



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch RA, vom 22. Februar 2007 gegen den Bescheid des Finanzamtes Braunau Ried Schärding vom 10. Jänner 2007 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für x, für die Zeit von Jänner 2001 bis Juni 2006 in Höhe von insgesamt 11.458,96 € entschieden:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird für die Zeit vom 1.1.2001 bis 31.12.2001 aufgehoben.

Die Rückforderung vermindert sich dadurch auf € 9.584,00 (FB: € 6.835,40;  
KAB: € 2.748,60).

Im Übrigen wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

### Entscheidungsgründe

Das Finanzamt hat mit Bescheid vom 10.1.2007 die Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge für den minderjährigen Sohn der Berufungswerberin für die Zeit von Jänner 2001 bis Juni 2006 in Höhe von insgesamt 11.458,96 € zurückgefordert. Da die Berufungswerberin seit 27.3.2000 nicht mehr in Österreich gemeldet sei und sich ständig im Ausland aufhalte, seien die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 nicht erfüllt.

Die dagegen eingebrachte Berufung wird damit begründet, dass die Berufungswerberin sowohl ihren gewöhnlichen Aufenthalt als auch ihre engen persönlichen und familiären Beziehungen nach wie vor in Österreich, nämlich in yy, unterhalte. Sie habe nach wie vor ihre

sämtlichen Verwandten und Bekannten in Österreich und komme regelmäßig praktisch zu sämtlichen Feiertagen und während der Ferien ihres Sohnes sowie auch zwischendurch immer wieder nach Österreich und lebe während des Aufenthaltes in y bei ihrem Vater im Haus, welches ihr zu einem Drittel gehöre und hinsichtlich welchen ihr das Wohnrecht (nach ihrem Vater) zustehe, ansonsten bei Freunden, die sie seit Kindheitstagen kenne.

Die Berufungswerberin sei auch nach wie vor an den Gesellschaften der Familie beteiligt und komme auch deshalb regelmäßig nach Österreich.

Ebenso verbringe ihr Sohn seine Ferien regelmäßig in Österreich, habe auch zahlreiche Freunde hier und sei – wie sich aus der vorgelegten Meldeauskunft ergebe – deshalb auch nach wie vor aufrecht gemeldet.

Daraus ergebe sich auch, dass die Berufungswerberin sich früher ebenfalls bei jedem ihrer Aufenthalte in Österreich an- und bei Abreise wieder abgemeldet habe. In der Folge sei ihr jedoch erklärt worden, sie müsse sich nicht jedes Mal wieder abmelden, sodass sie zwischen Mai 1992 und März 2000 ständig gemeldet geblieben sei. Auf Grund eines geplanten längeren Auslandsaufenthaltes habe sie sich dann abgemeldet und in der Folge – obwohl sich an ihren weiteren Aufenthalten in Österreich de facto nichts geändert habe und sie sich gerade in den Monaten vor und nach dem Tod ihrer Mutter am 20.1.2002 fast ausschließlich in y aufgehalten habe – nicht mehr angemeldet, weil damals auch ihr Vater über mehrere Monate hindurch bei ihr im Ausland gelebt habe.

Der Umstand der Nicht-Anmeldung ändere allerdings nichts daran, dass sich an ihren Bindungen zu ihren Verwandten und den Beziehungen zu Österreich de facto seit 20 Jahren nichts geändert habe.

Im Hinblick darauf, dass sich die Behörde vor Erlassung des Bescheides mit diesen Fragen überhaupt nicht auseinander gesetzt habe, sei das Verfahren jedenfalls derart mangelhaft geblieben, dass eine umfassende Beurteilung nicht möglich gewesen sei. Hätte sie sich mit diesen Fragen allerdings auseinandergesetzt, so hätte sie feststellen können und müssen, dass die Voraussetzungen für den Bezug der Familienbeihilfe bzw. die Geltendmachung des Kinderabsetzbetrages sehr wohl gegeben seien.

Auf jeden Fall hätte die Behörde auf Grund der tatsächlich gegebenen Umstände erkennen können und müssen, dass sich die Rückforderung der bezogenen Beträge, selbst wenn diese unrechtmäßig erfolgt wäre, als unbillig im Sinne des § 26 Abs. 4 FLAG 1967 darstelle, zumal der Behörde der Umstand der nicht mehr aufrechten Meldung immer bekannt gewesen sei.

An inhaltlicher Rechtswidrigkeit leide der angefochtene Bescheid jedenfalls insofern, als gemäß § 297 Abs. 4 BAO der Recht, die Rückzahlung zu Unrecht bezogener Beihilfen zu fordern, in 5 Jahren verjähre und deshalb in jedem Fall die Rückforderung der FB und KAB für den Zeitraum 1/2001 bis 1/2002 unzulässig sei.

Mit Vorhalt des Unabhängigen Finanzsenates vom 22.1.2009 wurde der Berufungswerberin Folgendes mitgeteilt:

„Gemäß § 2 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben (und noch weitere in den folgenden Bestimmungen des FLAG genannte Bedingungen erfüllen), Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder sowie unter bestimmten Voraussetzungen für volljährige Kinder.

Nach § 2 Abs. 8 FLAG 1967 in der Fassung ab 1.1.2006 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.

Vor dem 1.1.2006 lautete § 2 Abs. 8 FLAG 1967 folgendermaßen: "Personen, die sowohl im Bundesgebiet als auch im Ausland einen Wohnsitz haben, haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Bundesgebiet haben und sich die Kinder ständig im Bundesgebiet aufhalten. Eine Person hat den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat."

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kann eine Person zwar mehrere Wohnsitze, jedoch nur einen Mittelpunkt der Lebensverhältnisse haben. Unter persönlichen Beziehungen sind dabei all jene zu verstehen, die jemanden aus in seiner Person liegenden Gründen auf Grund der Geburt, der Staatszugehörigkeit, des Familienstandes und der Betätigungen religiöser und kultureller Art, folglich nach allen Umständen, die den eigentlichen Sinn des Lebens ausmachen, an ein bestimmtes Land binden. 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. 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. Der Familienwohnsitz ist also nur bei gemeinsamer Haushaltsführung von ausschlaggebender Bedeutung, nicht bei getrennten Haushalten. Bei von der Familie getrennter Haushaltsführung kommt es auf die Umstände der Lebensführung, wie etwa eine eigene Wohnung, einen selbstständigen Haushalt, gesellschaftliche Bindungen, aber auch auf den Pflichtenkreis einer Person und hier insbesondere auf ihre objektive und subjektive Beziehung zu diesem an. Die auf die Wohnsitze entfallenden Aufenthaltszeiten sind

ein bedeutsames quantitatives Kriterium dafür, wo der Mittelpunkt der Lebensverhältnisse einer Person besteht (zB VwGH 18.1.1996, 93/15/0145).

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

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH) ist der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs. 3 FLAG unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2 Bundesabgabenordnung (BAO) zu beurteilen. Danach hat jemand den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne 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. Diese nicht auf den Mittelpunkt der Lebensinteressen abstellende Beurteilung ist nach objektiven Kriterien zu treffen.

Ein Aufenthalt iSd § 26 Abs. 2 BAO verlangt grundsätzlich körperliche Anwesenheit. Daraus folgt auch, dass eine Person nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben kann. Um einen gewöhnlichen Aufenthalt aufrechtzuerhalten, 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 die Erkenntnisse des VwGH vom 2.6.2004, ZI. 2001/13/0160 und vom 20.6.2000, ZI. 98/15/0016).

Das Verbringen der Ferien in Österreich wäre als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, wodurch der ständige Aufenthalt des Kindes im Ausland nicht unterbrochen wird (vgl die einen mehrjährigen Schulbesuch im Ausland betreffenden Erkenntnisse des VwGH vom 2.6.2004, ZI. 2001/13/0160 und vom 28.11.2002, ZI. 2002/13/0079).

Zum Aufenthalt von Kindern im Ausland (z.B. USA) hat der VwGH zumindest zweimal entschieden und dabei festgestellt, dass ein Aufenthalt von einer Dauer von mehr als zwei Jahren jedenfalls schädlich sein kann.

So beurteilte er in einem Erkenntnis den sich über volle zwei Jahre erstreckenden Auslandsaufenthalt von minderjährigen Kindern des (damaligen) Beschwerdeführers in den USA als ständig und damit schädlich im Sinne dieser Gesetzesbestimmung. Er führte wörtlich aus, dass es nicht zweifelhaft sein könne, dass ein sich über volle zwei Jahre erstreckender Auslandsaufenthalt der Kinder des Beschwerdeführers als ständig im Sinne des (damaligen) § 5 Abs. 4 FLAG beurteilt werden muss. Ob und wie lange die Kinder in den USA eine Schule besucht haben, sei für diese Beurteilung bedeutungslos gewesen (VwGH 20.10.1993, 91/13/0175).

In einem weiteren Beschwerdefall handelte es sich um einen annähernd dreijährigen Auslandsaufenthalt des Sohnes, wobei dieser den Wohnsitz seines Vaters während dessen

Aufenthaltes in den USA teilte. Dabei hielt sich der Sohn während der (Sommer)Ferien bei der (damaligen) Beschwerdeführerin in Österreich auf, besuchte die Schule offenbar im Hinblick auf den Erwerb von Sprachkenntnissen für den beabsichtigten Besuch einer (österreichischen) höheren Lehranstalt für Tourismus und dürfte diese Ausbildung später auch tatsächlich in Österreich in Angriff genommen haben. Trotzdem beurteilte das Höchstgericht auch diesen Aufenthalt als schädlich (VwGH vom 20.6.2000, ZI. 98/15/0016).

Auch der Verfassungsgerichtshof (VfGH) hat sich in seinem Erkenntnis vom 4.12.2001, B-2366/00, mit den im dortigen Verfahren vorgebrachten verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Bestimmung des § 5 Abs. 4 (neu: Abs. 3) auseinandergesetzt und ist zum Ergebnis gelangt, dass ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Familienbeihilfe für sich ständig im Ausland aufhaltende Kinder nicht anzunehmen ist. In diesem Erkenntnis hat der Gerichtshof ausgeführt, dass eine gesetzliche Regelung, welche den Anspruch auf eine der Familienförderung dienende Transferleistung an eine Nahebeziehung des anspruchsvermittelnden Kindes zum Inland binde und hierbei auf dessen Aufenthalt abstelle, keine verfassungsrechtlichen Bedenken erwecke.

Auf Grund des vorliegenden Sachverhaltes ist davon auszugehen, dass sich das Kind X., wie auch in der Berufung ausgeführt wird, nur während seiner Ferien in Österreich aufgehalten hat.

Da sich der Aufenthalt des Kindes in den USA demnach jedenfalls über einen Zeitraum von mehr als zwei Jahren erstreckte, handelt es sich iS leg cit und der dazu ergangenen Judikatur um einen ständigen Aufenthalt im Ausland, sodass die Gewährung der Familienbeihilfe schon aus diesem Grund ausgeschlossen ist.

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

Mangels Anspruchs auf die Familienbeihilfe lagen auch die Voraussetzungen für die Gewährung der Kinderabsetzbeträge nicht vor.

Hinsichtlich der Ausführungen in der Berufung zur Verjährung ist § 207 Abs. 4 BAO zu berücksichtigen. Demnach 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.

Nach § 208 Abs. 8 BAO beginnt die Verjährung in den Fällen des § 207 Abs. 4 BAO mit dem Ablauf des Jahres, in dem die rückzufordernden Beihilfen, Erstattungen, Vergütungen oder Abgeltungen geleistet wurden.

Daraus ergibt sich eine zulässige Rückforderung der Familienbeihilfe (incl. Kinderabsetzbeträge) für die Zeit von Jänner 2002 bis Juni 2006.

Der Rückforderungsbetrag würde sich dadurch auf insgesamt € 9.584,00 vermindern.

Sie werden ersucht, zu diesem Vorhalt innerhalb von drei Wochen schriftlich Stellung zu nehmen, ansonsten laut Aktenlage wie angeführt über die Berufung zu entscheiden sein wird.“

In der Stellungnahme vom 16.2.2009 wird ausgeführt, die Berufungsbehörde gebe die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen sowie die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zweifellos richtig wieder.

Nicht zutreffend seien allerdings die daraus gezogenen Schlussfolgerungen:

Gerade nach den sich daraus ergebenden Kriterien habe die Berufungswerberin und ihr Sohn den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen nämlich ohnedies in Österreich gehabt.

Auch wenn sich ihr Sohn nur während der Ferien „auf Dauer“ hier aufgehalten habe, so sei zu berücksichtigen, dass einerseits die Feriendauer in den Vereinigten Staaten eine bei weitem längere sei als in Österreich, und andererseits er auch zwischendurch immer wieder nach Österreich gekommen sei, um Freunde und Verwandte zu besuchen, weshalb er sich insgesamt jedenfalls längere Zeit in Österreich als in den Vereinigten Staaten aufgehalten habe und daher von einem „ständigen Aufenthalt in den USA“ natürlich bei weitem nicht die Rede sein könne, wie davon, dass er sich über volle 2 Jahre im Ausland aufgehalten habe. Die Inanspruchnahme der Familienbeihilfe sei daher ebenso zu Recht erfolgt wie jene des Kinderabsetzbetrages, wobei eine Rückforderung hinsichtlich des Kinderabsetzbetrages auch deshalb nicht in Frage komme, weil dieser der Berufungswerberin im Endergebnis wirtschaftlich ja nicht zu Gute gekommen sei

Die Überlegungen der Berufungsbehörde in Bezug auf die Verjährung würden sich mit jener der Berufungswerberin decken, sodass darauf nicht näher einzugehen sei.

Am 19.2.2009 erging folgender Vorhalt an die Berufungswerberin:

„Bezugnehmend auf Ihr Schreiben vom 16.2.2009 werden Sie ersucht, innerhalb von drei Wochen ab Zustellung dieses Schriftstückes,

1) die genauen Ferienzeiten der Schule Ihres Sohnes X. in den USA im Zeitraum September 2001 bis Juni 2006 nachzuweisen.

2) die Aufenthalte Ihres Sohnes X. in Österreich im Zeitraum September 2001 bis Juni 2006 mittels geeigneter Unterlagen zu belegen, zumal davon ausgegangen wird, dass dieser die Schule in diesem Zeitraum in den USA regelmäßig besuchte.

Bemerkt wird, dass der Schulbesuch in den USA bisher nicht nachgewiesen wurde.“

Im Schreiben dazu vom 3.4.2009 gibt die Berufungswerberin an, dass sich der Sohn mit Ausnahme der Schulzeiten in den USA immer in Österreich bei seinen Großeltern und/oder anderen Verwandten und/oder Schulinternaten und/oder Feriencamps aufgehalten habe.

Nachstehende Unterlagen würden dafür zum Beweis dienen:

1) Meldebestätigung vom 24.3.2009 aus welcher sich ergäbe, dass der Sohn der Berufungswerberin vom 15.9.1992 bis 19.9.2006 an der Wohnadresse seines Großvaters aufrecht gemeldet gewesen sei;

Die Meldung habe deshalb aufrecht erhalten werden müssen, weil der Sohn der Berufungswerberin praktisch sämtliche Ferienzeiten – Sommerferien von Mitte Mai bis Ende August; Weihnachtsferien je nach den Feiertagen 2 bis 3 Wochen; Osterferien 10 Tage und Semesterferien 1 bis 2 Wochen – in Österreich, meistens bei seinem Großvater, teilweise auch in „Kinder-Camps“ oder bei anderen Verwandten verbracht habe.

Teilweise habe der Sohn der Berufungswerberin auch während der „offiziellen“ Schulzeit Aufenthalte in Österreich verbracht und es hätten auch die Ferien ohne weiteres ausgedehnt werden können, weil die Freistellung von Kindern in den USA weitaus großzügiger gehandhabt werde als in Österreich und fehlende Anwesenheitszeiten in der Schule auch durch „home-schooling“ ausgeglichen werden könnten und die Schüler lediglich die erforderlichen Prüfungen abzulegen hätten.

2) Zeugnis vom 7.7.2007 über den Besuch des H.-Institutes.

3) Email vom 22.3.2009 aus welcher sich ergebe, dass Dipl.Päd.Vol S. den Sohn der Berufungswerberin über 100 Stunden pro Jahr während seiner Aufenthalte in Österreich unterrichtet habe.

Weitere Unterlagen, wie insbesondere Flugtickets oder Rechnungen darüber, Zahlungsbelege hinsichtlich Ferien-Camps und verschiedene Kurse etc. könnten derzeit leider nicht vorgelegt werden, weil sich diese in Österreich im Haus des Vaters der Berufungswerberin befinden würden, sich dieser derzeit allerdings selbst in den USA aufhalte, sodass sie von ihm nicht beigeschafft und an die Berufungswerberin übermittelt werden könnten.

Aus den bisherigen Beweisergebnissen ergebe sich allerdings bereits, dass sich der Sohn der Berufungswerberin überwiegend in Österreich aufgehalten habe und deshalb natürlich auch die Berufungswerberin selbst danach getrachtet habe, so oft und so lange wie möglich bei ihm in Österreich zu sein.

Aus dem beigelegten Zeugnis des Institutes vom 7.7.2007 geht hervor, dass der Sohn der Berufungswerberin in der Zeit vom 24.6.2007 bis zum 7.7.2007 an einem Sommerkurs für „Deutsch als Fremdsprache“ teilgenommen habe.

Die diplomierte Pädagogin führt im E-Mail vom 22.3.2009 Folgendes aus:

„Ich, Dipl.Pad.VOL S.B. bestätige hiermit, dem Sohn von Frau xx, G., in den Sommerferien der Jahre 2001 bis 2006 im Zeitraum von Mitte Juni bis Anfang August während seiner Aufenthalte in Österreich, in yyy in OÖ. Stunden im Gegenstand Deutsch zur Verbesserung seiner Deutschkenntnisse gegeben habe. Als geprüfte und seit 32 Jahren im Dienst stehende Volksschullehrerin kann ich bescheinigen, dass G. sehr fleißig und aufmerksam sowie interessiert an meinem Unterricht teilgenommen hat. Ich war mit seinen Fortschritten sehr zufrieden, zumal sich sein Wissen und seine Ausdrucksfähigkeit von Jahr zu Jahr verbesserten. Es waren 108 Stunden pro Jahr in dem angegebenen Zeitraum von 9 Wochen. Er hat die Anforderungen des Klassenniveaus eines sehr guten österreichischen Schülers altersgemäß erreicht. Vor allen Dingen war es auch möglich, da die Mutter, deren Muttersprache Deutsch ist, auch während des Jahres mit ihrem Sohn Deutsch gesprochen hat und G. so auch die lebendige Sprache praktizieren konnte.

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

Gemäß § 2 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben (und noch weitere in den folgenden Bestimmungen des FLAG genannte Bedingungen erfüllen), Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder sowie unter bestimmten Voraussetzungen für volljährige Kinder.

Nach § 2 Abs. 8 FLAG 1967 in der Fassung ab 1.1.2006 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.

Vor dem 1.1.2006 lautete § 2 Abs. 8 FLAG 1967 folgendermaßen: "Personen, die sowohl im Bundesgebiet als auch im Ausland einen Wohnsitz haben, haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Bundesgebiet haben und sich die Kinder ständig im Bundesgebiet aufhalten. Eine Person hat den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat."



Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kann eine Person zwar mehrere Wohnsitze, jedoch nur einen Mittelpunkt der Lebensverhältnisse haben. Unter persönlichen Beziehungen sind dabei all jene zu verstehen, die jemanden aus in seiner Person liegenden Gründen auf Grund der Geburt, der Staatszugehörigkeit, des Familienstandes und der Betätigungen religiöser und kultureller Art, folglich nach allen Umständen, die den eigentlichen Sinn des Lebens ausmachen, an ein bestimmtes Land binden. 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. 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. Der Familienwohnsitz ist also nur bei gemeinsamer Haushaltsführung von ausschlaggebender Bedeutung, nicht bei getrennten Haushalten. Bei von der Familie getrennter Haushaltsführung kommt es auf die Umstände der Lebensführung, wie etwa eine eigene Wohnung, einen selbstständigen Haushalt, gesellschaftliche Bindungen, aber auch auf den Pflichtenkreis einer Person und hier insbesondere auf ihre objektive und subjektive Beziehung zu diesem an. Die auf die Wohnsitze entfallenden Aufenthaltszeiten sind ein bedeutsames quantitatives Kriterium dafür, wo der Mittelpunkt der Lebensverhältnisse einer Person besteht (zB VwGH 18.1.1996, 93/15/0145).

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

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH) ist der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs. 3 FLAG unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2 Bundesabgabenordnung (BAO) zu beurteilen. Danach hat jemand den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne 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. Diese nicht auf den Mittelpunkt der Lebensinteressen abstellende Beurteilung ist nach objektiven Kriterien zu treffen.

Ein Aufenthalt iSd § 26 Abs. 2 BAO verlangt grundsätzlich körperliche Anwesenheit. Daraus folgt auch, dass eine Person nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben kann. Um einen gewöhnlichen Aufenthalt aufrechtzuerhalten, 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 die Erkenntnisse des VwGH vom 2.6.2004, ZI. 2001/13/0160 und vom 20.6.2000, ZI. 98/15/0016).

Das Verbringen der Ferien in Österreich wäre als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, wodurch der ständige Aufenthalt des Kindes im Ausland nicht unterbrochen wird (vgl. die einen mehrjährigen Schulbesuch im Ausland betreffenden Erkenntnisse des VwGH vom 2.6.2004, Zl. 2001/13/0160 und vom 28.11.2002, Zl. 2002/13/0079).

Zum Aufenthalt von Kindern im Ausland (z.B. USA) hat der VwGH zumindest zweimal entschieden und dabei festgestellt, dass ein Aufenthalt von einer Dauer von mehr als zwei Jahren jedenfalls schädlich sein kann.

So beurteilte er in einem Erkenntnis den sich über volle zwei Jahre erstreckenden Auslandsaufenthalt von minderjährigen Kindern des (damaligen) Beschwerdeführers in den USA als ständig und damit schädlich im Sinne dieser Gesetzesbestimmung. Er führte wörtlich aus, dass es nicht zweifelhaft sein könne, dass ein sich über volle zwei Jahre erstreckender Auslandsaufenthalt der Kinder des Beschwerdeführers als ständig im Sinne des (damaligen) § 5 Abs. 4 FLAG beurteilt werden muss. Ob und wie lange die Kinder in den USA eine Schule besucht haben, sei für diese Beurteilung bedeutungslos gewesen (VwGH 20.10.1993, 91/13/0175).

In einem weiteren Beschwerdefall handelte es sich um einen annähernd dreijährigen Auslandsaufenthalt des Sohnes, wobei dieser den Wohnsitz seines Vaters während dessen Aufenthaltes in den USA teilte. Dabei hielt sich der Sohn während der (Sommer)Ferien bei der (damaligen) Beschwerdeführerin in Österreich auf, besuchte die Schule offenbar im Hinblick auf den Erwerb von Sprachkenntnissen für den beabsichtigten Besuch einer (österreichischen) höheren Lehranstalt für Tourismus und dürfte diese Ausbildung später auch tatsächlich in Österreich in Angriff genommen haben. Trotzdem beurteilte das Höchstgericht auch diesen Aufenthalt als schädlich (VwGH vom 20.6.2000, Zl. 98/15/0016).

Auch der Verfassungsgerichtshof (VfGH) hat sich in seinem Erkenntnis vom 4.12.2001, B-2366/00, mit den im dortigen Verfahren vorgebrachten verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Bestimmung des § 5 Abs. 4 (neu: Abs. 3) auseinandergesetzt und ist zum Ergebnis gelangt, dass ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Familienbeihilfe für sich ständig im Ausland aufhaltende Kinder nicht anzunehmen ist. In diesem Erkenntnis hat der Gerichtshof ausgeführt, dass eine gesetzliche Regelung, welche den Anspruch auf eine der Familienförderung dienende Transferleistung an eine Nahebeziehung des anspruchsvermittelnden Kindes zum Inland binde und hierbei auf dessen Aufenthalt abstelle, keine verfassungsrechtlichen Bedenken erwecke.

Auf Grund des vorliegenden Sachverhaltes ist davon auszugehen, dass sich der Sohn der Berufungswerberin, wie auch in der Berufung ausgeführt wird, nur während seiner Ferien in Österreich aufgehalten hat. Dies kann auf Grund des E-Mails der Deutsch-Lehrerin als glaubhaft angesehen werden. Weitere behauptete Aufenthalte des Sohnes der

Berufungswerberin in Österreich konnten aber offenbar nicht belegt werden. Möglichkeiten zu einem Nachweis bzw. einer Glaubhaftmachung solcher Aufenthalte wurden der Berufungswerberin jedenfalls geboten. Der Kursbesuch „Deutsch als Fremdsprache“ fand außerhalb des Berufszeitraumes statt, war aber zudem ebenfalls in den Sommerferien. Das Verbringen der Ferien in Österreich ist als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, wodurch der ständige Aufenthalt des Kindes im Ausland nicht unterbrochen wird. Da sich der Aufenthalt des Kindes in den USA jedenfalls über einen Zeitraum von mehr als zwei Jahren erstreckte, handelt es sich iS leg cit und der dazu ergangenen Judikatur um einen ständigen Aufenthalt im Ausland, sodass die Gewährung der Familienbeihilfe schon aus diesem Grund ausgeschlossen ist.

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

Hinsichtlich der Ausführungen in der Berufung zur Verjährung ist § 207 Abs. 4 BAO zu berücksichtigen. Demnach 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.

Nach § 208 Abs. 8 BAO beginnt die Verjährung in den Fällen des § 207 Abs. 4 BAO mit dem Ablauf des Jahres, in dem die rückzufordernden Beihilfen, Erstattungen, Vergütungen oder Abgeltungen geleistet wurden.

Daraus ergibt sich eine zulässige Rückforderung der Familienbeihilfe (incl. Kinderabsetzbeträge) für die Zeit von Jänner 2002 bis Juni 2006. Der Rückforderungsbetrag vermindert sich dadurch auf insgesamt € 9.584,00.

Hinsichtlich der von der Berufungswerberin angeführten Unbilligkeit der Rückforderung ist auf den Sinn des § 26 Abs. 4 FLAG zu verweisen, welcher war, zu verhindern, dass Rückforderungen, die jedenfalls zu einer Nachsicht gemäß § 236 BAO führen würden, ausgesprochen werden, zumal darin ein überflüssiger Verwaltungsaufwand zu erblicken ist. So wurde zu 1202 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates, XIII. GP vom 18.6.1974 ausgeführt, es solle aus Vereinfachungsgründen der

Aufsichtsbehörde die Möglichkeit eingeräumt werden, in bestimmten Fällen anzuordnen, dass von der Rückforderung zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe abzusehen ist. Voraussetzung für eine solche aufsichtsbehördliche Maßnahme sollte sein, dass der Übergenuss voraussichtlich nachgesehen werden müsste (§ 236 BAO).

Kommt es hingegen zu einer Rückforderung des Überbezuges, so kann eine Nachsicht gemäß § 236 BAO bei Vorliegen der Voraussetzungen in einem ordentlichen Verfahren erwirkt werden, wodurch derselbe Erfolg wie im Falle der Abstandnahme von der Rückforderung erreicht wird (siehe Loseblattsammlung "Der Familienlastenausgleich - Gesetz - Erlässe - Rechtsprechung - Kommentar - Staatsverträge (EWR/EU)", von Dr. Wittmann/ Dr. Papacek). Soweit sich die Berufungswerberin auf die Unbilligkeit der Rückforderung beruft, ist sie daher darauf hinzuweisen, dass eine Billigkeitsmaßnahme iSd § 236 BAO nicht Gegenstand dieses Verfahrens ist.

Aus den angeführten Gründen war daher wie im Spruch zu entscheiden.

Linz, am 10. April 2009