



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der n2 n4, o2, vertreten durch vt, vom 27. April 2010 gegen den Bescheid des Finanzamtes fa vom 25. März 2010 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. Oktober 2009 bis 31. Dezember 2009 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Mit Bescheid vom 25. März 2010 wurde von der Kindesmutter betreffend ihres namentlich genannten Kindes für den Zeitraum 1. Oktober bis 31. Dezember 2009 die Familienbeihilfe sowie der Kinderabsetzbetrag in Höhe von insgesamt € 513,30 gemäß § 26 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 in Verbindung mit § 33 Abs. 4 Z. 3 lit. a Einkommensteuergesetz 1988 rückgefordert. Als Begründung wurde wie folgt ausgeführt:

„Die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 regelt, welcher Mitgliedstaat für ein und denselben Zeitraum für ein und denselben Familienangehörigen vorrangig zur Gewährung der im jeweiligen Hoheitsgebiet vorgesehenen Familienleistungen verpflichtet ist. Vorrangig muss grundsätzlich jener Mitgliedstaat die Familienleistungen gewähren, in dem eine Erwerbstätigkeit ausgeübt wird. Sind die Elternteile in verschiedenen Mitgliedstaaten erwerbstätig, trifft die vorrangige Verpflichtung zur Gewährung der Familienleistungen jenen Mitgliedstaat, in dessen Gebiet die Familienangehörigen wohnen. Sind die Familienleistungen

im anderen Mitgliedsstaat höher, besteht dort gegebenenfalls ein Anspruch auf Gewährung des Differenzbetrages (Artikel 76 Absatz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 in Verbindung mit Art. 10 der DVO 574/72).

Wird in jenem Mitgliedstaat, der vorrangig zur Gewährung von Familienleistungen verpflichtet ist, kein Antrag gestellt, so kann der andere Mitgliedsstaat dennoch jene Leistungen, die bei Antragstellung gewährt worden wären, bei der Berechnung der Differenzzahlung berücksichtigen (Artikel 76 Absatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71).

Da Ihr Gatte in la1 eine berufliche Tätigkeit ausübt und Sie nicht erwerbstätig sind, würde bei einem ständigen Aufenthalt des Kindes ein vorrangiger Anspruch auf Familienleistungen in la1 bestehen.

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

n1 besucht seit September 2009 die Schule in s1. Sie führen als Familienwohnsitz eine Adresse in s1 an. Auch Ihr Gatte übt laut dem Antrag eine selbständige Tätigkeit in la1 aus."

Mit Schriftsatz vom 27. April 2010 berief die rechtliche Vertretung rechtzeitig gegen obgenannten Bescheid und führte hiezu aus, dass entgegen der Rechtsauffassung des Finanzamtes der Umstand, dass der Sohn der Berufungswerberin (Bw) seit September 2009 in la1 die Schule besucht, die Bw sowie ihr Gatte in s1/la1 wohnen und der Gatte in la1 selbständig tätig ist, kein Rückforderungsanspruch der für den Zeitraum Oktober bis Dezember 2009 bezogenen Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages begründet wird. Der Sohn der Bw halte sich in la1 lediglich zu Zeiten des Schulbetriebes auf und sei in der schulfreien Zeit (Weihnachtsfeiertage usw.) regelmäßig wiederum in Österreich auf. Die Rückforderung sei daher zu Unrecht erfolgt. Das Finanzamt lasse völlig unberücksichtigt, dass für den Fall, dass der Mitgliedstaat la1 vorrangig zur Gewährung von Familienleistungen verpflichtet wäre, was ausdrücklich bestritten werde, das Finanzamt jedenfalls den Differenzbetrag resultierend aus der seitens des Mitgliedstaates la1 zu gewährenden Familienleistungen im Verhältnis der seitens des Mitgliedstaates Österreich zu gewährenden Familienleistungen jedenfalls zu gewähren habe.

Mit Schriftsatz vom 27. Dezember 2009 gab die Bw an, dass sie aufgrund beruflicher Verpflichtungen ihres Ehemannes im Ausland sie sogenannte Pendler seien und keinen festen Wohnsitz im Ausland hätten und sie sich nur in der Zeit des Schulbesuches im Ausland aufhalten würden. Sie seien nachweislich meist 14tägig ein- und ausgereist. Somit halte sie wiederholt fest, dass sich der Hauptwohnsitz an der genannten Adresse in Österreich befindet. Der Sohn der Kindesmutter besuche in s1 die t Schule solange der Arbeitsvertrag

des Vaters gilt. Derzeit sei dies nur bis zu den Semesterferien vorgesehen. Der Sohn sei in Österreich geboren, habe die Kinderkrippe und den Kindergarten sowie die erste und zweite Klasse der Volksschule in o2 besucht.

Mit Ersuchen um Ergänzung vom 21. September 2010 wurden vom Finanzamt folgende Punkte angesprochen:

„Schulnachricht/Jahreszeugnis von n1 vom Schuljahr 2009/2010 (auch Halbjahreszeugnis);

Schulbestätigung von n1 vom Schuljahr 2010/2011;

Das EU-Formular E 401 ist von der lg Meldebehörde zu bestätigen;

Meldebestätigung von Ihnen, Ihrem Gatten und n1 mit der Angabe, seit wann Ihre Familie einen Wohnsitz in la1 hat;

Tätigkeitsnachweis Ihres Gatten in la1 (Name und Ort des Betriebes, Gewerbeanmeldung in la1, Dauer der selbständigen Tätigkeit in la1);

Sie werden gebeten, die zuständige Stelle für Familienleistungen in la1 dem Finanzamt bekanntzugeben, damit das Finanzamt ein EU-Formular E 411 an diese Stelle senden kann.

Sie und Ihre Familie haben sowohl in Österreich als auch in la1 einen Wohnsitz. Es ist daher nachzuweisen, wo sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen haben.

Es ist nachzuweisen, wie oft Sie und Ihre Familie sich seit September 2009 in Österreich aufgehalten haben.“

Mit Schriftsatz vom 18. Oktober 2010 gab die Bw wie folgt bekannt:

„Wir, n2, n3, n1 n4 haben den Hauptwohnsitz ad1. Nach gu Recht gilt, dass mein Gatte n3, sowie mein Sohn n1 ein sogenanntes Zertifikat für längerem Aufenthalt erhalten. Dabei ist keine zwingende Anmeldung mehr erforderlich, somit sind n3 als auch n1 nur in o2 gemeldet.

Ich, als se Staatsbürger, bin automatisch durch die sogenannte „cl“ berechtigt und gemeldet in la1. Damit ist mein Hauptwohnsitz in o2, und mein Zweitwohnsitz an meinem Geburtsort.

Ich betreibe in la1 ein kleines Büro für bü und e, sowie eine kleine Firma für d–Veranstaltungen.

Bei Bedarf hilft mir mein Gatte im Rahmen eines Werkvertrages bei diversen Geschäften aus. Dafür ist er selbst steuerpflichtig und muss seine Privatversicherung daraus bezahlen. Ebenfalls versucht er im Rahmen eines Werkvertrages Einfamilienhäuser in l2 zu errichten.

Wir halten ausdrücklich fest, dass wir unseren Lebensmittelpunkt in I2 sehen, dies beweist auch, dass wir uns nicht mehr als 200 Tage in Ia1 aufhalten.

Es ist geplant, sollte mein Gatte einen seiner Ausbildung entsprechenden Job finden wieder ganz nach I2 zurückzukehren.

Jedenfalls ist nicht nachvollziehbar, dass der österreichische Staatsbürger mit Hauptwohnsitz in o2, n1 n4, keine Kinderbeihilfe bekommen soll.

Auch bei Nachfrage im Außenministerium konnte mir niemand diesen Umstand erklären. Ich hoffe nun, soweit alle Fragen beantwortet zu haben, erwarte umgehend die Überweisung des nun offenen Betrages auf mein Konto der Hypobank in o3."

Dem Schreiben sind folgende Unterlagen angeschlossen:

Handelsregistrauszug der Firma „fab“ ab 17. Dezember 2009;

Bestätigung der Haushaltsgemeinschaft vom 27. Oktober 2010;

Zeugnisse der Grundschule 1. und zweites Halbjahr 2009/2010;

Eine Kopie des Personalausweises der Kindesmutter;

Schulvertrag No 145;

Bestätigung der Firma en vom 25. Oktober 2010, in welcher angeführt wird, dass für die Familie zwischen September 2009 und Oktober 2010 jeden Monat eine und in manchen Monaten sogar zwei Reisen von s1 nach s2 und zurück gebucht werden durften. Als Reisetermine wurden folgende Daten angeführt: 7. bis 13. Oktober 2009, 23. Oktober bis 3. November 2009, 9. bis 12. Dezember 2009, 18. Dezember 2009 bis 9. Jänner 2010 (Weihnachten);

Im Akt befindet sich noch folgender Aktenvermerk:

„laut Vorsprache vom 3. Jänner 2010 ist Herr n4 in Ia1 als Konsulent tätig; Einkommen von Herrn n4 wird in Ia1 versteuert, ebenso das Einkommen von n4 n2. Die Aufenthalte der Antragstellerin in Österreich würden mit Flugtickets nachgewiesen werden, ebenso würde eine Schulbestätigung mit den Schul- bzw. Ferienzeiten vorgelegt werden. Frau n4 hat einen Wohnsitz in Ia1 und o2. Herr n4 hat in Ia1 keinen Wohnsitz, da er sich nicht mehr als 180 Tage in Ia1 aufhält. Dasselbe trifft auch auf den Sohn n1 zu. Herr n4 wird einen Antrag auf FB in Ia1 stellen.“

Im Schriftsatz vom 5. April 2011 gibt die Bw an, dass laut Gespräch sämtliche Unterlagen beim Sozialamt in Ia1 eingegeben worden seien. Wie schon mehrmals mitgeteilt, habe sie als

auch ihr Gatte keine Möglichkeit, die Kinderbeihilfe in la1 zu erhalten. Einmal sei ihr Sohn mit Hauptwohnsitz in o2 gemeldet und die Gesetzeslage sei in la1 anders, da selbständig Tätige keine Kinderbeihilfe erhalten.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 5. Mai 2011 wurde die Berufung als unbegründet abgewiesen und wie folgt ausgeführt:

„Das Finanzamt hat die von Ihnen für Ihren Sohn n1 für den Zeitraum 10/2009 - 12/2009 erhaltene Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge als zu Unrecht bezogen rückgefordert und dazu, nach Wiedergabe der bezug habenden Bestimmungen der VO(EWG) Nr. 1408/71, begründend ausgeführt, dass, da Ihr Ehegatte in la1 eine berufliche Tätigkeit ausübe und Sie nicht erwerbstätig seien bei einem ständigen Aufenthalt des Kindes in la1, in diesem Mitgliedstaat ein vorrangiger Anspruch auf Familienleistungen bestehen würde. Da gemäß § 5 Abs 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, bestehe und n1 seit September 2009 die Schule in s1 besuche, Sie selbst als Familienwohnsitz eine Adresse in s1 anführen und Ihr Ehegatte nach Ihren eigenen Angaben eine selbständige Tätigkeit in la1 ausübe, halte sich (bei aufrechter Ehe das gemeinsame Kind) n1 ständig bei seinen Eltern in la1 auf.

Dagegen haben Sie rechtzeitig das Rechtsmittel der Berufung eingelegt und dazu zusammengefasst begründend ausgeführt, dass entgegen der Rechtsauffassung des Finanzamtes fa der Umstand, dass n1 seit September 2009 in la1 die Schule besuche, Sie als auch Ihr Gatte in la1 selbständig tätig seien, keinen Rückforderungsanspruch für den o.a. Zeitraum begründen würde. Dies deshalb, weil sich n1 lediglich zu Zeiten des Schulbetriebes in la1 aufhalte, sich jedoch in der schulfreien Zeit (Weihnachtsfeiertage usw.) regelmäßig in Österreich aufhalte. Das Finanzamt lasse in seiner Entscheidung völlig unberücksichtigt, dass für den Fall, dass der Mitgliedstaat la1 vorrangig zur Gewährung von Familienleistungen verpflichtet wäre, was ausdrücklich bestritten wird, das Finanzamt fa den Differenzbetrag resultierend aus der seitens des Mitgliedstaates la1 zu gewährenden Familienleistungen im Verhältnis der seitens des Mitgliedsstaates Österreich zu gewährenden Familienleistungen, auf alle Fälle auszubezahlen hätte.

Aus dem Akt ergeben sich noch folgende zusätzliche Sachverhaltsfeststellungen: Mit Schreiben vom 18.10.2010 haben Sie über Ihren (damaligen) steuerlichen Vertreter folgendes mitgeteilt:

Wir, n2, n3 und n1 n4 haben den Hauptwohnsitz ad1. Nach gu Recht gilt, dass mein Gatte n3, sowie mein Sohn n1 ein sogenanntes Zertifikat für einen längeren Aufenthalt erhalten. Dabei ist keine zwingende Anmeldung mehr erforderlich, somit sind n3 als auch n1 nur in o2

gemeldet. Ich als se Staatsbürger bin automatisch durch die sog. "cl" berechtigt und gemeldet in la1. Damit ist mein Hauptwohnsitz in o2, und mein Zweitwohnsitz an meinem Geburtsort. Ich betreibe in la1 ein kleines Büro für pd, sowie eine kleine Firma für d-Veranstaltungen. Bei Bedarf hilft mir mein Gatte im Rahmen eines Werkvertrages bei diversen Geschäften aus. Dafür ist er selbst steuerpflichtig und muss seine Privatversicherung daraus bezahlen. Ebenfalls versucht er im Rahmen eines Werkvertrages Einfamilienhäuser in l2 zu errichten. Wir halten ausdrücklich fest, dass wir unseren Lebensmittelpunkt in l2 sehen, dies beweist auch, dass wir uns nicht mehr als 200 Tage in la1 aufhalten. Es ist geplant, sollte mein Gatte einen seiner Ausbildung entsprechenden Job finden wieder ganz nach l2 zurückzukehren.

Diesem Schreiben haben Sie das „cd“ ausgestellt am 08.01.2010 und gültig bis 28.08.2013 Ihres Ehegatten in Fotokopie sowie die Zeugnisse von n1 der ts Schule in s1 des Schuljahres 2009/10 vorgelegt. Im Schulvertrag vom 21.06.2010 für das Schuljahr 2010/11 unterschrieben von Ihrem Ehegatten wird als seine Wohnadresse (Wohnsitz der Familie in la1) die ad2 angeführt. In diesem Konvolut ist auch eine Bestätigung eines lg Reisebüros enthalten, in dem bestätigt wird, dass dieses Büro für die Familie n4 zwischen September 2009 und Oktober 2010 jeden Monat eine, und in manchen Monaten sogar zwei Reisen von s1 nach s2 und zurück buchen durfte. Dieser Bestätigung haben Sie (geschrieben mit einer anderen Schreibmaschine) eine Tabelle mit den Aufenthalten der Familie in Österreich, beigefügt, aus der hervorgeht, dass die Anreisen bzw. Rückreisen nach Österreich (fast) immer auf Werktage fallen, an denen der Sohn n1 eigentlich die Schule besuchen müsste (It. (Halbjahres)Zeugnis vom 20.01.2010 war n1 nur 7 Tage entschuldigt von der Schule abwesend; 0 Tage unentschuldigt - im gesamten Schuljahr It. Jahreszeugnis waren es nur 11 Tage).

Der Kindesvater Herr n4 hat am 03.01.2010 persönlich beim Finanzamt fa vorgesprochen und dabei bekannt gegeben, dass er als Konsulent in la1 tätig sei und sein Einkommen in la1 versteuern würde. Ebenso würde seine Ehegattin das eigene Einkommen in la1 versteuern. Die Aufenthalte der Familie würden durch noch vorzulegende Flugtickets nachgewiesen werden; ebenso die Ferien- und Schulzeiten des gemeinsamen Kindes n1. Sowohl er als der Kindesvater als auch n1 würden keinen Wohnsitz in la1 haben, da sich beide nicht mehr als 180 Tage in la1 aufhalten würden (das Finanzamt hat mit seiner Entscheidung auf diese versprochenen Unterlagen gewartet und so ist es zum Devolutionsantrag gekommen).

Aus dem Akt des Kindesvaters (Abgabensicherung) geht hervor, dass das Konkursgericht (Privatkonkurs) seit September 2009 die Anträge der Gläubiger nicht zustellen konnte bzw. Herr n4 im Jahre 2010 (und davor) gegenüber der Post eine Ortsabwesenheitserklärung abgegeben hat.

Aus dem Besitzsteuerakt von Herrn n4 ergibt sich eindeutig, dass für das Jahr 2009 eine Gewinn- und Verlustrechnung nur für den Zeitraum 01.01.2009 - 30.09.2009 beim Finanzamt abgegeben worden ist (vorher kein abweichendes Wirtschaftsjahr!), bevor Herr n4 mit 05.11.2009 sein technisches Büro in o2 endgültig aufgegeben hat; d.h. der Kindesvater hat seine Erwerbstätigkeit in Österreich spätestens mit 30.09.2009 aufgegeben. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass der ausgewiesene Steuerberater im November 2009 dem Finanzamt schriftlich mitgeteilt hat, dass Herr n4 seine monatlichen Leistungsrechnungen aufgrund seiner selbständigen Tätigkeit an die Fa. "fi" in s1/la1 stelle.

Im Akt befindet sich noch ein Antrag für eine Ansässigkeitsbestätigung vom 05.12.2007 von Herrn n4, wonach dieser für technische Beratungsleistungen für die Fa. "fi2 in s1 erbringe und für diese ausländischen Einkünfte eine Entlastung von der Besteuerung beantragt.

Im Antrag auf Zuerkennung von Familienbeihilfe vom 08.03.2010 wurde als Familienwohnsitz eine Adresse in la1 angegeben. Für Zeiträume nach dem 30.09.2009 wurde von Herrn n4 dem Finanzamt keine Erwerbstätigkeit in Österreich gemeldet.

Aus den Sozialversicherungsauszügen ergibt sich, dass der Kindesvater vom 01.08.2006 - 30.11.2009 seine Sozialversicherungsbeiträge nicht bezahlt hat und die Kindesmutter in Österreich nie erwerbstätig gewesen ist.

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. a des Familienlastenausgleichsgesetzes (FLAG 1967) haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für volljährige Kinder, wenn diese sich in einer Berufsausbildung gemäß § 2 FLAG befinden. Anspruch auf Familienbeihilfe hat nach § 2 Abs. 2 FLAG 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.

Zum Haushalt einer Person gehört gemäß § 2 Abs. 5 FLAG ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltszugehörigkeit gilt nicht als aufgehoben, wenn sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält (lit. a) oder das Kind für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt (lit. b).

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

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs. 3 FLAG unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2 BAO zu beurteilen (vgl. etwa die Erkenntnisse vom 17. Dezember 2009, ZI. 2009/16/0221, vom 18. November 2009, ZI. 2008/13/0072, vom 21. September 2009, ZI. 2009/16/0178, vom 22. April 2009, ZI. 2008/15/0323, und vom 28. November 2007, ZI. 2007/15/0055).

Nach § 26 Abs. 2 BAO hat jemand den gewöhnlichen Aufenthalt dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt. 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.

Die Frage des ständigen Aufenthaltes iSd § 5 Abs. 3 FLAG ist somit nicht nach den subjektiven Gesichtspunkten, sondern nach dem objektiven Kriterium der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit zu beantworten (vgl. das o.a. Erkenntnis vom 21. September 2009). Ein nicht nur vorübergehendes Verweilen liegt vor, wenn sich der Aufenthalt über einen längeren Zeitraum erstreckt (vgl. o.a. Erkenntnis vom 28. November 2007).

Gemäß § 2 Abs. 8 FLAG 1967 in der Fassung BGBl. I Nr. 2005/100 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."

Eine Person kann zwar mehrere Wohnsitze, jedoch nur einen Mittelpunkt der Lebensinteressen im Sinne des § 2 Abs. 8 FLAG 1967 haben. Unter persönlichen Beziehungen sind dabei all jene zu verstehen, die jemanden aus in seiner Person liegenden Gründen, insbesondere auf Grund der Geburt, der Staatsangehörigkeit, des Familienstandes und der Betätigung religiöser und kultureller Art, an ein bestimmtes Land binden. Der Mittelpunkt der Lebensinteressen einer verheirateten Person wird regelmäßig am Ort des Aufenthaltes ihrer Familie zu finden sein.

Diese Annahme setzt allerdings im Regelfall die Führung eines gemeinsamen Haushaltes sowie das Fehlen ausschlaggebender und stärkerer Bindungen zu einem anderen Ort, etwa aus beruflichen oder gesellschaftlichen Gründen, voraus (vgl. die Erkenntnisse vom 28. Oktober 2008, ZI. 2008/15/0114, und vom 28. Mai 2008, ZI. 2007/15/0279).

Das gemeinsame Kind n1 besucht unstrittig seit dem September 2009 die Schule in Ia1. Der Kindesvater hat lt. Besitzsteuerakt mit 30.09.2009 seine Erwerbstätigkeit in Österreich

aufgegeben. Aus dem Antrag über die Ansässigkeitsbestätigung ist zu schließen, dass Herr n4 bereits seit mehreren Jahren in la1 technische Beratungsleistungen erbringt. Während der Abwicklung der Betriebseinstellung, verbunden mit einem Privatkonkurs und einer Ortsabwesenheitserklärung bei der Post, erfolglosen Zustellungsversuchen (trotz behaupteter zumindest 14tägiger Rückkehr nach o2 per Flugzeug) ist in der Zusammenschau aller Fakten davon auszugehen, dass die Ehegattin und das Kind bereits (spätestens) im September 2009 die Familienwohnung in la1 bezogen haben. Für diese Annahme spricht auch Ihr Schreiben vom 18.10.2010 wonach der Kindesvater ein Zertifikat für einen längeren Aufenthalt in la1 erhalten habe (ausgestellt am 08.01.2010, wobei die Antragstellung bereits vorher erfolgt ist). Wenn das Finanzamt den von Ihnen in diesem Zusammenhang vorgelegten lg Handelsregistrauszug richtig interpretiert, hat Herr n4 spätestens mit 17.12.2009 eine (weitere?) Firma in la1 gegründet (vorher Aufbauarbeiten) bzw. vorher eine (un)selbständige Tätigkeit als Berater ausgeübt. Aus der Ansässigkeitsbestätigung ist jedoch zu schließen, dass Herr n4 bereits vorher in la1 (Ihrem Heimatland) geschäftliche Verbindungen hatte, und Sie zusammen mit dem Kind nach der Verfestigung dieser geschäftlichen Verbindungen nach la1 gezogen sind (um nach dem Privatkonkurs des Ehegatten in Österreich in la1 beruflich neu anzufangen, wobei der Ehegatte bei Bedarf im Werkvertrag bei Ihnen tätig ist?).

Nach Ihrem o.a. Schreiben vom 18.12.2010 haben Sie in la1 ein eigenes kleines Büro für cs und eine kleine Firma für dveranstaltungen. Ihr Ehegatte helfe Ihnen bei diversen Geschäften im Rahmen eines Werkvertrages aus und sei dafür selbst in la1 steuerpflichtig.

Nachdem nach Ihren eigenen Aussagen geplant ist, dass, wenn Ihr Ehegatte in l2 einen seiner Ausbildung entsprechenden Job gefunden habe (vorher Erwerbstätigkeit der Eltern in la1 für einen längeren Zeitraum), die Familie wieder ganz nach Österreich zurückkehren werde, ist zu schließen, dass in der Zusammenschau aller Fakten, der Aufenthalt der gesamten Familie in la1 (Ihrem Heimatland) von Anfang an nicht als nur vorübergehend (unter 6 Monaten) geplant war. In diesem Zusammenhang ist es rechtlich unbeachtlich, dass der Sohn n1 die Ferienzeiten (Weihnachtsfeiertage usw) besuchsweise z.T. in Österreich verbracht hat, denn diese Besuche in Österreich unterbrechen den bereits längeren Aufenthalt in la1 von n1 und seiner in diesem Mitgliedstaat erwerbstätigen Eltern nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht.

In diesem Fall ist der Umstand, dass die gesamte Familie melderechtlich in Österreich seinen Hauptwohnsitz hat, nicht beachtlich, da der Kindesvater berechtigt ist, länger in la1 zu wohnen und zu arbeiten und Sie ebenfalls (als ga Staatsbürgerin) in la1 leben und arbeiten und n1 nicht nur vorübergehend die Schule in la1 besuchen soll (Abmeldung von der Schule in Österreich).

Für den Fall eines eventuellen weiteren Verfahrens werden sie bereits jetzt gebeten, dem Finanzamt wegen der behaupteten Aufenthalte der Familie in Österreich diesem die versprochenen Originalflugtickets und die Bordkarten der Familie bis zum 30.04.2011 zur Einsicht zu übergeben - werden retourniert - und die Schul- und Ferienzeiten von n1 bekanntzugeben.

Durch die von vornherein für einen längeren Zeitraum angelegte Erwerbstätigkeit der beiden Eltern und dem Schulbesuch von n1 im Mitgliedstaat la1 ist la1 ausschließlich für die familienbezogenen Leistungen zuständig. Der melderechtliche Status in Österreich ist in diesem Fall nicht zu beachten.

Die bereits bezogenen Familienbeihilfen und Kinderabsetzbeträge sind daher rückzufordern. Gemäß § 33 Abs. 4 Z 3 lit.a EStG 1988 steht einem Steuerpflichtigen, dem auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag für jedes Kind zu. Mangels Anspruches auf Familienbeihilfe für den strittigen Zeitraum waren auch die Kinderabsetzbeträge rückzufordern.

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

Die Verpflichtung zur Rückzahlung von zu Unrecht bezogenen Familienbeihilfen ist sehr weitgehend, zumal sie ausschließlich auf objektiven Sachverhalten beruht und auf subjektive Momente, wie Verschulden und Gutgläubigkeit, keine Rücksicht nimmt. Die Rückzahlungspflicht besteht daher auch dann, wenn der unrechtmäßige Bezug z.B ausschließlich auf einer Fehlleistung der Abgabenbehörde beruht. Ebenso ist rechtlich unbeachtlich, dass die Rückforderung eine Härte bedeutet (siehe VwGH vom 13.03.1991, ZI. 90/13/0241), sowie der Umstand, dass die, objektiv gesehen, zu Unrecht bezogene Familienbeihilfe bzw. Kinderabsetzbeträge inzwischen gutgläubig verbraucht worden sind, weil die Bestimmung des § 26 Abs 1 FLAG ausschließlich auf die objektive Unrechtmäßigkeit des Bezuges der Familienbeihilfe bzw. Kinderabsetzbeträge abstellt (siehe auch VwGH vom 28.11.2002. ZI. 2002/13/0079-5).

In diesem Zusammenhang darf darauf hingewiesen werden, dass nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ein sog. "gutgläubiger Verbrauch" die Verpflichtung zur Rückerstattung von zu Unrecht bezogener Beihilfen und Kinderabsetzbeträge nicht aufhebt, da diese Verpflichtung von subjektiven Momenten unabhängig, sondern allein an die Voraussetzungen des Fehlens der Anspruchsvoraussetzungen für den Leistungsbezug geknüpft ist (siehe dazu VwGH vom 09.07.2008, ZI. 2005/13/0142 mit weiteren Nachweisen).

Der Begriff "Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge" bedeutet ohne einen Schuldvorwurf, dass sich später herausgestellt hat, dass die Voraussetzungen für die Gewährung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge sich nachträglich geändert haben bzw. nicht mehr vorliegen.

Auf die zusätzlichen Ausführungen in der Berufungsvorentscheidung betreffend Abweisung des Antrages auf Familienbeihilfe ab 01.01.2010 darf hingewiesen werden."

Mit Schriftsatz vom 15. Mai 2011 beantragte die Bw die Vorlage ihrer Berufung an die Abgabenbehörde zweiter Instanz und führte hiezu aus:

„Entgegen der Berufungsvorentscheidung bringe ich nochmals folgende Punkte vor:

Die Entscheidung handelt ausschließlich die Situation meines Mannes ab, es wird in keinem Atemzug auf die Situation des Kindes eingegangen.

n1 ist als Minderjähriger mit der Situation seiner Eltern verbunden und kann diese nicht beeinflussen, somit ist er unfreiwillig gezwungen in la1 die Schule zu besuchen.

Mein Sohn hat seinen festen Wohnsitz in o2, ist österreichischer Staatsbürger, reist monatlich nachweislich nach Hause, in den Ferien befindet er sich in o2.

Es ist auch unrichtig, dass mein Mann in la1 zwei Firmen besitzt.

Er hat um Pension angesucht in seiner Heimat, die wurde auch angenommen. Damit bin ich im Moment noch geringfügig selbständig tätig um uns bis zum Beginn der Pension über Wasser zu halten.

Es ist richtig, dass la1 ein EU Staat ist, aber Sie können sich nicht vorstellen, wie sich dies tatsächlich in la1 verhält.

Kinderbeihilfe gibt es nur für Unselbständig tätige. Lohnabhängig, Höchstbetrag 20 Euro;

Somit sind wir keine Kinderbeihilfenempfänger, weiters halten wir fest, dass eine Pension la1 derzeit ca. 50 Euro per Monat beträgt, somit können Sie ersehen, was es heisst, hier zu leben.

Daher halte ich nun mit allem Nachdruck fest: Die Berufungsvorentscheidung ist eventuell nach den Buchstaben des Gesetzes gemacht, jedenfalls geht sie in keiner Weise auf die tatsächliche Situation meines Sohnes n1 ein. Nicht nur, dass sein Vater in Österreich in allen Belangen exekutiert wird, sondern er auch gezwungen ist, damit am Existenzminimum zu leben.

Ich bitte daher, dringend und rasch mir meine offene Kinderbeihilfe zu überweisen, Sie helfen nicht mir, sondern einem Kind, der absolut auf diesen Beitrag angewiesen ist. Ich will auch

festhalten, dass wir nicht von la1 nach Österreich drängen, sondern die Heimat meines Sohnes Österreich in abgeworfen hat. Er absolut unter jedes Sozialnetz fällt.“

Laut Vorlagebericht vom 3. Juni 2011 nahm das Finanzamt wie folgt Stellung:

„Strittig ist, ob für das Kind, das die Schule in la1 besucht, ein Familienbeihilfenanspruch oder zumindest ein Differenzzahlungsanspruch in Österreich besteht; d.h. ist Österreich für die familienbezogenen Leistungen für das Kind zuständig. Auf diesen „Streitpunkt“ gründet sich der Rückforderungsanspruch. Das Finanzamt ist sich bewusst, dass ein minderjähriges Kind unfreiwillig mit der Situation seiner Eltern verbunden ist, wenn es in la1 in einem gemeinsamen Haushalt mit seinen Eltern lebt, dort zur Schule, mit Abmeldung in Österreich, geht, seine Eltern (beide) in la1 für längere Zeit eine Erwerbstätigkeit aufgenommen haben und nach eigenen Angaben dafür in la1 auch steuerpflichtig sind. Eine Erwerbstätigkeit der Eltern in Österreich wurde dem Finanzamt nicht bekannt gegeben bzw. ist diesem nicht bekannt. Die erbetenen und angekündigten Beweise für den besuchsweisen Aufenthalt des schulpflichtigen Kindes bzw. der gesamten Familie in Österreich wurden bis dato dem Finanzamt nicht vorgelegt. Aufgrund der besonderen familiären Situation der Eltern (Privatkonkurs des Vaters in Österreich, Erwerbstätigkeit der Mutter und des Vaters la1) ist das Finanzamt der Auffassung, dass von vornherein ein längerer Aufenthalt und nicht nur ein vorübergehender Aufenthalt (= weniger als 6 Monate) der Familie in la1 geplant war und noch immer ist (siehe Aufenthaltsberechtigung des Kindesvaters in la1, Erwerbstätigkeit der Eltern bzw. lt. Vorlageantrag, dass die Familie nicht nach Österreich dränge, Rückkehr nach Österreich, wenn der Ehegatte einen Job in Österreich hat lt. Schreiben vom 18. 10. 2010). Ob die Berufungswerberin der Empfehlung des Finanzamtes, sie möge die Berufungsvorentscheidung den lg Behörden vorlegen und dort einen Antrag auf familienbezogene Leistungen für n1 einbringen, nachgekommen ist, geht aus dem Vorlageantrag leider nicht hervor. Wenn Österreich für die familienbezogenen Leistungen nicht zuständig ist, so ist die Rückforderung rechtens bzw. diese Leistungen wurden, ohne Schuldvorwurf, zu Unrecht bezogen. Lt. Sozialversicherungsauszug wurde bis dato keine Pension in Österreich für den Kindesvater bewilligt bzw. ausbezahlt. Auf die Ausführungen in der Berufungsvorentscheidung darf hingewiesen werden.“

Mit Schreiben vom 20. Juni 2011 gab die Bw ua wie folgt bekannt:

„Mein Sohn n1 n4 ist österreichischer Staatsbürger und besuchte bis 2009 die Volksschule o2, dann gezwungenermaßen in s1, sein Hauptwohnsitz ist o2. Er befindet sich mit Ausnahme der Schulzeit in o2, Nachweis Flugscheine, Vater und Mutter waren selbständig tätig, der Vater seit Ende 2009 nicht mehr, er befindet sich ab 1. Feber 2011 in Pension. Die Mutter ist selbständig, daher wird in la1 lt. Gesetz keine Kinderbeihilfe ausbezahlt. Weiters verweisen wir

auf die Bestätigung aus la1, dass wir keine Empfänger von Beihilfe sind bzw. keine erhalten. Lt. EU sollte der Gesetzgeber Beiträge auszahlen und dann den Rest auf den Betrag der österreichische Staat. la1 hat aber bei der Beihilfe ein Gesetz wie Österreich vor 1990, das heisst Selbständige bekommen keine Beihilfe. Es kann nicht sein, dass wir alleine gegen die EU schwimmen, wiederum auf Kosten eines Kindes. Ich musste selbst die Daten bei den Behörden in la1 organisieren, was in meiner Heimat Harakiri gleich kommt. Alle diese Punkte waren dem Bearbeiter des Finanzamtes bekannt, statt einer guten Lösung für unseren Sohn zu finden, hat er sich mit irgendwelchen Dingen beschäftigt, vor allem mit dem Berufsweg meines Mannes. Auf Grund dieser Tatsachen musste unser Sohn nach la1, nicht weil er freiwillig diesen Weg gesucht hat. Es ist daher mehr als unverständlich, dass wir die Kinderbeihilfe nicht erhalten haben, und nun über den unabhängigen Finanzsenat gearbeitet wird, dass gelinde gesagt, wieder ein Jahr Verzögerung ergibt."

Es wurde der Bescheid der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft vom 16. Juni 2011 vorgelegt, woraus hervorgeht, dass der Kindesvater einen Anspruch auf Erwerbsunfähigkeitspension ab 1. Februar 2011 hat.

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 2 Abs. 1 FLAG 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben nach lit. a für minderjährige Kinder einen Anspruch auf Familienbeihilfe. Nach Abs. 8 der genannten gesetzlichen Bestimmung 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 § 53 Abs. 1 FLAG 1967 sind Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), 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.

Im vorliegenden Berufungsfall ist strittig, ob sich der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Kindesmutter aufgrund der vom Finanzamt in seiner Berufungsvorentscheidung dargestellten Ausführungen tatsächlich in la1 befunden hat.

Das Finanzamt hat diesbezüglich folgende Sachverhaltsfeststellungen getroffen:

Laut Angaben der Bw sei eine zwingende Anmeldung des Ehegatten und Kindes in la1 aufgrund eines sogenannten Zertifikates für einen längeren Aufenthalt nicht erforderlich. Die Bw hingegen sei aufgrund ihrer lg Staatsbürgerschaft automatisch zum Aufenthalt in la1 berechtigt und auch dort gemeldet. Sie betreibe außerdem ein kleines Büro für pd sowie eine kleine Firma für d-Veranstaltungen in la1. Bei Bedarf helfe ihr Mann im Rahmen eines Werkvertrages aus. Von der Bw wurden hiezu das „cd“ sowie die Zeugnisse des Sohnes für das Schuljahr 2009/2010 vorgelegt. Als Wohnadresse sei eine ga Adresse angeführt. Ebenfalls sei eine Bestätigung eines lg Reisebüros vorgelegt worden, in welcher bestätigt wird, dass dieses Büro für die Familie n4 zwischen September 2009 und Oktober 2010 jeden Monat eine und in manchen Monaten sogar zwei Reisen von s1 nach s2 und zurück buchen durfte.

Laut Vorsprache des Kindesvaters am 3. Jänner 2010 sei er als Konsulent in la1 tätig und würde sein Einkommen dort versteuern. Auch die Bw würde ihr Einkommen in la1 versteuern. Aufenthalte der Familie in Österreich sowie die Ferien- und Schulzeiten des Kindes würden noch mittels geeigneter Unterlagen nachgewiesen werden (Flugtickets etc.).

Das Finanzamt stellte außerdem fest, dass das Konkursgericht seit September 2009 die Anträge der Gläubiger nicht zustellen konnte bzw. der Kindesvater im Jahre 2010 und davor gegenüber der Post eine Ortsabwesenheitserklärung abgegeben habe. Für das Jahr 2009 sei beim Finanzamt eine Gewinn- und Verlustrechnung für den Zeitraum 1. Jänner bis 30. September 2009 abgegeben worden. Das Finanzamt gehe daher davon aus, dass der Kindesvater seine Erwerbstätigkeit in Österreich spätestens mit 30. September 2009 aufgegeben hat. Für Zeiträume nach dem 30. September 2009 seien vom Kindesvater keine Erwerbstätigkeiten in Österreich gemeldet worden. Laut im Akt befindlichen Sozialversicherungsauszügen habe der Kindesvater vom 1. August 2006 bis 30. November 2009 seine Sozialversicherungsbeiträge nicht bezahlt und die Kindesmutter sei in Österreich nie erwerbstätig gewesen.

Im Antrag auf Zuerkennung von Familienbeihilfe vom 8. März 2010 sowie im vorgelegten Schulvertrag sei in beiden Fällen als Familienwohnsitz eine Adresse in la1 angegeben worden.

In der Berufungsvorentscheidung vom 5. Mai 2011 auf Seite 5 wurde vom Finanzamt ausgeführt, dass das gemeinsame Kind unstrittig seit September 2009 die Schule in la1 besuche. Aus dem Antrag über die Ansässigkeitsbestätigung sei außerdem zu schließen, dass der Kindesvater bereits seit mehreren Jahren in la1 technische Beratungsleistungen erbringt. Während der Abwicklung der Betriebseinstellung, verbunden mit einem Privatkonkurs und einer Ortsabwesenheitserklärung bei der Post, erfolglosen Zustellversuchen etc., sei in der Zusammenschau aller Fakten davon auszugehen, dass die Bw und das Kind bereits spätestens im September 2009 die Familienwohnung in la1 bezogen haben. Für diese Annahme spreche

auch das Schreiben vom 18. Oktober 2010, wonach der Kindesvater ein Zertifikat für einen längeren Aufenthalt in la1 erhalten habe.

Nachdem nach eigenen Angaben der Bw geplant sei, dass, wenn der Kindesvater in I2 einen seiner Ausbildung entsprechenden Job gefunden habe (vorher Erwerbstätigkeit der Eltern in la1 für einen längeren Zeitraum), die Familie wieder ganz nach Österreich zurückkehren werde, sei zu schließen, dass in der Zusammenschau aller Fakten, der Aufenthalt der gesamten Familie in la1 von Anfang an nicht als nur vorübergehend geplant war. In diesem Zusammenhang sei es rechtlich unbeachtlich, dass der Sohn der Bw die Ferienzeiten besuchsweise z.T. in Österreich verbracht hat, denn diese Besuche in Österreich würden den bereits längeren Aufenthalt in la1 von n1 und seinen in diesem Mitgliedsstaat erwerbstätigen Eltern nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht unterbrechen. In diesem Fall sei der Umstand, dass die gesamte Familie melderechtlich in Österreich ihren Hauptwohnsitz hat, nicht beachtlich, da der Kindesvater berechtigt ist, länger in la1 zu wohnen und zu arbeiten und die Bw ebenfalls in la1 lebt und arbeitet und n1 nicht nur vorübergehend die Schule in la1 besuchen soll. Durch die von vornherein für einen längeren Zeitraum angelegte Erwerbstätigkeit beider Elternteile und dem Schulbesuch von n1 im Mitgliedsstaat la1 sei la1 ausschließlich für die familienbezogenen Leistungen zuständig. Der melderechtliche Status in Österreich sei in diesem Fall nicht zu beachten.

In der Berufungsschrift vom 27. April 2010 wurde von der Bw selbst angegeben, dass sich der Sohn sowie der Gatte der Bw ebenso in la1 befinden würden und der Gatte dort selbstständig tätig sei. Im Vorlageantrag vom 15. Mai 2011 wurde gegen die Feststellungen des Finanzamtes in seiner Berufungsvorentscheidung lediglich eingewandt, dass es nicht zutreffe, dass der Kindesvater in la1 zwei Firmen besitze. Es wurde argumentiert, dass sich die Entscheidung nur mit der Situation des Kindesvaters befasse und der Sohn als Minderjähriger mit der Situation seiner Eltern verbunden sei und dies nicht beeinflussen könne. Er sei gezwungen, die Schule in la1 zu besuchen. Die Berufungsvorentscheidung sei eventuell nach den Buchstaben des Gesetzes gemacht, jedenfalls gehe sie in keiner Weise auf die tatsächliche Situation des Sohnes ein.

Im Ergänzungsschriftsatz vom 20. Juni 2011 gab die Bw ua an, dass die Eltern des Kindes selbstständig tätig seien, der Kindesvater seit Ende 2009 nicht mehr, er befinde sich seit 1. Feber 2011 in Pension. Die Bw sei selbstständig und daher in la1, wo lt. Gesetz keine Kinderbeihilfe ausbezahlt wird.

Anderweitige Einwendungen gegen die vom Finanzamt dargestellten Sachverhaltselemente wurden laut vorliegender Eingaben nicht gemacht. Den Ausführungen in der Berufungsvorentscheidung wurde einzig und allein der Standpunkt entgegengebracht, der

tatsächliche Mittelpunkt der Lebensinteressen befinde sich aus der Sichtweise der Bw in Österreich. Auf die von der Abgabenbehörde erster Instanz dargestellten Ausführungen in ihren Entscheidungen wurde jedenfalls nicht bzw. nicht konkret eingegangen und es konnte betreffend der detailliert angeführten Sachverhaltsdarstellungen auch nicht das Gegenteil bewiesen werden. Lediglich der Feststellung, dass der Kindesvater in Ia1 zwei Firmen besitze, wurde widersprochen. Laut dem im Akt befindlichen Handelsregistrauszug handelt es sich hierbei tatsächlich um die Firma der Bw, weshalb diesem Einwand auch Berechtigung zukommt. Nachdem jedoch allen anderen vom Finanzamt dargestellten und ermittelten Fakten und Angaben in der vorgenannten Berufungsvorentscheidung von der Bw weder widersprochen wurde noch nachweislich das Gegenteil bewiesen werden konnte, schließt sich der Unabhängige Finanzsenat den Feststellungen des Finanzamtes in seiner Berufungsvorentscheidung aufgrund ihres entfalteten Vorhaltecharakters (VwGH 26. 6. 2002, 97/13/0009) an. Das heisst aber auch, dass laut vorliegendem Sachverhalt und ausführlicher Auseinandersetzung des Finanzamtes in seiner Berufungsvorentscheidung der Mittelpunkt der Lebensinteressen aufgrund des Aufenthaltes der gesamten Familie und der ausschließlichen Erwerbstätigkeit der Eltern des Kindes in Ia1 zweifellos auch in Ia1 liegt und demzufolge auch Ia1 ausschließlich für familienbezogene Leistungen zuständig ist. Auf die diesbezüglichen Ausführungen in der Berufungsvorentscheidung des Finanzamtes darf hiezu verwiesen werden.

Der Berufung war daher kein Erfolg beschieden und es war wie im Spruch ausgeführt zu entscheiden.

Feldkirch, am 29. Juli 2011