



## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch R, gegen den Bescheid des Finanzamtes X vom 6. September 2005 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. September 1993 bis 31. Mai 2005 entschieden:

Der angefochtene Bescheid wird – wie in der Berufungsvorentscheidung – abgeändert.

### Entscheidungsgründe

Die in Polen geborene Berufungswerberin (Bw.) ist österreichische Staatsbürgerin und verfügt über einen Wohnsitz in Österreich und einen Wohnsitz in Polen. Sie war im Streitzeitraum nicht berufstätig.

Auch der ebenfalls in Polen geborene Ehegatte sowie die beiden in Österreich geborenen Kinder der Bw. sind österreichische Staatsbürger. Der Ehegatte ist bei einem Dienstgeber in Polen beschäftigt. Die Kinder gingen im Streitzeitraum in Polen zur Schule.

Im Zuge einer Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe teilte die Bw. dem Finanzamt auf Vorhalt (vom 10. August 2005) mit, ihr Ehegatte sei seit 1994 in Polen als Geschäftsführer einer polnisch-österreichischen Gesellschaft tätig. Infolge der Berufstätigkeit ihres Ehegatten in Polen gingen ihre Kinder in Polen zur Schule. Ab 2006 würde jedoch ihr Sohn in Wien studieren.

Mit Bescheid vom 6. September 2005 forderte das Finanzamt von der Bw. die von ihr für ihre beiden Kinder bezogene Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge für den Zeitraum 1. September 1993 bis 31. Mai 2005 in Höhe von insgesamt 44.053,81 € zurück.

In der Bescheidbegründung führte das Finanzamt aus, die Bw. verfüge seit September 1993 über keinen Wohnsitz in Österreich. Auch der gewöhnliche Aufenthalt sei nicht im Bundesgebiet gegeben. Kurzfristige Aufenthalte (Urlaube, Ferienzeiten der Kinder usw.) begründeten keinen gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich.

Gegen den Bescheid vom 6. September 2005 erhab die Bw. fristgerecht Berufung, in welcher sie anführte, ihre Familie sei nur temporär nach Polen übersiedelt. Ihr Ehemann und ihr Sohn seien seit 1993 in Polen. Da ihr Ehegatte weiterhin bei der polnisch-österreichischen Firma beschäftigt blieb, sei sie im Jahr 1997 mit ihrer Tochter nachgekommen. Ihre Familie sei die ganze Zeit in der Wiener Wohnung gemeldet gewesen. Ihre weitere Lebensplanung, wie auch die ihres Ehegatten und ihrer Kinder, sei mit Österreich verbunden. Sie hätten mit den erhaltenen Geldern die Wohnungsmiete bezahlt, um durch die Erhaltung der Wohnung ihre Rückkehr und die Weiterbildung der Kinder in Österreich zu ermöglichen.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 23. November 2005 gab das Finanzamt der Berufung teilweise statt. Der angefochtene Bescheid wurde insoweit abgeändert, als die Rückforderung der Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbeträge – infolge der Verjährung des Rechtes auf Rückforderung für den Zeitraum 1. September 1993 bis 31. Dezember 1999 – nur für den Zeitraum 1. Jänner 2000 bis 31. Mai 2005 in Höhe von insgesamt 23.570,99 € erfolgte.

In der Begründung wurde ausgeführt, das Beibehalten der Wohnung für eine spätere Rückkehr nach Österreich begründe keinen gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet. Der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Bw. liege derzeit auf Grund der engeren wirtschaftlichen und privaten Beziehungen in Polen.

Gegen die Berufungsvorentscheidung stellte die Bw. fristgerecht einen Vorlageantrag, in welchem sie Folgendes ausführte:

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

§ 1 der Einkommensteuerverordnung für Zweitwohnsitze (BGBl II 2003/528) normiere, dass bei Abgabepflichtigen, deren Mittelpunkt der Lebensinteressen sich länger als fünf Kalenderjahre im Ausland befindet, eine inländische Wohnung nur in jenen Jahren einen Wohnsitz im Sinne des § 1 EStG 1988 begründet, in denen diese Wohnung allein oder gemeinsam mit anderen inländischen Wohnungen an mehr als 70 Tagen benutzt wird.

Sie lebe mit ihrer Familie seit 1986 in ihrer Wiener Wohnung. Sie seien dort auch aufrecht gemeldet. Die Wohnung werde ausschließlich von ihr und ihrer Familie benutzt.

Sie habe sich mit ihrer Familie im verfahrensgegenständlichen Zeitraum (1. Jänner 2000 bis 31. Mai 2005) zumindest 70 Tage pro Jahr in dieser Wohnung aufgehalten, so dass sie im Sinne der obigen Bestimmung einen Wohnsitz im Bundesgebiet begründet habe.

Die Erstbehörde habe es unterlassen, Erhebungen in diese Richtung zu pflegen. Sie wäre in der Lage, entsprechende schriftliche Aufzeichnungen über ihren Aufenthalt in Wien vorzulegen.

Sie stelle daher die Anträge, der unabhängige Finanzsenat möge den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufheben, in eventu den angefochtenen Bescheid aufheben und die Rechtssache zur Durchführung eines mängelfreien Ermittlungsverfahrens an die Erstbehörde zurückverweisen.

Gemäß § 26 Abs. 4 FLAG 1967 seien die Oberbehörden in Ausübung ihres Aufsichtsrechtes ermächtigt, die nachgeordneten Abgabenbehörden anzuweisen, von der Rückforderung des unrechtmäßigen Bezuges abzusehen, wenn die Rückforderung unbillig wäre.

Sie verfügten über ein relativ geringes Familieneinkommen. Ihr Ehegatte beziehe ein Monatsgehalt von 7.520 PLN, was einem Betrag von 1.880 € entspräche.

Die Familienbeihilfe habe im Wesentlichen der Finanzierung und Erhaltung ihres österreichischen Wohnsitzes gedient, um insbesondere auch ihren beiden Kindern die Möglichkeit der Ausbildung in Österreich offen zu halten.

Sie ersuche daher, gemäß § 26 Abs. 4 FLAG 1967 von einer Rückforderung allenfalls unrechtmäßiger Bezüge, die sie allesamt bislang gutgläubig verbraucht hätte, abzusehen.

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

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

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

Der gewöhnliche Aufenthalt verlangt grundsätzlich die körperliche Anwesenheit des Betreffenden. Man kann somit nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben. Nur vorübergehende Abwesenheiten unterbrechen das Verweilen und damit den gewöhnlichen Aufenthalt nicht. Maßgebend ist hiebei, ob aus den Umständen des Einzelfalles (Umstände der Abwesenheit, ihrer Dauer, ihrer Wiederholung und der Entfernung) auf den Rückkehrwillen geschlossen werden kann (vgl. Ritz, BAO, Kommentar, 3. Auflage, Tz 13 zu § 26 BAO).

Nach der Rechtsprechung begründet zB ein Aufenthalt von ca. 8-10 Tagen pro Monat noch keinen gewöhnlichen Aufenthalt (vgl. VwGH 23.3.1977, 308/75).

Im gegenständlichen Fall steht fest, dass die Bw. im Streitzeitraum mit ihrer Familie in Polen lebte, wo ihr Ehegatte seine Berufstätigkeit ausübte und die Kinder in die Schule gingen. Das im Vorlageantrag ins Treffen geführte Verweilen im Bundesgebiet von "zumindest 70 Tagen pro Jahr" stellt in Anbetracht dessen eine bloß vorübergehende Abwesenheit von Polen dar und führte zu keinem gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich.

Gemäß § 2 Abs. 8 FLAG 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.

Auf Grund gemeinschaftsrechtlicher Bestimmungen ist der ständige Aufenthalt eines Kindes im EU - Ausland grundsätzlich dem ständigen Aufenthalt im Bundesgebiet gleichzuhalten (vgl. § 53 Abs. 1 FLAG 1967). Während es daher zwar für den Zeitraum vor dem EU - Beitritt Polens (vor dem 1. Mai 2004) für den Bezug der Familienbeihilfe schädlich ist, dass sich die Kinder der Bw. überwiegend in Polen aufgehalten haben, stünde dieser Umstand dem Familienbeihilfenbezug der Bw. für die Zeit ab dem 1. Mai 2004 nicht entgegen.

Als weitere Voraussetzung für den Familienbeihilfenbezug sieht § 2 Abs. 8 FLAG 1967 jedoch vor, dass die den Anspruch geltend machende Person den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Bundesgebiet hat. Eine Person hat nach § 2 Abs. 8 letzter Satz FLAG 1967 den Mittelpunkt der Lebensinteressen in dem Staat, zu welchem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat. Unter persönlichen sind dabei all jene Beziehungen zu verstehen, die jemand aus in seiner Person liegenden Gründen auf Grund der Geburt, der Staatszugehörigkeit, des Familienstandes und der Betätigungen religiöser und kultureller Art, mit anderen Worten nach allen Umständen, die den eigentlichen Sinn des Lebens ausmachen, an ein bestimmtes Land binden, während den wirtschaftlichen Beziehungen nur eine weitergehenden Zwecken dienende Funktion zukommt (vgl. VwGH 25.2.1970, 1001/69). Der Verwaltungsgerichtshof hat wiederholt ausgesprochen, dass die stärkste persönliche Beziehung eines Menschen im Regelfall zu dem Ort besteht, an dem er regelmäßig mit seiner Familie lebt, dass also der Mittelpunkt der Lebensinteressen einer verheirateten Person regelmäßig am Ort des Aufenthaltes ihrer Familie zu finden sein wird (VwGH 30.1.1990, 89/14/0054).

Im vorliegenden Fall steht fest, dass die Bw. im Streitzeitraum während des weitaus größten Teiles des Jahres mit ihrer Familie in Polen gelebt hat, wo ein gemeinsamer Haushalt geführt wurde, der Ehegatte seiner Berufstätigkeit nachging und die Kinder die Schule besuchten.

Umstände, die eine ausschlaggebende und stärkere Bindung zum österreichischen Wohnsitz bewirken könnten, wurden im Berufungsverfahren nicht geltend gemacht und sind auch aus der Aktenlage nicht ersichtlich. Das Beibehalten der Wohnung in Wien für eine spätere Rückkehr nach Österreich reicht hiefür für sich allein nicht aus.

Die Bw. hat daher die stärksten persönlichen und – da die Grundlagen für die Existenz in Polen erwirtschaftet werden – wirtschaftlichen Beziehungen zu Polen.

Da somit der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Bw. nicht in Österreich liegt, besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

Die Zweitwohnsitzverordnung (BGBl II 2003/528) betrifft ausschließlich § 1 EStG 1988 (unbeschränkte Einkommensteuerpflicht) und ist daher im gegenständlichen Fall nicht anwendbar.

Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist gemäß § 33 Abs. 4 Z 3 lit. a EStG 1988 ebenfalls § 26 FLAG 1967 anzuwenden.

Wie bereits in der Berufungsvorentscheidung ausgeführt wurde, ist jedoch das Recht auf Rückforderung der Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbeträge für den Zeitraum 1. September 1993 bis 31. Dezember 1999 bereits verjährt. Die Rückforderung hat somit nur für den Zeitraum 1. Jänner 2000 bis 31. Mai 2005 in Höhe von insgesamt 23.570,99 € zu erfolgen.

Der angefochtene Bescheid wird daher – wie in der Berufungsvorentscheidung – abgeändert.

Zum Ansuchen der Bw., von der Rückforderung der Bezüge auf Grund der Ermächtigung der Oberbehörden gemäß § 26 Abs. 4 FLAG 1967 abzusehen, ist darauf hinzuweisen, dass der unabhängige Finanzsenat nicht die Funktion einer Oberbehörde hat, weshalb ihm eine Weisung nach § 26 Abs. 4 FLAG 1967 nicht möglich ist.

Wien, am 31. Jänner 2007