



## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., gegen den Bescheid des Finanzamtes Mödling betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe für die Kinder L. und M. für den Zeitraum vom 1. April 1997 bis 30. April 1999 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (Bw.) bezog im Zeitraum April 1997 bis April 1999 für die beiden Kinder L. und M. Familienbeihilfe.

Im Zuge der Überprüfung des Beihilfenanspruches ersuchte das Finanzamt um Ergänzung in folgenden Punkten:

- "In welchen Zeiträumen haben Sie sich in den Jahren 1997, 1998 und 1999 in Österreich aufgehalten?
- In welchen Zeiträumen haben sich die Kinder M. und L. in den Jahren 1997, 1998 und 1999 in Österreich aufgehalten? In welchen Zeiträumen haben bzw. werden Sie sich im Jahr 2000 in Österreich auf(ge)halten?
- Nachweis über die Österreichaufenthalte in den Jahren 1997, 1998, 1999 bzw. 2002 (Kopien der Reisepässe; Flugtickets etc.)
- In welchem Land besuchten die Kinder M. und L. in den Jahren 1997, 1998 und 1999 die Schule? – Bestätigung darüber (Jahreszeugnisse bzw. Schulbestätigungen)
- Mit welchen Mitteln bestreitet M. seinen Lebensunterhalt? (Miete, Verpflegung; Studienkosten etc.)
- Wie lange wird Ihr Gatte noch in Ägypten erwerbstätig sein?

- Wurde Ihr Gatte zur Dienstleistung nach Ägypten entsendet oder ist er als lokaler Mitarbeiter tätig?
- Bei einer Entsendung – durch welche Stelle erfolgte diese Entsendung? – Kopie vom Entsendevertrag
- Wo leistet Ihr Gatte die Pflichtbeiträge zur Sozialversicherung?

Die Bw. führte in Beantwortung des Ergänzungsersuchen des Finanzamtes vom 20. August 2002 aus, dass

- *sie sich rund sechs Monate des Jahres in Österreich aufhalte;*
- *der Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen sei aber Österreich;*
- *ihr Sohn halte sich ständig in Österreich auf, da er hier studiere;*
- *sie sei Hausfrau;*
- *ihr Mann halte sich ständig im Ausland auf;*
- *er sei bei der Fa. T. Egypt beschäftigt;*
- *der Sohn hätte keine eigenen Einkünfte. Er bekomme von ihr Taschengeld in Höhe von € 150,--.*

Einen neuerlichen Ergänzungsauftrag des Finanzamtes beantwortete die Bw. am 1. Oktober 2002 wie folgt:

"Betrifft: Ergänzungspunkte zum Schreiben vom 17.9.2002

In Bezug auf die Fragen vom 17.9.2002 teile ich zunächst mit, dass ich für den Zeitraum von 1997 bis September 2002 keine Rückforderung stelle. Die Situation hat sich aber im Jahr 2001 nach dem Abschluss der amerikanischen Schule durch meinen Sohn M. in Kairo verändert, nachdem mein Sohn ab dem Oktober 2001 den Wehrdienst in Österreich bis Ende Mai 2002 absolviert hat und nun ab dem Wintersemester 2002 in Österreich an der Webster-University in Wien... sein Management-Studium aufnimmt. Dementsprechend ist er permanent in Österreich, da er hier die Lehrveranstaltungen belegen und abschließen muss.

Die Kopien meines Reisepasses lege ich bei mit dem Hinweis, dass sich meine Aufenthaltsdauer in Österreich zwischen vier und sechs Monaten im Jahr bewegt. Tickets kann ich keine beilegen, da diese Belege steuerlich nicht berücksichtigbar oder anderweitig verrechenbar sind und deshalb von mir auch nicht archiviert werden.

Meine Kinder besuchten bzw. besuchen ab dem Jahr 1997 die amerikanische Schule in Kairo, die Kopien der Zeugnisse liegen als Anlage bei.

Mein Sohn M. bestreitet seinen Lebensunterhalt vom Haushaltseinkommen. Wie lange der Aufenthalt in Ägypten andauern wird, ist vom Arbeitgeber meines Mannes, der Fa. T., abhängig. Er wurde von der Fa. T. im Jahr 1997 nach Ägypten entsandt.

Mein Ehemann leistet freiwillig Beiträge zur Sozialversicherung in Österreich."

Das Finanzamt erließ am 21. November 2002 einen Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für die Kinder L. und M. für die Zeit vom 1. April 1997 bis 30. April 1999.

Begründet wurde die Rückforderung wie folgt:

"Gemäß § 2 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 haben Personen für Kinder Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben.

Gemäß § 2 Abs. 8 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 haben Personen, die sowohl im Bundesgebiet als auch im Ausland einen Wohnsitz haben, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Bundesgebiet haben und sich die Kinder ständig im Bundesgebiet aufhalten.

Gemäß § 5 (4) Familienlastenausgleichsgesetz 1967 besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

Gemäß § 26 (1) Bundesabgabenordnung hat jemand einen Wohnsitz im Sinne der Abgabenvorschrift 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 Sinne der Abgabenvorschrift 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 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 Bestimmungen 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.

Kinder, die zum Zweck des ausländischen Schulbesuches im Ausland wohnen und nur in der Ferienzeit jeweils vorübergehend einen inländischen Familienwohnsitz benutzen, halten sich im Sinne des § 5 Abs. 4 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 ständig im Ausland auf. Ein Rückgriff auf § 26 Abs. 2 Bundesabgabenordnung zur Auslegung des § 5 Abs. 4 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 ist zulässig (Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes 82/14/0047 vom 8.6.1982).

Nach der ständigen Rechtsprechung kann eine Person zwar mehrere Wohnsitze, jedoch nur einen Mittelpunkt der Lebensinteressen haben. Beim Vorliegen mehrerer Wohnsitze ist der jeweilige Mittelpunkt der Lebensinteressen ausschlaggebend. Nach den Erfahrungen des täglichen Lebens bestehen im Regelfall die stärksten persönlichen Beziehungen zu dem Ort, an dem man regelmäßig und Tag für Tag mit seiner Familie lebt. Daraus folgt, dass der Mittelpunkt der Lebensverhältnisse einer verheirateten Person regelmäßig am Ort des Aufenthaltes ihrer Familie zu finden sein wird. In diesem Zusammenhang hat der Verwaltungsgerichtshof ausdrücklich ausgesprochen, dass ein Verheirateter, der mehr als 150 Tage im Jahr mit seiner Familie zusammen lebt, dort seinen Lebensmittelpunkt habe. Verfügt eine Person im Ausland über eine Wohnung, sei es als Eigentümer, Mieter oder auch bloß als Mitbewohner, und benützt diese Wohnung jahrelang und ständig aus beruflichen Gründen gemeinsam mit den engsten Familienangehörigen, so kann nicht angenommen werden, dass sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich hat. Eine sich aus der Staatsbürgerschaft ergebende gefühlsmäßige Heimatverbundenheit, der Wunsch späterhin nach Österreich zurückzukehren sowie gelegentliche Aufenthalte in Österreich, rechtfertigen keine andere Beurteilung.

Haben Personen sowohl im Bundesgebiet als auch im Ausland einen Wohnsitz, besteht auf Grund der Bestimmungen des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Anspruch auf Familienbeihilfe nur unter der Voraussetzung, dass der Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet liegt und sich das Kind für das die Familienbeihilfe bezogen werden soll, ständig im Bundesgebiet aufhält.

Da Sie sich seit April 1997 mit Ihrer Familie im Ausland aufhalten, der Gatte im Ausland seiner Erwerbstätigkeit nachgeht und die Kinder seit 1997 im Ausland die Schule besucht haben, kann nicht davon ausgegangen werden, dass sich der Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet befindet..."

Die Bw. erhob gegen den Bescheid vom 21. November 2002 fristgerecht Berufung und führte dazu aus:

"Mit Mitteilung des Finanzamtes Mödling vom 17.3.1999 wurde der Anspruch auf Familienbeihilfe vom Februar 1994 bis April 1999 gewährt. Dabei wurde festgestellt, dass für weitere Zeiträume kein Anspruch auf Familienbeihilfe mehr besteht.

Rückforderungsansprüche werden nicht erhoben, wurde amtlich festgestellt. Abgesehen davon, dass erst nach 3 Jahren die Anspruchsberechtigung neu überprüft wurde, hätte bereits im Jahr 1997 bzw. im Jahr 1998 amtswegig eine Untersuchung der Anspruchsberechtigung erfolgen müssen. Wie man aus dem Vorakt ersehen kann, bin ich stets besorgt, dem Finanzamt sämtliche erforderliche Unterlagen zur Verfügung zu stellen, damit gewährleistet ist, dass Zahlungen nur auf Basis der Anspruchsberechtigung

erfolgen und Situationen wie diese vermieden werden. Unterlässt das Finanzamt die amtswegige Prüfung, kann dieses Versehen nicht eins zu eins auf den Bezugsberechtigten abgewälzt werden.

Mein Sohn M. und meine Tochter L. haben im Bundesgebiet einen ordentlichen Wohnsitz, nämlich in ....

Gemäß § 26 BAO Abs. 3 werden Personen, die in einem Dienstverhältnis zu einer österreichischen Körperschaft des öffentlichen Rechts stehen und ihren Dienstort im Ausland haben, wie Personen behandelt, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt am Ort der die Dienstbezüge anweisenden Stelle haben. Dies gilt auch für deren Eheleute, die in dauernder Haushaltsgemeinschaft leben und für deren minderjährige Kinder, die zu ihrem Haushalt gehören. Eine Zweiklassengesellschaft hier aufzubauen, widerspricht dem Gleichheitsgrundsatz. Es ist nicht einzusehen, dass meine Kinder eine andere rechtliche Behandlung erfahren als etwa von Kindern von Diplomaten. In jedem Fall sind es österreichische Kinder, die Aufwendungen, die im Zusammenhang mit der Kindererziehung, Schule und Ausbildung stehen, sind ebenfalls ident.

Warum Diplomatenkinder hier bevorzugt sein sollen und Familienbeihilfe erhalten und in jedem Fall ohne Rücksicht auf den Wohnort und die Aufenthaltsdauer im Ausland und anspruchsberechtigt sein sollen, ist nicht einzusehen, denn es ist nicht zu erwarten, dass sie auch in den exterritorialen Gebäuden, die der Republik Österreich im Ausland gehören, unterrichtet werden.

Darüberhinaus weise ich darauf hin, dass der Vater meiner Kinder M. und L., mein Ehemann G. F., freiwillig Sozial- und Pensionsversicherung in Österreich bezahlt und schon auch aus diesem Titel im Hinblick auf die Steuersituation des Personenkreises, der unter die Ausnahmeregelung des Abs. 3 BAO fällt, gleichgestellt ist..."

Das Finanzamt erließ am 13. Jänner 2003 eine Berufungsvorentscheidung, in der es nochmals die im Bescheid angeführten Gesetzesstellen zitierte und wies die Berufung mit folgender Begründung ab:

"...Im Zuge einer routinemäßigen Überprüfung der Familienbeihilfe wurde Ihnen per 29.1.1999 ein Überprüfungsbogen zur Kontrolle zugesendet. Erst bei Rücklangen dieses Schreibens am 1.3.1999 wurde dem Finanzamt Mödling bekannt, dass Sie sich mit Ihrer Familie nicht mehr ständig im Bundesgebiet aufhalten. Mit der von Ihnen zitierten Mitteilung vom 17.3.1999 wurde Ihnen mitgeteilt, dass ab 1.4.1997 kein Anspruch auf Familienbeihilfe mehr besteht. Einen von Ihnen erwähnten Hinweis, dass Rückforderungsansprüche seitens des Finanzamtes nicht erhoben werden, erhält diese Mitteilung nicht.

Die Rückforderungen bezüglich Beihilfen werden im § 207 (4) Bundesabgabenordnung (BAO) geregelt; die betreffenden Gesetzesstellen lauten wie folgt:

§ 207 (1) BAO: Das Recht, eine Abgabe festzusetzen, unterliegt nach Maßgabe der nachstehenden Bestimmungen der Verjährung.

§ 207 (4) BAO: 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.

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

Gemäß diesen Gesetzesstellen hat das Finanzamt die Möglichkeit, Rückforderungen zu Unrecht bezogener Familienbeihilfen in einem Zeitraum von 5 Jahren durchzuführen. Die Rückforderung wurde daher seitens des Finanzamtes im Rahmen der gesetzlichen Rahmenbedingungen durchgeführt.

Gemäß § 26 (3) BAO werden österreichische Staatsbürger, die in einem Dienstverhältnis zu einer Körperschaft des öffentlichen Rechtes stehen, und 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.

Da weder Sie noch Ihr Gatte in einem Dienstverhältnis zu einer Körperschaft des öffentlichen Rechts stehen und nur durch diese Tatsache Ihren Dienstort im Ausland haben, kann der von Ihnen zitierte § 26 (3) Bundesabgabenordnung (BAO) auch nicht zur Anwendung gebracht werden.

Da Sie sich seit April 1997 mit Ihrer Familie im Ausland aufhalten, der Gatte im Ausland seiner Erwerbstätigkeit nachgeht und die Kinder seit 1997 im Ausland die Schule besuchen bzw. besucht haben, kann nicht davon ausgegangen werden, dass sich der Mittelpunkt Ihrer Lebensinteressen im Bundesgebiet befindet.

Der Anspruch auf Familienbeihilfe war daher vom 1.4.1997 bis 30.4.1999 nicht gegeben, somit war die zu Unrecht ausbezahlte Familienbeihilfe rückzufordern.

Die Bw. stellte mit Schreiben vom 21. Februar 2003 ohne weitere Begründung den Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz.

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

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

Personen, die sowohl im Bundesgebiet als auch im Ausland einen Wohnsitz haben, haben gemäß § 2 Abs. 8 FLAG nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie

- 1) den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Bundesgebiet haben und
- 2) sich die Kinder ständig im Bundesgebiet aufhalten.

Diese beiden Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen.

Gemäß § 167 Abs. 2 BAO hat die Abgabenbehörde unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht.

2. § 26 Abs. 1 FLAG lautet:

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

Die Verpflichtung zur Rückzahlung von zu Unrecht bezogenen Familienbeihilfen ist also 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 ausschließlich auf einer Fehlleistung der Abgabenbehörde beruht (vgl. zB VwGH 25.1.2001, 2000/15/0183; 28.11.2002, 2002/13/0079).

Dass die Verjährungsbestimmungen der §§ 207ff BAO einer Rückforderung nicht entgegenstehen, hat das Finanzamt in seiner Berufungsvorentscheidung zutreffend begründet.

**3.** Fest steht im vorliegenden Fall, dass die Bw. je einen Wohnsitz in Ägypten und in Österreich hat.

In seinem Erkenntnis vom 16.12.1993, 93/16/0138, vertritt der Verwaltungsgerichtshof die Auffassung, dass im Falle des Vorliegens mehrerer Wohnsitze der Mittelpunkt der Lebensinteressen bei einer verheirateten Person regelmäßig am Orte des Aufenthaltes der Familie zu finden sein wird (vgl. dazu z.B. VwGH 30.1.1990, 89/14/0054; 15.3.1989, 88/16/0229; 27.10.1988, 88/16/0068; 19.12.1987, 86/16/0198 und 30.5.1985, 83/16/0177), wobei es auf die gemeinsame Haushaltsführung ankommt (vgl. VwGH 20.6.1990, 90/16/0032).

Wenn eine Person mehrere Wohnsitze hat, so kommt den auf die einzelnen Wohnsitze entfallenden Aufenthaltszeiten eine quantitative Bedeutung dafür zu, wo sich der Mittelpunkt der Lebensverhältnisse befindet.

In diesem Zusammenhang hat der Verwaltungsgerichtshof ausdrücklich ausgesprochen, dass die Feststellung, ein Verheirateter, der mehr als 150 Tage im Jahr mit seiner Familie zusammenlebe, habe dort seinen Lebensmittelpunkt, nicht der Rechtslage widerspreche (VwGH 19.2.1987, 86/16/0198).

Bei Bestimmung des Mittelpunktes der Lebensinteressen kommt es auf persönliche und wirtschaftliche Beziehungen an. Die persönlichen Beziehungen schlagen sich insbesondere in der Gestaltung des Familienlebens sowie in gesellschaftlichen, religiösen und sozialen Interessen und Aktivitäten nieder.

Für die Bestimmung der wirtschaftlichen Beziehungen sind insbesondere die Höhe der Einkünfte in den Vertragsstaaten ausschlaggebend. Im Zweifel kommt den persönlichen Beziehungen - und dort wiederum der Gestaltung des Familienlebens - der Vorrang zu (vgl. VwGH 26.7.2000, 95/14/0145, mwN).

**4.** Dafür, dass die stärkeren persönlichen Beziehungen nicht zu Österreich, sondern zu Ägypten bestehen, sprechen folgende in freier Beweiswürdigung beurteilte Umstände:

- Der Ehegatte der Bw. wohnt und arbeitet seit dem Jahr 1997 ständig in Ägypten.
- Laut ihren eigenen Angaben hält sich die Bw. (nur) zwischen vier und sechs Monate pro Jahr in Österreich auf.
- In ihrem Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe vom 16. August 2002 gibt sie selbst ihren Familienwohnsitz mit Kairo an.
- Das Finanzamt hat in seiner Berufungsvorentscheidung ausdrücklich angegeben, es könne nicht davon ausgegangen werden, dass sich der Mittelpunkt der Lebensinter-

essen der Bw. im Bundesgebiet befinde. Die Bw. ist in Ihrem Vorlageantrag diesen Ausführungen, denen nunmehr die Wirkung eines Vorhaltes zukommt (vgl. VwGH 17.11.2004, 99/14/0029), nicht entgegengetreten.

**5.** Es kann damit als erwiesen angenommen werden, dass sich der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Bw. in dem in Rede stehenden Zeitraum nicht im Bundesgebiet befunden hat.

**6.** Dies allein würde schon für eine spruchgemäße Entscheidung ausreichen.

Hierzu kommt noch folgender Umstand:

Im vorliegenden Fall steht zweifelsfrei und von der Bw. unbestritten fest, dass sich ihre beiden Kinder im Streitzeitraum (April 1997 bis April 1999) ständig in Ägypten aufgehalten und dort die Schule besucht haben. Somit war auch die weitere Voraussetzung des § 2 Abs. 8 FLAG, nämlich dass sich die Kinder ständig im Bundesgebiet aufhalten, nicht erfüllt.

**7.** Wenn die Bw. zuletzt die Bestimmung des § 26 Abs. 3 BAO anführt, so ist sie auf die zutreffenden Ausführungen des Finanzamtes in seiner Berufungsvorentscheidung zu verweisen: Da weder die Bw. noch Ihr Gatte in einem Dienstverhältnis zu einer Körperschaft des öffentlichen Rechts stehen, ist auf sie § 26 Abs. 3 BAO nicht anwendbar.

Gemäß Artikel 18 B-VG darf die gesamte staatliche Verwaltung nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden. Der unabhängige Finanzsenat als Verwaltungsbehörde ist daher an die Gesetze gebunden. Die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit einer gesetzlichen Bestimmung steht nicht dem unabhängigen Finanzsenat zu, sondern ist dem Verfassungsgerichtshof im Rahmen eines Gesetzesprüfungsverfahrens vorbehalten. Der unabhängige Finanzsenat ist auch nicht dazu legitimiert, ein Gesetzesprüfungsverfahren zu beantragen, weshalb im gegenständlichen Berufungsverfahren eine Auseinandersetzung mit den von der Bw. geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken auch unter diesem Aspekt nicht geboten ist.

Wien, am 15. März 2006