In der mündlichen Verhandlung wurde vom rechtsfreundlichen Vertreter der Bf nochmals angegeben, dass es zu keiner Verlagerung des Lebensmittelpunkts nach Russland gekommen sei.

Fiktion des gewöhnlichen Aufenthalts gemäß § 26 Abs. 3 BAO

Wenn die Strafanzeige weiter angibt: „Zuletzt hat ein steuerlicher Vertreter der Kindesmutter versucht, das Dienstverhältnis von deren Gatten dergestalt darzustellen, dass dieses unter § 26 Abs. 3 BAO zu subsummieren wäre, weil der Gatte während eines Teiles des Auslandsaufenthaltes noch über einen Dienstpass des Bundesministeriums für Inneres verfügt hätte. Dazu ist auszuführen, dass der klare Gesetzeswortlaut des § 26 Abs. 3 BAO nicht auf das Vorhandensein eines Dienstpasses, sondern - wie oben aus dem angeführten § 26 Abs. 3 BAO ersichtlich - auf ein Dienstverhältnis zu einer Körperschaft des öffentlichen Rechtes abstellt. Nach einer von der Kindesmutter vorgelegten „Bestätigung“ war der Gatte jedoch bei der OEAD GmbH beschäftigt und handelt es sich bei dieser GmbH unstrittiger Weise nicht um eine Körperschaft des öffentlichen Rechtes, weswegen der § 26 Abs. 3 BAO nicht anwendbar und die mitübermittelte Berufungsentscheidung des UFS auch nicht einschlägig ist.“ übersieht die belangte Behörde, dass nach der ausdrücklichen Anordnung von § 11 Abs. 6 OeADG die OeAD-GmbH abgabenrechtlich wie eine Körperschaft öffentlichen Rechtes zu behandeln ist.

Damit ist die Sache schon entschieden:

Gemäß § 26 Abs. 3 BAO sind in einem Dienstverhältnis zu einer Körperschaft des öffentlichen Rechtes stehende österreichische Staatsbürger, die ihren Dienstort im Ausland haben (Auslandsbeamte), wie Personen zu behandeln, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt am Ort der die Dienstbezüge anweisenden Stelle haben.

Gemäß § 11 Abs. 6 OeADG ist die OeAD-GmbH abgabenrechtlich wie eine Körperschaft öffentlichen Rechtes zu behandeln.

Die OeAD-GmbH hat ihren Sitz in Wien (§ 1 Abs. 5 OeADG).

Der Ehegatte der Bf Mag. ***14*** ***2*** ist österreichischer Staatsbürger (Dienstpass vom 19. August 2010).

Mag. ***14*** ***2*** stand von 1. September 2010 bis 31. August 2015 in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis zur OeAD-GmbH (Bestätigung vom 13. März 2017).

Mag. ***14*** ***2*** war daher von 1. September 2010 bis 31. August 2015 gemäß § 26 Abs. 3 BAO so zu behandeln, als ob dieser seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Wien gehabt hätte.

Gemäß § 26 Abs. 3 BAO sind Ehegatten eines Auslandsbeamten, sofern die Eheleute in dauernder Haushaltsgemeinschaft leben, und deren minderjährige Kinder, die zu ihrem Haushalt gehören, wie Personen zu behandeln, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt am Ort der die Dienstbezüge des Auslandsbeamten anweisenden Stelle haben.

Sowohl die Bf als auch die minderjährigen Kinder ***5*** und ***6*** ***2*** lebten bis Juni 2015 mit Mag. ***14*** ***2*** im gemeinsamen Haushalt in ***9***; Mag. ***14*** ***2*** ist unstrittig der Ehegatte der Bf und der Vater der gemeinsamen Kinder ***5*** und ***6*** ***2***.

Es ist daher für den Zeitraum Juni 2010 bzw. August 2012 bis Juni 2015 die Fiktion des gewöhnlichen Aufenthalts in Österreich nach § 26 Abs. 3 BAO auf die Bf und die Kinder ***5*** und ***6*** ***2*** anzuwenden.

Die Bf verfügte über einen Wohnsitz und Österreich und hatte hier auch weiterhin ihren Lebensmittelpunkt.

Für den Bereich der Familienbeihilfe ergibt sich aus § 26 Abs. 3 BAO in der für den Beschwerdezeitraum anzuwendenden Fassung, dass für Auslandsbeamte (und deren Familie) eine Sonderregelung galt, nach der unabhängig von deren Dienstort (auch in Drittstaaten) die österreichische Familienbeihilfe zuerkannt wird, ohne dass sie ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt bzw. den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Bundesgebiet nachweisen müssen (vgl. OGH 18. 2. 2020, 10 ObS2/20x unter Hinweis auf RV 111 BlgNR 26. GP zu Art. 1 Z 3: „Die Anwendung der Regelung des § 26 Abs. 3 BAO für den Bereich der Familienbeihilfe hat bislang zur Folge, dass für Auslandsbeamte eine Sonderregelung gilt, wonach unabhängig vom Dienstort, die österreichische Familienbeihilfe zuerkannt wird. Das bedeutet, dass auch für den Fall, dass ein Auslandsbeamter mit Dienstort in einem Drittstaat, die Familienbeihilfe für seine in diesem Drittstaat lebenden Kinder gewährt wird.“ sowie Entschließung 23/E BlgNR 26. GP: „Die zuständigen Mitglieder der Bundesregierung werden ersucht, eine Lösung zu entwickeln, welche sicherstellt, dass der Personengruppe der Auslandsbediensteten, Entwicklungshelfer und Wirtschaftsdelegierten, die sich mit Kindern im Ausland aufhalten, in Bezug auf Familienbeihilfe und Familienbonus Plus ein sachgerechter

Anspruch erwächst“). § 26 Abs. 3 BAO hat zur Folge, dass Auslandsbeamte und deren Ehegatten und minderjährige Kinder prinzipiell Familienbeihilfeanspruchsberechtigt sind (vgl. *Stoll*, BAO-Kommentar, 342).

Die Kinder ***5*** und ***6*** ***2*** haben sich jedenfalls fiktiv gemäß § 26 Abs. 3 BAO ständig in Österreich aufgehalten.

Daher hat die Bf im Zeitraum Juni 2010 bzw. August 2012 bis Juni 2015 die Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag erfüllt. Sie hat diese nicht zu Unrecht bezogen.

Soweit sich das Finanzamt im Vorlagebericht auf das Erkenntnis BFG 23. 9. 2021, RV/7101465/2021 bezieht, ist zu sagen, dass es dort um Aufwendungen für Familienheimfahrten im Zusammenhang mit Frontex-Einsätzen und die Bestimmung des § 39a BDG 1979 sowie die Steuerfreiheit von Zulagen nach § 3 Abs. 1 Z 2 EStG 1988 sowie die Anwendung von § 20 Abs. 2 EStG 1988 ging. Warum aus diesem Erkenntnis hervorgehen soll, dass der Ehegatte der Bf KEIN (Hervorhebung im Vorlagebericht) Auslandsbeamter sein soll, erschließt sich dem Bundesfinanzgericht nicht.

Auslandsbeamte i. S. d. § 26 Abs. 3 BAO sind österreichische Staatsbürger, die in einem Dienstverhältnis zu einer Körperschaft des öffentlichen Rechts stehen und ihren Dienstort im Ausland haben (*Reinalter in Lenneis/Wanke*, FLAG 2. A. § 2 Rz 13).

Es ist nach § 26 Abs. 3 BAO entgegen dem Vorlagebericht und den Ausführungen in der mündlichen Verhandlung nicht von Belang, ob eine in einem Dienstverhältnis zu einer Körperschaft des öffentlichen Rechtes stehende Person dienstrechtlich Beamter i. S. d. § 1 Abs. 1 BDG 1979 ist, also in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis steht. Das Dienstverhältnis kann auch ein vertragliches sein (vgl. *Ritz/Koran*, BAO 7. A. § 26 Rz 25; *Stoll*, BAO-Kommentar, 342; *Unger in Althuber/Tanzer/Unger*, BAO-HB § 26, 127). Der Klammerausdruck „Auslandsbeamter“ ist nicht dienstrechtlich, sondern die Definition des § 26 Abs. 3 BAO erklärend zu verstehen. In der mündlichen Verhandlung konnte der Vertreter des Finanzamts keine Rechtsgrundlage nennen, auf die sich die Ansicht der belangten Behörde, Auslandsbeamte könnten nur Beamte i. S. d. BDG sein, stützen könnte.

Auch die im Vorlagebericht vertretene Ansicht, „selbst, wenn der Gatte der Bf. als Auslandsbeamter anzusehen gewesen wäre, hätte dies nach der Rechtsansicht des Finanzamtes der Beschwerde der Bf. nicht zum Durchbruch verhelfen können, weil Partei in dem gegenständlichen Beihilfenverfahren unstrittig die Bf. und nicht deren Gatte ist“, verkennt die Rechtslage:

Wie ausgeführt, sind nach § 26 Abs. 3 BAO nicht nur Auslandsbeamte wie Personen zu behandeln, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt am Ort der die Dienstbezüge anweisenden

Stelle, also hier in Wien, haben, sondern auch deren Ehegatten, solange die Eheleute nicht dauernd getrennt leben, und deren haushaltszugehörige minderjährigen Kinder (vgl. *Reinalter* in *Lenneis/Wanke*, FLAG 2. A. § 2 Rz 13).

Darauf, wer Partei (§ 78 BAO) im Rückforderungsverfahren nach § 26 FLAG 1967 ist, kommt es bei Anwendung des § 26 Abs. 3 BAO i. V. m. § 53 Abs. 5 FLAG 1967 nicht an.

Die Beschränkung der Anwendung von § 26 Abs. 3 BAO auf Personen, die im Auftrag einer Gebietskörperschaft tätig werden, findet nach der ausdrücklichen Anordnung des Gesetzes erst auf Leistungen ab dem 1. Jänner 2019, also lange nach dem Rückforderungszeitraum, Anwendung.

Die Bf hat daher im Zeitraum Juni 2010 bzw. August 2012 bis Juni 2015 zu Recht Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag bezogen.

Zeitraum Juli 2015 bis Oktober 2015

Nach dem 31. August 2015 bestand kein Dienstverhältnis zur OeAD-GmbH mehr.

Die Rückübersiedlung der Bf erfolgte nach dem unbestrittenen Vorbringen der Bf und den im Einkommensteuerverfahren getroffenen Feststellungen im Juni 2015. Danach war die Bf nicht mehr in Russland.

Auch die Kinder haben sich nach der dauernden Rückkehr der Bf ab Juni 2015 mit dieser ständig in Österreich aufgehalten.

Daher waren ab Juli 2015 die Anspruchsvoraussetzungen ebenfalls gegeben.

Die Beschwerdeentscheidung vom 13. Oktober 2021 hat zutreffend den Rückforderungsbescheid bereits insoweit aufgehoben.

Wie ausgeführt, wurde der Vorlageantrag allerdings nicht eingeschränkt („gesamten Akt“), sodass vom Bundesfinanzgericht auch über den Zeitraum Juli 2015 bis Oktober 2015 (stattgebend) zu entscheiden ist.

Erhöhungsbetrag

Zu den Ausführungen im Vorlageantrag betreffend Erhöhungsbetrag (nach § 8 Abs. 4 FLAG 1967) für ***5*** **2*** ist zu sagen, dass Sache des Beschwerdeverfahrens die Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag ist.

Im Rückforderungsverfahren ist nicht über einen Antrag auf Gewährung des Erhöhungsbetrags abzusprechen.

Das Bundesfinanzgericht ist an die Sache des Beschwerdeverfahrens gebunden, die erstmalige Entscheidung über einen Antrag auf Gewährung des Erhöhungsbetrags kommt dem Finanzamt zu.

Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheids

Der angefochtene Bescheid erweist sich somit zur Gänze als rechtswidrig (Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG) und ist gemäß § 279 BAO ersatzlos aufzuheben.

Revisionsnichtzulassung

Gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Das Bundesfinanzgericht folgt der dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag.

Dass die OeAD-GmbH abgabenrechtlich, und somit auch hinsichtlich der Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag (§ 1 Z 1 lit. a BAO i. V. m. § 26 FLAG 1967), wie eine Körperschaft öffentlichen Rechtes zu behandeln ist, ergibt sich aus der ausdrücklichen Anordnung des Gesetzes in § 11 Abs. 6 OeADG.

Es liegt somit keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor, da diese Frage bereits der Gesetzgeber gelöst hat.

Die Revision ist daher nicht zuzulassen.

Wien, am 31. Mai 2022