

GZ. RV/0153-I/03

Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Berufungserberin gegen den Bescheid des Finanzamtes Reutte betreffend Rückforderung zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für den Zeitraum September 2001 bis Oktober 2002 entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird ersatzlos aufgehoben.

Rechtsbelehrung

Gegen diese Entscheidung ist gemäß § 291 der Bundesabgabenordnung (BAO) ein ordentliches Rechtsmittel nicht zulässig. Es steht Ihnen jedoch das Recht zu, innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung dieser Entscheidung eine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof oder den Verfassungsgerichtshof zu erheben. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof muss - abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen - von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof muss - abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen - von einem Rechtsanwalt oder einem Wirtschaftsprüfer unterschrieben sein.

Gemäß § 292 BAO steht der Amtspartei (§ 276 Abs. 7 BAO) das Recht zu, gegen diese Entscheidung innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung (Kenntnisnahme) Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof zu erheben.

Entscheidungsgründe

Auf Grund amtlicher Erkenntnisse wurden mit Bescheid vom 16. September 2002 von der Beihilfenbezieherin Kinderbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für den Zeitraum September 2001 bis Oktober 2002 rückgefordert. Begründet wurde diese Rückforderung damit, dass Personen, die sowohl im Bundesgebiet als auch im Ausland einen Wohnsitz hätten nur dann Anspruch auf die Familienbeihilfe haben würden, wenn sie den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Bundesgebiet hätten und sich die Kinder ständig im Bundesgebiet aufhalten würden. Das Kind der Beihilfenbezieherin hätte aber nur bis Juli 2001 die Volksschule besucht und die Beihilfenbezieherin hätte sich von ihrem Arbeitgeber mit Ende des Schuljahres karenzieren lassen. Beide wären sodann in die Schweiz übersiedelt.

Mit Schreiben vom 9. Oktober 2002 erhob die Beihilfenbezieherin fristgerecht Berufung gegen diesen Bescheid und führte aus, sie hätte keinen Wohnsitz in der Schweiz. Auch könne aus dem Umstand ihrer Karenzierung nicht geschlossen werden, dass sie gleichzeitig ihre Heimat verlassen habe. Ihr einziger und ausschließlicher Wohnsitz wäre in einer Gemeinde im Inland. Der Zeitpunkt der Karenzierung ergäbe sich aus der Tatsache, dass sie in näherer Zukunft eine Beurlaubung "benötige" und ihr zu einem späteren Zeitpunkt eine Karenzierung nicht zugesichert werden konnte. Sie sei zwar tatsächlich öfter in die Schweiz gefahren, da dort ihr Freund wohne, welchen Sie in Bälde zu heiraten beabsichtige. Diese Fahrten hätten anfänglich den Grund gehabt die "Tragbarkeit der Beziehung" zu prüfen und die "Forderungen, Bedingungen dieses Landes" zu eruieren. In letzter Zeit wären häufigere Fahrten notwendig geworden, um Formulare im Zusammenhang mit der bevorstehenden Eheschließung und der angestrebten Aufenthaltsgenehmigung "in geforderter persönlicher Anwesenheit" zu unterzeichnen. In der Schweiz hätte sie sich aber als "sogenannte Ausländerin" gar nicht länger aufhalten dürfen. Ihre Tochter hätte sie in Hausunterricht unterrichtet, wozu sie fachlich geeignet sei. Dass weiterhin Österreich als Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen anzusehen sei, ergäbe sich auch daraus, dass sie ihre Arbeitsstelle in Österreich habe, da sie – trotz Karenzierung – weiter angestellt sei und an der Universität Inschriftenkosten auf sich genommen hätte, um ihr Studium abschließen zu können. In weiterer Folge wurde eine Bestätigung nachgereicht, aus der hervorgeht, dass die Beihilfenbezieherin und ihre Tochter in der Schweiz keinen Wohnsitz und keine Aufenthaltsgenehmigung haben.

Das Finanzamt forderte die Beihilfenbezieherin mit Vorhalt vom 30. Oktober 2002 auf, das Karenzansuchen sowie, betreffend die Tochter, eine Genehmigung der Schulbehörde für den

Hausunterricht und Nachweise über das Antreten zu den Prüfungen für das Schuljahr 2001/02 vorzulegen.

Dieser Aufforderung kam die Berufungswerberin mit Schreiben vom 12. November 2002 (Postaufgabe am 16. November 2002) lediglich hinsichtlich der Karenzierung nach. Weiters teilte die Berufungswerberin mit Schreiben vom 27. November 2002 mit, dass sie in der vergangenen Woche geheiratet hätte und nunmehr tatsächlich in die Schweiz gezogen sei. Daraufhin wurde die Berufung mit Berufungsvorentscheidung vom 26. November 2002 (nach versuchter Zustellung an die inländische Adresse mit Postaufgabe am 3. Dezember 2002 an die neu bekannt gegebene ausländische Adresse) als unbegründet abgewiesen. Begründend führte das Finanzamt aus, die Berufungswerberin hätte außer einer Meldebestätigung keinen Nachweis vorgelegt, dass sich die Tochter dauernd in Österreich aufgehalten habe.

Mit Eingabe vom 20. Dezember 2002 (Postaufgabe 21. Dezember 2002) wurde rechtzeitig die Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz beantragt. Die Einschreiterin bezog sich auf die bereits vorgelegten Bestätigungen aus welchen klar hervorgehe, dass in der Schweiz keine Aufenthaltsgenehmigung bestanden habe und die Tochter dort daher auch keine Schule besuchen konnte. Trotz der Tatsache, dass sie keine Genehmigung über einen Hausunterricht eingeholt habe, hätte sie ihre Tochter bestmöglich gefördert und zu Hause unterrichtet. Auch habe sie geglaubt, schneller in die Schweiz ziehen zu dürfen. Dies war aber erst mit der Eheschließung am 21. November 2002 möglich. Da es für eine Aufnahme in eine schweizer Schule nicht notwendig war, die vom Finanzamt angesprochenen Prüfungen zu machen, wurden diese von ihrer Tochter nicht abgelegt.

Über die Berufung wurde erwogen:

Nach § 2 Abs. 1 lit. a i.V.m. Abs. 2 FLAG 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, für minderjährige Kinder Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn das Kind zu ihrem Haushalt gehört.

Weiter bestimmt § 2 Abs. 8 FLAG 1967, dass Personen, die sowohl im Bundesgebiet als auch im Ausland einen Wohnsitz haben, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe haben, 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.

Im vorliegenden Fall ist unstrittig, dass die Berufungswerberin, eine österreichische Staatsbürgerin, in Österreich einen Wohnsitz hat. Weiters ist unstrittig, dass die minderjährige Tochter bei der Berufungswerberin haushaltszugehörig ist. Während das Finanzamt aber den Standpunkt vertritt, die Berufungswerberin hätte auch einen Wohnsitz in der Schweiz und aus diesem Grund den Mittelpunkt der Lebensinteressen prüft und in der Folge einen solchen in Österreich verneint (Begründung des Erstbescheides) bzw. den ständigen Aufenthalt des Kindes im Bundesgebiet prüft und in der Folge verneint (Begründung der Berufungsvorentscheidung), steht die Berufungswerberin auf dem Standpunkt, sie verfüge lediglich im Inland über einen Wohnsitz.

Dazu steht fest, dass die Berufungswerberin jedenfalls bis Juli 2001 über einen Wohnsitz (ausschließlich) in Österreich verfügte und bis zu diesem Zeitpunkt auch Österreich den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen bildete (Berufsausübung in Österreich) und sich auch das Kind ständig in Österreich aufgehalten hat. Diesbezüglich lassen sich aus dem Verwaltungsakt keine andersgearteten Schlüsse ziehen. Weiters wird von der Berufungswerberin zugestanden, dass sie sich im Zeitraum ab Juli 2001 öfters in der Schweiz aufgehalten hat, da dort ihr Freund und zukünftiger Ehemann lebte. Aus einer amtlichen schweizer Bestätigung geht hervor, dass weder die Berufungswerberin selbst, noch ihre Tochter bis Ende Oktober 2002 in der Schweiz amtlich gemeldet waren und auch bis zu diesem Zeitpunkt über keine Aufenthaltsgenehmigung für die Schweiz verfügten. Während ihrer (vom Finanzamt zwar nicht festgestellten, aber auf Grund der Umstände des vorliegenden Falles doch zweifelsfrei unterstellbaren) auch längeren Aufenthalte in der Schweiz lebte die Berufungswerberin in der Wohnung ihres Freundes und zukünftigen Ehemannes. Um diese Aufenthalte zu ermöglichen beantragte die Berufungswerberin bei ihrem Dienstgeber eine Karenzierung, welche auch genehmigt wurde und besuchte die Tochter in Österreich keine Schule, sondern wurde nach den Angaben der Berufungswerberin von ihr selbst unterrichtet. Ein Ansuchen um Genehmigung des Hausunterrichts wurde jedoch nicht gestellt. Im November 2002 erfolgte die Heirat und die Berufungswerberin zog mit ihrer Tochter in die Schweiz.

Es ist somit eingangs zu prüfen, ob die Berufungswerberin neben ihrem unstrittigen Wohnsitz in Österreich in der Zeit ab September 2001 (ab diesem Zeitpunkt wurde seitens des Finanzamtes die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag rückgefordert) auch über einen Wohnsitz in der Schweiz verfügte.

Die im § 2 FLAG 1967 angesprochenen Begriffe "Wohnsitz" und "gewöhnlicher Aufenthalt" sind im § 26 BAO näher bestimmt. Die Anwendbarkeit der Bestimmungen der BAO ergibt sich

aus § 2 lit. a Z 1 BAO. Dazu bestimmt § 26 Abs. 1 BAO, dass jemand einen Wohnsitz dort hat, wo er eine Wohnung unter Umständen innehat, die darauf schließen lassen, dass er die Wohnung beibehalten und benutzen wird. Während im Zivilrecht eine Willensäußerung hinsichtlich des Wohnsitzes von Bedeutung ist, sind für das Abgabenrecht ausschließlich objektive Tatsachen maßgebend (VwGH 14.5.1954, 558/53). Die maßgebenden objektiven Tatsachen sind das tatsächliche Innehaben einer Wohnung und äußerlich erkennbare Umstände, aus denen darauf geschlossen werden kann, dass die Wohnung beibehalten und benutzt werden wird. Eine Wohnung innehaben bedeutet, über diese Wohnung tatsächlich oder rechtlich verfügen, sie also jederzeit für den eigenen Wohnbedarf benützen zu können (VwGH 16.9.1992, 90/13/0299). Die bloße Überlassung eines Zimmers zur vorübergehenden Nutzung reicht nicht (VwGH 14.11.1996, 94/16/0033). Dabei kommt es auf eine polizeiliche Anmeldung ebenso wenig an wie auf die Rechtsgründe der Benützung (VwGH 24.1.1996, 95/13/0150) oder die Dauer der Benützung (VwGH 20.6.1990, 89/16/0020).

Im gegenständlichen Fall benützte die Berufungswerberin jedoch keine eigene Wohnung, sondern hielt sich in der Schweiz gemeinsam mit ihrem Freund, einem Schweizer, in dessen Wohnung auf. Ihr stand somit kein eigener (auf Grund rechtlicher oder tatsächlicher Verhältnisse benützter) Wohnraum zur Verfügung. Es ist daher weiter zu prüfen, ob durch die tatsächliche Möglichkeit der Mitbenützung einer (fremden) Wohnung ein sogenannter "abgeleiteter Wohnsitz" begründet wurde. Dazu ist die Literatur geteilter Meinung. Während nach Hofstätter /Reichel, Die Einkommensteuer Kommentar Band III A, Orac-Verlag, § 1 EStG 1988, Tz 7, und Loukota, Internationale Steuerfälle, Tz 36, neben (volljährigen) Kindern und Ehepartnern auch ein Lebensgefährte einen abgeleiteten Wohnsitz haben kann, vertritt Ritz, Bundesabgabenordnung Kommentar, 2. Auflage, § 26 Tz 12, die Ansicht, dass ein abgeleiteter Wohnsitz mangels familienrechtlichem Anspruch bei einem Lebensgefährten nicht bestehen kann. Doralt führt in seinem Einkommensteuer-Gesetz Kommentar, 3. Auflage, § 1 Tz 11, aus, dass das Mitbenützen einer fremden Wohnung generell nur bei ständiger Nutzung einen Wohnsitz begründen kann. Wird ein Steuerpflichtiger auch bei wiederholten Aufenthalten in einer Wohnung nur als Gast aufgenommen, hat er keine Wohnung inne, die einen Wohnsitz begründet; auch regelmäßige und längere Verwandtenbesuche führen daher nicht zu einem Wohnsitz (VwGH 23.5.1990, 89/13/0015).

Die Berufungswerberin hat in ihren Ausführungen ständig darauf hingewiesen, dass sie sich im streitgegenständlichen Zeitraum zwar öfters in der Schweiz aufgehalten, dort aber lediglich die Wohnung ihres Freundes mitbenutzt habe. Von einem ständigen Aufenthalt in der Schweiz könne jedoch keine Rede sein. Vielmehr sei sie auch immer wieder (für seitens des

Finanzamtes nicht näher festgestellte Zeiträume) im Inland gewesen, um u.a. ihr Studium an der Universität abschließen zu können. Die Besuche in der Schweiz hätten – nach ihren Ausführungen - ausschließlich einer Intensivierung und Prüfung der "Tragfähigkeit" einer neu einzugehenden Beziehung sowie (in der letzten Zeit vor Übersiedlung in die Schweiz) der Durchführung von Behördengängen für die Erlangung einer Aufenthaltsgenehmigung gedient. Diese Ausführungen blieben seitens des Finanzamtes unwidersprochen und enthielt hinsichtlich der Innehabung einer Wohnung in der Schweiz weder der Erstbescheid noch die Berufungsvorentscheidung eine entsprechend begründete Aussage. Der Unabhängige Finanzsenat folgt daher in seinen Überlegungen den Ausführungen der Berufungswerberin und kommt zum Schluss, dass sie im streitgegenständlichen Zeitraum, in welchem noch keine Lebensgemeinschaft bestanden hat, da sich die Berufungswerberin selbst noch nicht über das tatsächliche Eingehen einer intensiveren Beziehung im Klaren war, kein ständiger Aufenthalt in der Schweiz bestanden hat und auch über keine Wohnung verfügt werden konnte. Letztlich steht wohl auch fest, dass die von ihrem Freund eingeräumte Möglichkeit der Mitbenützung seiner Wohnung nicht in der Form bestanden hat, dass objektiv gesehen, ein jederzeitiges und uneingeschränktes Recht des Benützens und Beibehaltens bestanden hat, sondern die "Gastfreundlichkeit" nur so lange bestanden hätte, als eine Beziehung aufrecht erhalten wird. Wenn aber in der Literatur das Vorliegen eines abgeleiteten Wohnsitzes bereits bei Lebensgefährten strittig ist, geht die nunmehr entscheidende Behörde davon aus, dass bei einer im Entstehen befindlichen Beziehung allein aus der Tatsache gegenseitiger Besuche und Aufenthalte in der Wohnung eines (möglicherweise) zukünftigen Partners kein abgeleiteter Wohnsitz begründet wird. Dies umso mehr, als für die Schweiz bis Oktober 2002 keine Aufenthaltsgenehmigung und keine polizeiliche Anmeldung vorgelegen ist. Die polizeiliche Anmeldung ist für die Lösung der Frage des Vorliegens eines Wohnsitzes zwar nicht entscheidend, sie kann aber in Zweifelsfällen einen Beurteilungshinweis bieten (VwGH 20.6.1990, 89/16/0020, unter Hinweis auf Weinzierl, Zum steuerlichen Begriff des "Wohnsitzes", FJ 1974, S 52). Gleiches gilt auch für das Vorliegen einer Aufenthaltsgenehmigung.

Verfügte die Berufungswerberin aber im streitgegenständlichen Zeitraum in der Schweiz über keinen Wohnsitz, sondern bestand lediglich ein Wohnsitz in Österreich, hat eine Prüfung des Vorliegens der in § 2 Abs. 8 FLAG 1967 normierten zusätzlichen Voraussetzungen nicht zu erfolgen (VwGH 30.3.1977, 1067/76) und steht ihr daher für diesen Zeitraum die Familienbeihilfe – bei unbestrittenem Vorliegen der Voraussetzungen des § 2 FLAG 1967 – zu, weshalb eine Rückforderung zu Unrecht erfolgte.

Anzumerken bleibt noch, dass selbst wenn das Vorliegen eines (zweiten) Wohnsitzes in der Schweiz und somit die Anwendbarkeit des § 2 Abs. 8 FLAG 1967 zu bejahen wäre, der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Berufungswerberin wohl auch noch als im Inland gelegen anzusehen sein würde. Den Mittelpunkt der Lebensinteressen hat eine Person nämlich in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat. Unter persönlichen Beziehungen sind all jene Beziehungen zu verstehen, die jemanden auf Grund der Geburt, der Staatszugehörigkeit, des Familienverbandes und der Betätigungen religiöser und kultureller Art an ein bestimmtes Land binden. Die Berufungswerberin ist in Österreich geboren und österreichische Staatsbürgerin. Auch hat sie – aus dem Akteninhalt ist nichts anderes zu entnehmen – ständig in Österreich gewohnt und ist – bis zur Karenzierung – in Österreich ihrem Beruf nachgegangen. Trotz Karenzierung bestand nach deren Ablauf die Möglichkeit wiederum ihren Beruf beim gleichen Arbeitgeber auszuüben. In ihrer Heimatgemeinde leben ihre Eltern, Freunde und Bekannten. Demgegenüber lebte in der Schweiz (lediglich) ihr zukünftiger Ehemann, wobei eine Eheschließung nach den Angaben der Berufungswerberin zwar möglicherweise beabsichtigt war, dies jedoch erst nach Prüfung der "Tragfähigkeit" der Beziehung. Auch ergibt sich aus der Tatsache, dass für die Schweiz keine Aufenthaltsgenehmigung vorgelegen ist, der Schluss, dass der Mittelpunkt der Lebensinteressen doch weiterhin in Österreich bestanden hat, was zudem bei einem österreichischen Staatsbürger im Zweifel jedenfalls angenommen werden muss (Wittmann/Papacek, Kommentar zum Familienlastenausgleich, Teil C, Kommentar § 2).

Das Finanzamt hat letztlich den Ausführungen der Berufungswerberin hinsichtlich des Mittelpunktes der Lebensinteressen in der Berufungsvorentscheidung nicht widersprochen, weshalb die Abgabenbehörde zweiter Instanz ihre Überlegungen auf diese Ausführungen stützen kann. Was nunmehr die Aussage des Finanzamtes hinsichtlich des durch § 2 Abs. 8 FLAG 1967 zusätzlich zum Mittelpunkt der Lebensinteressen geforderten ständigen Aufenthaltes des Kindes im Inland betrifft, übersieht das Finanzamt, dass Artikel 25 Abs. 3 des Abkommens zwischen der Republik Österreich und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über Soziale Sicherheit, BGBl. Nr. 4/1969, beinhaltet, dass für Fälle in welchen nach den Rechtsvorschriften eines Vertragsstaates der Anspruch auf Familienbeihilfen davon abhängig ist, dass sich die Kinder ständig in diesem Vertragsstaat aufhalten, Kinder, die sich ständig im anderen Vertragsstaat aufhalten, so berücksichtigt werden, als hielten sie sich ständig im ersten Vertragsstaat auf. Für den gegenständlichen Fall bedeutet dies, dass es – was zudem seitens des Finanzamtes keineswegs festgestellt und von der Berufungswerberin unwidersprochen bestritten wurde – unerheblich ist, ob sich das Kind der Berufungswerberin

ständig in der Schweiz aufgehalten hat. Auch bei einem ständigen Aufenthalt des Kindes in der Schweiz würde nämlich – unterstellt man das Vorliegen eines Wohnsitzes auch in der Schweiz – ein Familienbeihilfenanspruch bestehen, so lange sich der Mittelpunkt der Lebensinteressen der bezugsberechtigten Person im Inland befindet.

Die ausbezahlten Kinderabsetzbeträge teilen das Schicksal der Familienbeihilfe.

Es war daher wie im Spruch ausgeführt zu entscheiden.

Innsbruck, 18. Feber 2004