

Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des KV, geb. GebDat, Adresse, vom 7. Juli 2009 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 1/23 vom 9. Juni 2009 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum September 2007 bis Dezember 2008 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

In einem Anruf wurde dem Finanzamt am 20.8.2007 mitgeteilt, dass der Sohn des KVkurz, in der Folge mit Bw. bezeichnet, ab September 2007 die Schule in Land besuchen werde, der Bw. bereits seit ein paar Monaten in Land (für DG) arbeite, vom österreichischen Dienstgeber entsendet worden sei und die gesamte Familie in Land wohne. Das Finanzamt brachte daher am 31. August 2007 das Formular „Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe“ an den Bw. zur Versendung.

Der Bw. füllte dieses Formular am 30.9.2007 aus, gab als Adresse Adresse_ an, eine inländische Handynummer und als Dienstgeber „GD, Adr_DG“. Als Anschrift der Schule, welche das Kind Schulkind besucht, wurde eine Schule in Stadt, Land, angegeben, von welcher auch eine Schulbesuchsbestätigung vorgelegt wurde. Weiters legte der Bw. eine „Entsende-, Arbeits- und Lohnbestätigung“ der „DG_lang.“, in der Folge kurz GD, vor, gemäß welcher er in dieser Firma als Techniker beschäftigt sei und einen monatlichen Bruttolohn von

343,00 € (netto 280,57 €) beziehe. Sein Dienstort sei vom 1.9.2007 bis 31.8.2009 Stadt, Land_, danach werde der Dienstort wieder Wien sein. Der Bw. legte Aufenthaltstitel für Kd2 und Kd3 sowie den Mutter-Kind-Pass für sein jüngstes Kind vor.

Gemäß einer Abfrage beim Zentralen Melderegister war der Bw. zunächst an der Adresse Vor_Adr, Unterkunftgeber „Genossenschaft“, mit Hauptwohnsitz gemeldet, in der Folge an der Adresse _Adr.

In der Folge wurde dem Finanzamt durch den Dienstgeber ein der Wiener Gebietskrankenkasse übermitteltes Formular betreffend die Entsendung für den Zeitraum vom 1.9.2007 bis 31.8.2009 vorgelegt. In diesem wurde als Name oder Firmenname in L_and die Gesellschaft_ angeführt.

Die Wiener Gebietskrankenkasse teilte dem Finanzamt in der Folge mit, der Bw. sei von der GD für die Zeit von 1.9.2007 bis 31.8.2009 zur Gesellschaft_ nach Adresse_Land, La_nd, entsandt worden. Die Beitragsgrundlagen für die Zeit ab 1.5.2005 bis 31.12.2007 seien gemeldet worden.

Mit Schreiben vom 12.6.2008 teilte der Dienstgeber dem Finanzamt mit, es sei nur ein Zusatz zum Dienstzettel wegen Auslandstätigkeit übergeben worden. Die sonstigen Anweisungen seien mündlich erteilt worden. „Unser Konzern“ habe im Jahr 2007 Verhandlungsgespräche über den Kauf einer Beteiligung an einem Land Unternehmen aufgenommen. Auf Grund seiner Sprachkenntnisse habe man den Bw. ausgewählt, dieses Unternehmen zu begutachten. Die Verhandlungen seien ohne Abschluss eines Kaufvertrages beendet worden. Der derzeitige Auftrag des Bw. sei, „nach alternativen Investitionsmöglichkeiten, vor allem unter den jetzt stattfindenden Privatisierungen, zu finden“. Damit die F_Name Einsicht in die Geschäftsunterlagen bekommen habe, hätten sie damals eine Vertraulichkeitsvereinbarung unterschrieben, weshalb keine Details über die Vertragsverhandlungen mit dem ersten Unternehmen preisgegeben werden könnten. Es werde „eine Aufstellung über einige Ersatzinvestitionen“, welche der Bw. derzeit bearbeite, übermittelt. Es sei noch kein Investitionsobjekt gekauft worden. Die Anlage zu dem Schreiben bestand aus einem Blatt und der Anführung von drei Hotels, „Hotel1“ in Ort und Hotel „Hotel2“ sowie „Hotel Hotel3“, jeweils in Stadt.

Das Finanzamt vermutete ein Scheindienstverhältnis und ersuchte die Wiener Gebietskrankenkasse um Überprüfung.

Am 22.4.2009 verlangte der Bw. in einer Eingabe an das Finanzamt die Ausstellung eines Bescheides und erklärte, er sei von September 2007 bis Jänner 2009 durch seinen Arbeitgeber aufgrund seiner Sprachkenntnis nach Lan_d dienstentsendet worden. Seine Ehefrau und seine Kinder hätten ihn in dieser Zeit begleitet. Er habe dem Finanzamt damals rechtzeitig

mitgeteilt, dass sie einen vorübergehenden Auslandsaufenthalt planten. Die Familienbeihilfe sei sofort eingestellt worden. Nach Ende der Dienstentsendung habe er einen Antrag auf Familienbeihilfe einschließlich des Zeitraumes der Dienstentsendung gestellt. Er sei der Auffassung, dass er deswegen Anspruch auf Familienbeihilfe habe, weil er lediglich einem Dienstauftrag seines Arbeitgebers im Rahmen seines Arbeitsvertrages nachgekommen sei. Nach Rücksprache mit Herrn Dr. X (Leiter der Rechtsabteilung der WGKK) könne die Wiener Gebietskrankenkasse die vom Finanzamt verlangten Unterlagen nicht übermitteln. Bei der Wiener Gebietskrankenkasse seien bereits Herr Y und Herr Dr. X mit der Sachlage des Bw. befasst gewesen. Von Seiten des Finanzamtes sei an der Rechtskonformität seiner Dienstentsendung und der damit in Zusammenhang stehenden Vereinbarung mit seinem Arbeitgeber gezweifelt worden. Der Arbeitgeber habe dem Finanzamt gegenüber bereits eine entsprechende Stellungnahme abgegeben. Der Bw. forderte das Finanzamt zur umgehenden Ausstellung eines rechtlich begründeten Bescheides über den Anspruch auf Familienbeihilfe während des Zeitraumes seiner Dienstentsendung auf Basis der bereits vorliegenden Aktenlage auf und drohte dem Finanzamt damit, einen Antrag auf Devolution beim Unabhängigen Finanzsenat zu stellen, sollte dem Ansuchen nicht entsprochen werden.

Die Wiener Gebietskrankenkasse erklärte zur Anfrage des Finanzamtes nach mehreren Urgenzen Folgendes:

„Laut Aussage des Hr. Mag. DG_N1, Geschäftsführer der 100 % Gesellschafterin Gesellschaft2, ist Hr. V_N nach Land entsandt worden, da er dort als Ortskundiger Projekte in Land suchen soll, die für die Fa. F_Name von Interesse sein könnten. Hr. V_N erhält für seine Leistungen ein monatliches Gehalt von 350,00 € (343,00 € in 2007) plus Sonderzahlungen. Diverse Geschäftsmails wurden eingesehen ebenso die monatlichen Gehaltsabrechnungen, unterschrieben als Barerhalt von Hr. V_N.

Im Zuge der GPLA ergaben sich keine Anhaltspunkte, das Bestehen des Dienstverhältnisses von Herrn K_V_ anzuzweifeln."

Das Finanzamt wies den Antrag auf Familienbeihilfe für den Zeitraum September 2007 bis Dezember 2008 ab und führte begründend nach Darstellung des Verfahrensganges aus, der Bw. sei von 1.4.2005 bis 7.1.2009 als Arbeiter (nach seinen Angaben als Elektrotechniker) bei der GD beschäftigt gewesen. Sein monatlicher Arbeitslohn als Alleinverdiener mit drei minderjährigen Kindern habe sich im Jahr 2006 auf 335,00,00 € (Geringfügigkeitsgrenze 333,16 €), im Jahr 2007 auf 343,00 00 € (Geringfügigkeitsgrenze 341,16 €) sowie im Jahr 2008 auf 350,00 € (Geringfügigkeitsgrenze 349,91 €) belaufen. Mit 7.1.2009 sei das Arbeitsverhältnis zur GD beendet worden. Die Auslandsentsendung nach Land__ sei bis 31.8.2009 vorgesehen gewesen und sei damit gleichzeitig im Jänner 2009 vorzeitig beendet worden. Im

Jänner 2009 sei der Bw. mit seiner Familie nach Österreich zurück gekehrt und beziehe seit Jänner 2009 wiederum Familienbeihilfe für seine Kinder in Österreich. Im Rahmen der Entsendung sei der Bw. beauftragt gewesen, allfällige Investitionsmöglichkeiten betreffend den Ankauf von Unternehmensbeteiligungen für die GD in Lan_d zu identifizieren und zu überprüfen. Insbesondere habe die GD beabsichtigt gehabt, eine konkrete Unternehmensbeteiligung in Land zu erwerben. Der Bw. sei aufgrund seiner Sprachkenntnisse und als Ortskundiger nach Lan_d entsandt worden. Letztendlich habe seine Tätigkeit in Lan_d keine Ergebnisse gebracht. Die Einkünfte während der Entsendung hätten gegenüber seiner Tätigkeit in Österreich keine Änderung erfahren. Nachweise über Geschäftsanbahnungsversuche hätten seitens der GD keine vorgelegt werden können. Der Bw. habe offensichtlich auch keine Tätigkeits- bzw. Reiseaufzeichnungen zu führen gehabt. Die Liste mit drei Hotelnamen samt Adressen könne nicht als Nachweis für die In Lan_d behauptete Tätigkeitsausübung anerkannt werden. Die Identifizierung und Analyse von möglichen Unternehmenskäufen hätte nach Ansicht des Finanzamtes auch im Rahmen kurzfristiger Auslandsdienstreisen abgewickelt werden können. Das Führen von Verhandlungen zum Zwecke des Erwerbes einer Unternehmensbeteiligung werde im Regelfall nicht die ständige Anwesenheit (rund 1,5 Jahre) des Arbeitnehmers im Ausland erfordern. Die Identifizierung sowie Analyse möglicher profitabler Unternehmensbeteiligung in Land hätte nach Ansicht des Finanzamtes auch von Österreich aus erfolgen können und hätten kurzfristige Kontakte (im Rahmen von Auslandsdienstreisen) vor Ort eine Beurteilung des allfälligen Investments ermöglicht. Der Bw. verfüge nicht über die fachliche Qualifikation, um Unternehmensbeteiligungen zu bewerten. Er habe eine technische Ausbildung in Österreich absolviert (HTL, Fachrichtung Elektrotechnik). Das Finanzamt bezweifelte, dass der Bw. ohne entsprechende betriebswirtschaftliche sowie juristische Ausbildung die Profitabilität einer Unternehmensbeteiligung sowie die rechtlichen Voraussetzungen für das Eingehen von Unternehmensbeteiligungen in Lan_d ausreichend überprüfen habe können. Für das Finanzamt ergebe sich bereits aus dem Umstand, dass die GD keine Professionalisten in Lan_d mit der Identifizierung sowie Analyse von profitablen Unternehmensbeteiligungen beauftragt habe (der Bw. lebe seit eigenen Angaben seit 1992 nicht mehr im ländischen Raum), dass tatsächlich kein ernsthaftes Streben nach dem Ankauf von Unternehmensbeteiligungen in Lan_d bestanden habe können. Nach Ansicht des Finanzamtes stehe auch der Aufwand der Verlegung des Familienwohnsitzes und die Begründung eines Wohnsitzes in Land und der Lohn, welchen der Bw. während der Entsendung erhalten habe, in einem extremen Missverhältnis. Für das Finanzamt sei unklar, woraus der Bw. seinen sowie den Lebensunterhalt seiner Familie bestreite. Der Lohn des Bw. sei nach den Feststellungen einer durchgeführten Prüfung lohnabhängiger Abgaben bar an den Bw. ausbezahlt worden.

Da sich der Bw. in Lan_d befunden habe, sei er nach Ansicht des Finanzamtes nicht in der Lage gewesen, seinen Arbeitslohn in Empfang zu nehmen, was nach Ansicht des Finanzamtes für ein vorgetäushtes Arbeitsverhältnis spricht. Das Finanzamt ging daher von einem vorgetäuschten Arbeitsverhältnis zur GD aus, um Sozialleistungen in Österreich in Anspruch nehmen zu können. Aus diesen Gründen bestand nach Ansicht des Finanzamtes im strittigen Zeitraum in Österreich kein Anspruch auf die Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag.

Gegen diesen Bescheid hat der Bw. Berufung erhoben und den Antrag auf Aufhebung des Bescheides und Gewährung der Familienbeihilfe für den strittigen Zeitraum gestellt.

Begründend führte der Bw. aus, er lebe seit dem Jahr 1992 in Österreich. Er sei damals mit seiner Mutter und seinem Bruder aufgrund der Kriegereignisse in Land nach Österreich gekommen. Der Mittelpunkt seiner Lebensinteressen befinde sich seither in Österreich. Bereits kurz nachdem sie nach Österreich gekommen seien, habe der Bw. die HTL für Steuerungs- und Regelungstechnik in Stadt2 mit Erfolg absolviert. Seine Ausbildung sei keineswegs nur einseitig technisch orientiert gewesen sondern habe auch einen intensiven kaufmännischen Anteil auf der Sekundarstufe II beinhaltet, der zur Führung des Titels Ingenieur berechtige. Der Bw. habe von 1999 bis 2004 bei der Firma Firma in Ort2 gearbeitet. Sein Anfangsgehalt sei bei 11.000,00 ATS und bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses bei 1.300,00 € netto gelegen. Das Arbeitsverhältnis bei Firma_kurz sei aufgrund wirtschaftlicher Schwierigkeiten der Firma gekündigt worden, danach sei der Bw. ein Jahr arbeitslos gewesen. Am 1.4.2005 sei der Bw. bei der GD eingetreten. Diese Firma sei auch international tätig. Da der Bw. nicht arbeitslos habe sein wollen, habe er diese geringe Bezahlung akzeptiert. Er habe sich aber erhofft, dass er durch sein Engagement bei der Firma F_Name in Zukunft mehr verdienen werde. Die Dienstentsendung habe er unter genau diesem Aspekt als Vorleistung an seinen Arbeitgeber betrachtet. Aufgrund seiner Sprach- und Ortskenntnisse habe ihn sein Arbeitgeber im September 2007 damit beauftragt, in Land Verhandlungsgespräche „über den Kauf einer Beteiligung an land Unternehmen in Verhandlungen zu treten“. Im Jahr 2007 seien in Land eine ganze Reihe von Hotels aber auch Unternehmen anderer Art, die vorher im öffentlichen Besitz gewesen seien, an private Investoren verkauft worden. Der Bw. sei zu einem Geschäftspartner seines Arbeitgebers entsandt worden, um mit ihm gemeinsam Geschäfte anzubahnen. Sein Arbeitgeber habe eine Chance gesehen, auf diesem Weg in die Hotelwirtschaft in Lan_d einzusteigen. Der Bw. habe in Stadt tatsächlich zwei Hotels gefunden, die für eine Privatisierung in Frage gekommen wären. Ein weiteres Hotel, das zum Verkauf gestanden sei, habe er in Ort (Thermenort) gefunden. Die Gespräche über dieses Projekt hätten von März bis Juni 2008 gedauert. Diese Verhandlungsgespräche habe er mit dem Bürgermeister von der Gemeinde Ort, Herrn HerrA, geführt. Ort sei etwas 45 km von Stadt entfernt, es gebe dort ein Heilwasservorkommen und ein Hotel. Aufgrund der

Konkurrenzsituation am dortigen Markt sei es jedoch weder in Stadt noch in Ort zu einem Abschluss über den Kauf eines Hotels gekommen. Betreffend die Beauftragung mit dem Aufbau eines Fernwärmenetzes und die Anschaffung von Öltanks in der Gemeinde B über die Firma Fa2 und Firma3 (Tochterfirma von F_Name in Land) habe bereits ein abgeschlossener Vertrag bestanden. Dieser Vertrag sei von den Geschäftspartnern nicht eingehalten worden und so sei es zu keinem weiteren Auftrag gekommen. Es habe auch ein Projekt der Firma Fa4 in der Gemeinde B, Stadt , gegeben, eine Abfüllanlage für Chemische Produkte (Prod) zu verkaufen. Dieses Geschäft habe der Bw. seinem Arbeitgeber vermitteln wollen. Da aber die Geschäftspartner kein Visum für Österreich erhalten hätten, hätten sie die Abfüllanlage nicht besichtigen können und so sei es zu keinem Geschäftsabschluss gekommen. Im Zuge des Jahres 2007 habe der Bw. einen anderen Geschäftspartner gefunden. Gesellschaft_ sei eine Handelsfirma, die bereit gewesen sei, Firmenanteile zu verkaufen, zu welcher der Bw. entsendet wurde. Über diese Firma hätten weitere Aufträge zum Kauf von Objekten erfolgen sollen. Diese Firma sei jedoch Ende 2008 in Konkurs gegangen. Weil keine Geschäftserfolge in Form von abgeschlossenen Aufträgen hätten abgeschlossen werden können und die Situation durch die Wirtschaftskrise verschärft worden sei, habe sein Arbeitgeber den Bw. von der Dienstentsendung vorzeitig im Jänner 2009 zurück gerufen. Die Situation in Lan_d sei mit den hierortigen geordneten Usancen nicht vergleichbar. Es sei daher notwendig gewesen, vor Ort zu agieren und erreichbar zu sein. Sie seien alle drei Monate nach Österreich gekommen und habe der Bw. seinen Arbeitgeber immer am aktuellen Stand gehalten. Der Bw. habe seine Familie nach Lan_d mitgenommen und lediglich einen Verdienst knapp über der Geringfügigkeitsgrenze erzielt. Da er jedoch nur acht Stunden pro Woche für die Firma F_Name tätig gewesen sei, entspreche die Entlohnung jedenfalls dem anzuwendenden Kollektivvertrag. Der Durchschnittslohn in Lan_d betrage derzeit 250,00 €. Es sei daher möglich gewesen, mit dem erzielten Verdienst eine Zeit lang sehr bescheiden in Lan_d auszukommen. Die Lebenshaltungskosten stehen in einem Verhältnis mit den angegebenen Durchschnittslöhnen. Die Familie und der Bw. hätten während der Zeit der Dienstentsendung im Haus seines Vaters, das er nach dem Krieg wieder aufgebaut habe, in Land__ in der Stadt Stadt, B, gelebt. Es seien daher keine Mietkosten angefallen. Damit sei es möglich gewesen, von diesem geringen Entgelt zu leben. Der schulpflichtige Sohn des Bw. habe vorübergehend in Land die Volksschule besucht. Seit sie nach Wien zurückgekehrt seien, gehe er auch wieder hier in die Schule. Das Arbeitsverhältnis des Bw. sei nicht unterbrochen worden, sondern seien die Inhalte des Arbeitsvertrages vorübergehend hinsichtlich des Arbeitsortes und der Arbeitszeit verändert worden. Der Bw. verwahrte sich dagegen, dass ein Scheindienstverhältnis vorgelegen sei. Er werde sich von seinen damaligen Geschäftspartnern entsprechende Bestätigungen geben lassen und diese Bestätigungen der Behörde nachreichen. Der Bw. und

seine Familie des Bw. würden in Österreich über eine „Niederlassungsbewilligung unbeschränkt“ verfügen. Es sei nie ihre Absicht gewesen, länger als für die Dauer der Dienstentsendung in Lan_d zu leben. Der Bw., seine Frau und seine Kinder lebten mit den Eltern des Bw. in einer gemeinsamen Wohnung. Seine Frau sei nicht erwerbstätig, weil sie für die (kleinen) Kinder und für die Eltern da sei. Diese gemeinsame Wohnsituation habe jedoch schon bestanden, bevor sein Arbeitgeber den Bw. nach Lan_d dienstentsandt habe. Aufgrund der Tatsache, dass der Bw. mit seinen Eltern einen gemeinsamen Wohnsitz habe, könne keine Missbrauchsabsicht abgeleitet werden.

Der Bw. legte eine Bestätigung des Dienstgebers vor. Dieser ist zu entnehmen, dass „unser Konzern“ im Jahr 2007 Verhandlungsgespräche über den Kauf einer Beteiligung an einem land Unternehmen aufgenommen habe. Auf Grund seiner Sprachkenntnisse hätten sie den Bw. ausgewählt, dieses Unternehmen zu begutachten. In weiterer Folge seien Verträge bezüglich der Erweiterung des Fernwärmenetzes mit der Firma Fa2_ in Stadt abgeschlossen worden. Der Bw. habe dieses Vorhaben begleitet, übersetzt und sei an der Suche nach einem geeigneten Partner beteiligt gewesen und letztendlich sei er bei der geplanten Anbahnung weiterer Verträge „unser Mann“ in Land gewesen. In der Hoffnung, das Geschäftsfeld ausbauen zu können, sei in Land eine Tochterfirma gegründet worden. Aufgrund der schwierigen wirtschaftlichen Verhältnisse sei es nicht möglich gewesen, weitere Aufträge zu erhalten. Die Situation habe es nicht gestattet, das Gehalt des Bw. zu erhöhen und aufgrund einer Vereinbarung habe der Bw. weitere Möglichkeiten gesucht, in einem neuen Geschäftsfeld seinen Lebensunterhalt bestreiten zu können. Im Frühjahr 2009 sei er aus Land zurück gekehrt.

Der Bw. legte in der Folge einen Bescheid betreffend eine land_ Gesellschaft in beglaubigter Übersetzung vor und ersuchte das Finanzamt, ihn zu kontaktieren, sollten noch weitere Unterlagen benötigt werden.

Der Übersetzung ist zu entnehmen, dass „FName DG_N “ am 22.4.2005 als Gesellschafter der Firma3_lang (GmbH für Bauarbeiten, Engineering, Handel und Dienstleistungen Stadt), in der Folge kurz Firma3, eingetragen wurde.

Das Finanzamt ließ sich die Leistungsblätter der Kinder Schul_Kind und Kd_2 von der Wiener Gebietskrankenkasse übermitteln. Diesen ist zu entnehmen, dass für Schul_Kind für die Jahre 2006 bis 2008 keine Daten vorhanden waren. Für Kd_2 waren Leistungen erfasst.

Bei seiner Einvernahme vor dem Unabhängigen Finanzsenat erklärte der Bw. er sei im Jahr 2004 und 2005 arbeitslos gewesen. Ein vom AMS vorgeschlagener Kurs habe weder seiner Qualifikation noch seinen Kenntnissen entsprochen, weshalb er das AMS um einen anderen bzw. entsprechenden Kurs ersucht habe. Man habe ihm jedoch erklärt, wenn er diesen Kurs

nicht besuche, werde er vom Bezug abgemeldet werden.

Dann habe der Bw. DG_N_1, angerufen, den er privat kenne. Er habe mit ihm auch schon über Geschäfte in Land gesprochen und sei mit ihm schon 2004 in Land gewesen, wo sie sich einiges angesehen und über ein Geschäft in Land gesprochen hätten. Dann habe der Bw. ihn angerufen und gefragt, ob es soweit sei mit dem Geschäft in Land. Als dies verneint wurde, habe der Bw. ihn gefragt, ob er ihm irgendeine Beschäftigung geben könne, worauf ihm erklärt worden sei, er könne bei ihm im Haus im technischen Bereich ein bisschen helfen und man werde sehen, wie sich die Lage in Land entwickle. Es habe sich nur um acht Stunden pro Woche gehandelt und habe es keine fixen Arbeitszeiten gegeben. Wenn er etwas gebraucht habe, habe er den Bw. angerufen, der Kleinigkeiten im Haus erledigt habe. Er habe ein Haus in der Straße, mit dem Verein und dem Kindergarten, und da habe der Bw. immer etwas erledigt. In einer Woche habe er vielleicht zwanzig Stunden gearbeitet, dann weniger, dann sei er mit ihm wohin gefahren, dann seien sie nach Land gefahren und hätten angefangen, in Land das Geschäft aufzubauen. Das sei die Hoffnung des Bw. gewesen. Es hätte für ihn mehr Geld und mehr Engagement bedeutet.

Zuerst hätten sie in Land die Firma, Firma3, gegründet, das sei im Jahr 2005 gewesen. Ab der Firmengründung habe der Bw. angefangen, hin und her zu pendeln, manchmal mit seiner Familie und manchmal mit Herrn DG_N. Wenn ein längerer Aufenthalt in Land nötig gewesen sei, habe der Bw. seine Familie mitgenommen, wenn es sich nur um einen Tag gehandelt habe, sei er mit Herrn DG_N unterwegs gewesen. Es habe sich lediglich um kurzfristige Aufenthalte in Land gehandelt, maximal 10 Tage bis zwei Wochen. Wie lange diese Aufenthalte insgesamt gedauert haben, wisse der Bw. nicht. Seine gesamte nähere Familie, Eltern, Geschwister und die Eltern seiner Frau befänden sich in Österreich. Auch während der Zeit seiner Entsendung sei der Bw. gependelt.

Er habe sich entscheiden müssen, wo sein Sohn zur Schule gehe. Er habe sich mit seiner Frau dafür entschieden, dass sein Sohn in Land in die Schule gehen solle, damit das Kind die Land-Sprache und Kultur bzw. Mentalität auch kennen lerne. Der Bw. habe auch in dieser Zeit die Angelegenheiten im Haus in Österreich mit erledigt. Herr DG_N sei sein Auftraggeber gewesen, bürokratische Angelegenheiten habe der Bw. mit Mag. DGN2 erledigt. Bei diesem handle es sich um den Bruder von DG_N. In B befinde sich das Haus seines Vaters. Dort sei auch der andere Geschäftspartner gefunden worden. Fa_2, Firma FA4_kurz und die Ges seien in B gewesen. Das sei ein Bezirk von Stadt. Wenn der Bw. mit DG_N unterwegs gewesen sei, sei er sein Dolmetscher gewesen und habe ihm bei seinen Erledigungen geholfen. Es sei geplant gewesen, dass der Bw. ein Koordinator werden sollte. Mit Fa_2 sei ein Vertrag unterzeichnet worden über den Ausbau des Fernwärmenetzes und Öltanks. Mit der Firma Firma3, das sei eine gemeinsame Firma von DG_N und C, sei begonnen worden, für die Fa_2

zu arbeiten. Der Vertrag sei bereits unterzeichnet gewesen. Die Arbeiter von C hätten Ausgrabungen und Verlegungen gemacht und der Bw. sei als Aufsicht, als Koordinator zwischen Fa_2 , DG_N und C beschäftigt gewesen. Er sei mit mehreren Firmen damals in Kontakt gewesen. Firma Firma5, Inhaber NN. Außer Firma5 habe es noch die Firma Firma6 aus Ort3 und ein Institut in Ort4 gegeben. Es sei ein Metallinstitut gewesen. Dieses habe die Schweißnähte untersucht, welche radiologisch gefilmt würden. Der Kontakt habe mit Herrn DE bestanden. Dies seien die Partner gewesen, die den Vertrag zwischen Firma3 und Fa_2 betroffen haben. Sie hätten gehofft, dass das weiter gehe, weil das Schweißen sei nicht viel gewesen, das Hauptgeschäft wären die Öltanks gewesen. Die Firma Fa_2 sei in der Privatisierung gewesen und sei diese nicht anerkannt worden, wodurch der Vertrag mit dieser Firma hinfällig gewesen sei. Das sei im November 2008 gewesen. Das Ganze sei noch immer beim Gericht. Firma FA4_kurz sei eine Produkt-Firma und alles, was dazu gehöre, ungefähr wie Name, aber viel kleiner. Der Bw. sei in Kontakt mit Herrn FG und seinem Sohn gewesen. D_G_N_1 habe eine Abfüllanlage in Ort5. Die Firma heiße H. Herr DG_N habe seine Abfüllanlage verkaufen wollen. Die Firma FA4_kurz habe die Abfüllung händisch gemacht. Die Maschinen seien ein Provisorium gewesen. Die Firma FA4_kurz habe Interesse an den Maschinen gehabt, aber kein Geld. Vereinbart sei daher gewesen, dass Produkte von der Firma FA4_kurz übernommen werden und der Bw. hätte diese Produkte dann in Österreich verkauft. Alles sei vorbereitet gewesen und der Bw. habe daran geglaubt. Die Geschäftspartner hätten jedoch kein Visum bekommen. Der Bw. habe die Maschine fotografiert und gezeigt, aber die Geschäftspartner hätten die Maschine sehen wollen und deshalb sei das Geschäft nicht zustande gekommen. Die Ges sei eine Handelsfirma mit drei Filialen in Land, eine in B, eine in Ort und eine in Ort6. Die Ges sei gegründet worden von vier Deutschen und einem Land_er, nämlich IJ. Diesen Herrn habe der Bw. in B kennen gelernt, weil er von dort stamme und dort einige Schulfreunde habe. Die Deutschen seien ausgetreten aus der Firma. Der Bw. sei mit K in Kontakt gewesen und habe dieser angeboten, Geschäfte mit Computern und anderen Objekten zu machen. Durch den Herrn K, der eine Filiale in Ort habe und den Bürgermeister kenne, hätte der Bw. erfahren, dass das staatliche Hotel Z zur Privatisierung vorgesehen gewesen sei. Das Hotel habe Heilwasser und sei Ort ca. 45 km von Stadt entfernt. Es sei ein grünes, schönes Erholungsgebiet, aber wirtschaftlich schlecht aufgestellt, weil alle nach Stadt ausziehen. Die Gespräche hätten zwischen HerrA, dem Bürgermeister von Ort, Herrn DG_N und dem Bw. stattgefunden. Für das Computergeschäft sei ein Partner in China gefunden worden. Es sei geplant gewesen, in Land MP3, MP4, USB-Sticks und andere Kleinigkeiten zu produzieren und in Österreich, aber auch europaweit zu verkaufen. Man habe sich im September 2008 bei der Messe in Stadt3 getroffen und alles, was vorbereitet worden war, sei von den Chinesen nicht eingehalten worden. Ein gewisser

Herr „Spitzname“, aus Land2, sei nicht verlässlich gewesen und so sei es zu keinem Geschäft gekommen. Herr DG_N habe mit ihm Englisch gesprochen und habe der Bw. eine Kontaktperson, einen Land_er, gehabt, der in Land2 mit einer land Firma Geschäfte gemacht habe. Diese Kontaktperson habe der Bw. über die Firma K kennen gelernt. Er sei zunächst in der Computerbranche gewesen, habe sich dann aber dafür interessiert, von Land2 aus Geschäfte mit land Firmen zu machen. Geblieben seien die Hotels Hotel2 und Hotel_2. Diese hätten privatisiert werden sollen. Das Hotel Hotel2 sei von einer Firma gekauft worden, die ein großes Einkaufszentrum baue und das Hotel restauriere. Es werde in Kürze fertig sein. Das Hotel Hotel_2 sei vom Hotel Hotel4 gekauft worden. Der Inhaber sei ein Land_er. Der Bw. habe gehofft, entweder hier oder in Land eine Arbeit zu finden. Wäre das Geschäft mit FA4_kurz etwas geworden, hätte der Bw. in Österreich deren Produkte verkauft, wäre das Geschäft mit den Hotels etwas geworden, hätte der Bw. diese betreut, das seien mehrere Versuche gewesen. Es sei nicht möglich gewesen, etwas zu dokumentieren, es seien nur Versuche gewesen und hätte der Bw. deshalb die Unterlagen nicht bringen können, die das Finanzamt von ihm verlangt habe. Kontakte gesucht und gefunden habe der Bw. hauptsächlich selbst. Als der Bw. nach Österreich zurück gekehrt sei, hätten sie noch über ein Studentenheim nachgedacht und gebe es dazu auch Mails. Der Bw. habe ein Haus gefunden, wo man ein Studentenheim betreiben könnte. Es gebe auch für die Zeit davor E-Mails. Diese seien der Krankenkasse vorgelegt worden und könne der Bw. sie auch jetzt noch zeigen. Herr FB habe gedacht, es handle sich um ein Scheindienstverhältnis. Er habe zuerst gesagt, wenn das mit der Krankenkasse geklärt ist, gebe es von ihm kein Problem. Aber dann hat die Krankenkasse gesagt, es passt und er habe es trotzdem nicht akzeptieren wollen. Dr. X von der Krankenkasse habe Herrn FB angerufen und versucht, ihn zu überzeugen, aber auch das habe nicht funktioniert.

Die Wohnung in der Gasse sei nicht groß, sie umfasse laut Mietvertrag zwei Zimmer, Küche, Vorraum, Abstellraum, Bad, WC und Loggia und habe ein Ausmaß von 61,91 m² Wohnnutzfläche samt Zubehör. Dadurch, dass der Bw. gependelt sei, sei das gegangen. Manchmal seien sie auch bei der Schwiegermutter gewesen, die alleine lebe und daher Platz habe. Der Bw. habe auch eine Gemeindewohnung beantragt und legte einen ab 11.5.2009 gültigen Vormerkschein vor. Im Wohnzimmer habe es Ausziehcouchs gegeben. Es sei platzmäßig nicht einfach gewesen, aber sie hätten sich alle sehr gut vertragen. Seine Eltern freuten sich über ihre Enkelkinder und sie seien glücklich. Er denke, dass sei das Wichtigste. Das Haus in Land sei im Krieg ganz zerstört worden und habe sein Vater es renoviert. Es sei privat renoviert worden. Das Geld für die Renovierung stamme von seinen Eltern. Es sei ein Lebensprojekt seines Vaters und alles was er habe, stecke er ins Haus. In der Pension wolle er, wenn er nach Land gehe, etwas haben. Wenn den Eltern das Geld knapp geworden sei,

hätten der Bw. und sein Bruder etwas dazu gezahlt. Viele, die hier lebten, hätten hier wenig und in der Heimat viel. Als der Bw. entsendet worden sei, habe sich sein Vater gefreut, dass der Bw. das Haus nutzen könne, dass er es nicht umsonst gebaut habe. Das Haus umfasse Erdgeschoss, ersten Stock und Dachgeschoss und habe eine Wohnfläche von rund 170 m². Es sei auch ein Garten dabei. Sie hätten das Haus in den Ferien genutzt und um dort ihre Freizeit zu verbringen. Die ganze Familie fahre nach Land, wenn sie Gelegenheit habe. Es handle sich um das Vermögen seines Vaters. Es sei traurig, dass sie unten so viel und hier so wenig hätten. Als der Bw. in Land war, sei er alle zwei drei Monate hier gewesen und irgendwann habe sein Vater das Geld von Mag. DGN2 bekommen. Der Bw. sei gependelt und alle zwei bis drei Monate in Österreich gewesen. Wenn er da gewesen sei, habe er das Geld selbst geholt und wenn das nicht gegangen sei, habe es sein Vater geholt. Die Schwiegereltern des Bruders des Bw. hätten das Geld oft gebracht. Es handle sich um eine Familie, wo jeder jedem helfe. Der Bw. habe früher in der Gasse2 gewohnt und sei seit 1992 ordentlich in Österreich angemeldet. Zuerst im Flüchtlingsheim LM, dann in der Gasse3, in der Gasse2, in der Gasse4 und in der Gasse5. Der Bw. habe seine Frau wegen der Bürokratie in Land geheiratet. Einen Antrag auf Verleihung der österreichischen Staatsbürgerschaft habe er deshalb nicht gestellt, weil er kein Jahr mit dem Wehrdienst verlieren habe wollen, weil er Familie gehabt habe. Da er gehört habe, dass man mit 35 kein Bundesheer mehr machen müsse, möchte er vielleicht einen Antrag stellen. Er sei in Land3 geboren und nur von 1981 bis 1992 in Land gewesen und habe dort die Grundschule besucht. Seine Kinder sprechen lan und deutsch. Schul_ sei nicht in den Kindergarten gegangen, weil die Familie gependelt sei, Kd2 gehe in den Kindergarten und Kd3 sei vorangemeldet. Das erste Schuljahr in Land sei sehr locker. Es habe keine Noten gegeben. Der Sohn des Bw. habe alles spielerisch und locker genommen. Er sei ab Jänner hier in der Schule gewesen, also im Zeitpunkt der Einvernahme etwas über ein Jahr. Er habe Mühe, die Schule ernst zu nehmen, weil die Schule in Land nicht so ernst gewesen sei, aber die Frau des Bw. lerne mit ihm jeden Tag und es gehe ihm gut in der Schule.

Von der Firma F_Name gebe es noch die Firma Firma3 in Land. Das Gericht habe über die Privatisierung noch nicht entschieden. Die Verhandlung betreffend Fa_2 werde stattfinden, aber die Firma könne momentan nicht weiter machen, obwohl es einen gültigen Vertrag gebe. Der Bw. arbeite momentan bei der Firma B_F durch eine Leihfirma.

Das Finanzamt hat zum Ergebnis des fortgesetzten Ermittlungsverfahrens Stellung genommen.

In der Stellungnahme vertrat das Finanzamt die Auffassung, dass die Verlegung des Wohnsitzes des Bw. nicht erst im September 2007, sondern bereits früher, mindestens ab Dezember 2005 bzw. Jänner 2006 erfolgt sei. Am 19.12.2005 sei die Abmeldung des Bw. und

seiner Familie an der Adresse Vor_Adr, erfolgt. Bei der gegenständlichen Wohnung handle es sich um eine Genossenschaftswohnung, die von ihm weiter gegeben worden sei.

In weiterer Folge habe er sich bei seinen Eltern an der Adresse _Adr als Hauptwohnsitz angemeldet. Die Wohnung an dieser Adresse verfüge lediglich über 61,91 m² (Zweizimmerwohnung). In dieser Wohnung hätten sich ab Dezember 2005 bis zur Entsendung im September 2007 mindestens sieben Personen nahezu ständig aufgehalten.

Weiters ergebe sich aus der Leistungsaufstellung der WGKK, dass für das Kind Schulkind bereits ab inklusive 2006 keinerlei Leistungen aus der österreichischen Krankenversicherung in Anspruch genommen wurden. Für Kd2NN seien nach Ansicht des Finanzamtes lediglich die gesetzlich vorgesehenen Untersuchungen im Zusammenhang mit der Gewährung des Kinderbetreuungsgeldes durchgeführt worden. Für das Finanzamt ergebe sich bereits aus diesen Tatsachen, dass der Bw. Österreich schon früher mit seiner Familie verlassen habe.

Der Bw. sei bei der Firma F_Name nur geringfügig beschäftigt gewesen und habe nach seinem Vorbringen seinen Familienwohnsitz von Österreich nach Land verlegt (Umzugsvergütungen seien nicht bezahlt worden). DG_N_1 nehme bei der Firma F_Name laut Firmenbuch keinerlei Funktionen wahr. Der Bw. gebe selbst an, für die land_ Gesellschaft Firma3Ges. tätig geworden zu sein, an welcher Herr DG_N_1 ab 22.4.2005 beteiligt gewesen sei. Diesfalls wäre nicht vom Vorliegen einer Entsendung sondern von einem lokalen Dienstverhältnis mit der land Firma3Ges. auszugehen. Zur Gesellschaft_ würden lediglich Angaben hinsichtlich der ehemaligen Eigentumsverhältnisse gemacht. Welche Tätigkeit der Bw. während der Entsendung zur Gesellschaft_ tatsächlich für die Firma F_Name ausgeübt habe, lasse er in der Niederschrift offen. Die von ihm sonst angeführten Tätigkeiten (punktuelles Tätigwerden) hätten nach Ansicht des Finanzamtes lediglich kurzfristige Aufenthalte (im Rahmen von Dienstreisen) in Land erfordert, nicht jedoch die Verlegung des Familienwohnsitzes nach Land notwendig gemacht, diesbezüglich erscheine der betriebene Aufwand unverhältnismäßig.

Nach Ansicht des Finanzamtes liege daher keine Entsendung vor, sondern habe der Bw. bereits vor der behaupteten Entsendung seinen Familienwohnsitz nach Land verlegt. Die Konstruierung einer Entsendung diene nach Ansicht des Finanzamtes nur dazu, weiterhin in Österreich Anspruch auf Familienbeihilfe sowie weitere Sozialleistungen zu haben. Die Angaben in der Niederschrift seien, so wie auch die bisherigen Angaben im Verfahren widersprüchlich. Der Bw. sei demzufolge bereits seit dem Jahr 2005 zwischen Österreich und Land gependelt (demnach hätte er aber vorrangig für die Firma3Ges. tätig geworden sein müssen) bzw. sei er auch während seiner Entsendung gependelt. In der Berufung gebe der Bw. noch an, dass ihn seine Familie während der Entsendung nach Land begleitet habe. Ursprünglich sei bekannt gegeben worden, dass die Entsendung zur Gesellschaft_ erfolgt sei; laut

Berufung sei der Bw. mit diesem Geschäftspartner, der bereits im Jahr 2008 in Konkurs gegangen sei, im Jahr 2007 in Kontakt getreten und habe sich das Tätigwerden des Bw. gegenüber der Gesellschaft_ auf den Erwerb von Geschäftsanteilen an dieser Gesellschaft bezogen. Im weiteren Verfahrensverlauf sei dem Finanzamt mitgeteilt worden, dass sich das Tätigwerden auf drei Hotels bezogen hätte. Der Bw. verfüge über eine HTL-Ausbildung (Elektrotechnik). Nach Ansicht des Finanzamtes wäre es ihm aufgrund seiner fachlichen Qualifikation nicht möglich gewesen, Unternehmensbeteiligungen ernsthaft zu bewerten sowie zu sondieren. Nunmehr werde vorgebracht, dass der Bw. bereits ab 2005 für die land_Firma3Ges. tätig geworden und im Übrigen fallweise als Dolmetscher für Herrn DG_N_1 aufgetreten sei. Im Verfahren würden ständig unterschiedliche Angaben hinsichtlich des Zwecks der behaupteten Entsendung gemacht.

Der Lohn sei dem Bw. von der Firma F_Name monatlich bar ausbezahlt worden. Alleine die Reisekosten nach Österreich hätten dabei einen erheblichen Teil des Lohnes verbraucht. Diese Angabe erscheine in Zeiten des bargeldlosen Zahlungsverkehrs unglaublich. Im Verfahren seien bisher keine Unterlagen vorgelegt worden, die das Tätigwerden des Bw. für die Firma F_Name in Land belegt hätten (Schriftverkehr, Zeitaufzeichnungen, Protokolle, Dienstreiseabrechnungen etc.). Die Firma F_Name berufe sich darauf, dass die Geschäftsunterlagen aus Gründen der Geheimhaltung nicht offen gelegt werden könnten. Ebenso habe der Bw. angegeben, über Geschäftsunterlagen zu verfügen, dürfte diese aber ebenfalls nicht bei seiner Einvernahme vorgelegt haben. Darüber hinaus habe die Prüferin der WGKK keinerlei Unterlagen hinsichtlich des behaupteten Beschäftigungsverhältnisses zur Firma F_Name zu ihren Prüfungsunterlagen genommen. Sie habe sich nicht daran erinnert, welche Unterlagen sie konkret eingesehen habe. Die Angaben im Prüfbericht widersprächen sowohl dem Vorbringen der Firma F_Name, die die Einsichtnahme in entsprechende Unterlagen über die Maßnahmen in Land aus Gründen der Geheimhaltung generell verwehrt habe, als auch den Angaben des Bw. selbst, der vorbringe, dass der bar ausgezahlte Lohn teilweise von seinem Vater übernommen worden sei (laut Feststellungen im Prüfbericht habe der Bw. jeweils selbst den Barerhalt quittiert). Das Finanzamt komme daher aufgrund der dargelegten Feststellungen sowie des bestehenden freundschaftlichen Verhältnisses zwischen dem Bw. und Herrn DG_N_1 zu dem Ergebnis, dass kein ernsthaftes Dienstverhältnis zwischen der Firma F_Name und dem Bw. bestanden habe und daher auch von einer nicht anzuerkennenden Entsendung nach Land auszugehen sei. Der Bw. habe selbst angegeben, dass ihn seine Familie nach Land während der behaupteten Entsendung begleitet habe. Es sei davon auszugehen, dass sich die Familie ständig in Land aufgehalten habe, weil das Kind Schulkind dort die Schule besucht habe. Nach Ansicht des Finanzamtes habe der Bw. seinen Familienwohnsitz im Inland im Dezember 2005 aufgegeben. Er habe das Finanzamt nicht vom

geplanten Wegzug aus Österreich verständigt, sondern erst als die Schulbesuchsbestätigung für Schulkind abverlangt worden sei, mitgeteilt, dass er ab September 2007 nach Land entsandt gewesen sei. In diesem Monat sei das Kind Schul_ schulpflichtig geworden. Die Mitteilung der Entsendung an die WGKK betreffend Bescheinigung der anzuwendenden Rechtsvorschriften sei erst Mitte Dezember 2007 erfolgt. Unglaublich erscheine auch, dass der Bw. in jenen Stadtteil (B/Stadt) entsandt worden sei, in welchem sich das Haus seines Vaters befinde. Dem Finanzamt sei nicht verständlich, weshalb im Beihilfenverfahren keinerlei Unterlagen, die das Tätigwerden des Bw. in Land belegt hätten, vorgelegt werden hätten können, obwohl dieser nach eigenen Angaben gemäß der Niederschrift über entsprechende Unterlagen verfüge. Die Angaben des Bw. in der vorgelegten Niederschrift sprächen dafür, dass kein durchgehendes Dienstverhältnis bestanden habe, sondern eine fallweise Beschäftigung vorgelegen sei. Der Bw. gebe an, er habe sich an keine fixen Arbeitszeiten halten müssen, sondern sei vielmehr nach Bedarf eingesetzt worden (somit fallweise). Weiters sei es nach Ansicht des Finanzamtes auch erheblich, für welche der in der Niederschrift angeführten Gesellschaften der Familie F_Name der Bw. tätig geworden sei, weil jede juristische Person jeweils Arbeitgeber sein könne. Im konkreten Fall sei nach Ansicht des Finanzamtes nicht geklärt, für welche Gesellschaft der Bw. in Land tatsächlich tätig geworden sei (für die Firma F_Name oder vorrangig für die land_ Firma3Ges.). Im Falle einer Tätigkeit für die Firma3Ges. wäre von keiner Entsendung, sondern von einem Dienstverhältnis mit einer land Gesellschaft auszugehen. Herr VK verfüge nach eigenen Angaben über Unterlagen, welche dem Finanzamt jedoch nicht vorgelegt worden seien. Laut Prüferin der WGKK habe diese dem Finanzamt hingegen mündlich mitgeteilt, sie habe lediglich E-Mails am Computer (!) der Firma F_Name eingesehen.

Über die Berufung wurde erwogen:

Im Verfahren vor dem Finanzamt war hauptsächlich strittig, ob der Bw. aufgrund einer Entsendung durch die GD in Land tätig geworden ist, oder ob ein Scheindienstverhältnis vorgelegen ist mit dem Ziel, Sozialleistungen zu erhalten. Die Sachverhaltsermittlung wurde dadurch erschwert, dass dem Finanzamt zunächst gar keine Unterlagen betreffend das gegenständliche Dienstverhältnis vorgelegt wurden und im Zuge des Berufungsverfahrens lediglich eine beglaubigte Übersetzung vorgelegt wurde, wonach DG_N „FName“ ab April 2005 als Gesellschafter der Firma3 in das Firmenbuch eingetragen wurde, wohingegen die Entsendung laut Meldung an die Wiener Gebietskrankenkasse zur Gesellschaft_ . erfolgt sei. Selbst wenn man jedoch in Übereinstimmung mit dem Vorbringen des Bw. und der GD eine Entsendung des Bw. nach Land aufgrund eines tatsächlichen Arbeitsvertrages annimmt, ist

damit die Frage, ob ein Anspruch auf Familienbeihilfe gebührt, noch nicht geklärt. Das ursprüngliche Abkommen über soziale Sicherheit mit Land_ wurde zum 30. September 1996 gekündigt. Die Kündigung erfolgte zur Sicherstellung des Entfalls der Zahlung von österreichischen Familienbeihilfen für Kinder in Land_. Das neue Abkommen zwischen der Republik Österreich und Land_ über soziale Sicherheit, XXX, enthält keine Regelungen mehr betreffend den Bereich der Familienbeihilfen. Das Abkommen bezieht sich gemäß Art. 2 Abs. 1 Z. 1 auf die österreichischen Vorschriften über die Krankenversicherung, die Unfallversicherung, die Pensionsversicherung mit Ausnahme der Sondersicherung für das Notariat und das Arbeitslosengeld. Ein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht hingegen nicht aufgrund des Abkommens. Ein solcher Anspruch könnte daher lediglich aus dem innerstaatlichen Recht abgeleitet werden.

Für den Berufungszeitraum gelten folgende Regelungen:

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

Gemäß § 2 Abs. 8 FLAG 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 § 26 Abs. 1 BAO hat jemand einen Wohnsitz im Sinn der Abgabenvorschriften dort, wo er eine Wohnung innehat unter Umständen, die darauf schließen lassen, dass er die Wohnung beibehalten und benutzen wird.

Gemäß § 26 Abs. 2 BAO hat jemand den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinn 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. 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. Das Bundesministerium für Finanzen ist ermächtigt, von der Anwendung dieser Bestimmung 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.

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

Das Bestehen eines Wohnsitzes ist an die objektive Voraussetzung der Innehabung einer Wohnung geknüpft. Innehaben bedeutet, über eine Wohnung tatsächlich oder rechtlich verfügen zu können, sie also jederzeit für den eigenen Wohnbedarf benützen zu können. Als Rechtsgründe kommen vor allem Eigentum, aber auch Miete in Betracht. Maßgeblich ist die tatsächliche Gestaltung der Dinge. Um einen Wohnsitz im Sinne der Abgabenvorschriften zu begründen, bedarf es der tatsächlichen Verfügungsgewalt über bestimmte Räumlichkeiten, die nach der Verkehrsauffassung zum Wohnen geeignet sind, also ohne wesentliche Änderung jederzeit zum Wohnen benutzt werden können und ihrem Inhaber nach Größe und Ausstattung ein den persönlichen Verhältnissen entsprechendes Heim bieten (vgl. VwGH vom 9.11.2004, 99/15/0008 sowie vom 23.2.2010, 2007/15/0292).

Man kann unter Umständen auch in den Räumen einer Wohnung, die ein anderer gemietet hat, eine Wohnung innehaben und damit einen Wohnsitz begründen, wie dies zB bei großjährigen Kindern ohne eigenen Hausstand in der elterlichen Wohnung der Fall ist. Leben großjährige Kinder, die keine eigene Wohnung haben, bei ihren Eltern, so spricht man von einem abgeleiteten Wohnsitz (vgl. VwGH vom 11.12.1964, 1023/63 sowie vom 11.12.1978, 2019/78). Durch die bloße Überlassung eines Zimmers zur vorübergehenden Nutzung wird nicht eine rechtliche und tatsächliche Möglichkeit, über eine Wohnung zu verfügen, begründet (vgl. VwGH vom 14.11.1996, 94/16/0033).

Der Bw. hat im Jahr 2004 eine verhältnismäßig gut bezahlte Arbeit verloren und dann ein Jahr lang Leistungen beim AMS bezogen, zuerst Arbeitslosengeld und dann Notstandshilfe. Bereits im Jahr 2004 war der Bw. gemeinsam mit DG_N_1 in Land und hat sich mit diesem umgesehen und über ein Geschäft in Land gesprochen. Nachdem der Bw. eine vom AMS angebotene Schulung ablehnte, nahm er ein Angebot des DG_N_1 an, für die GD in geringem Ausmaß tätig zu werden, wobei das bezogene Entgelt jeweils knapp über der Geringfügigkeitsgrenze gelegen war. Es handelte sich um die technische Betreuung eines Hauses, wobei mit dem Bw. vereinbart war, dass dieser acht Stunden pro Woche arbeiten sollte. Es gab keine fixen Arbeitszeiten und wurde der Bw. jeweils auf Abruf tätig. In dieser Zeit wurde versucht, in Land ein „Geschäft“ aufzubauen. Am 22.4.2005, also kurz nach der Anstellung des Bw. bei der GD, erwarb DG_N_1 einen Anteil an der Firma³. Der Bw. erwartete sich vom Aufbau des "Geschäftes" in Land mehr Geld und mehr Engagement.

Ab diesem Zeitpunkt nutzte der Bw. längere Land-Aufenthalte dafür, seine Familie mitzunehmen, weil der Vater des Bw. in Land Eigentümer eines geräumigen Hauses samt Garten ist. Ende 2005 gab der Bw. seine Genossenschaftswohnung auf und meldete sich und seine Familie mit Hauptwohnsitz bei seinen Eltern an. Zu diesem Zeitpunkt hatte der Bw. zwei kleine Kinder. Die Wohnung der Eltern besteht aus zwei Zimmern Küche, Vorraum, Abstellraum, Bad, WC und Loggia und hat ein Ausmaß von 61,91 m². Zur Frage der Unterbringung in der

elterlichen Wohnung erklärte der Bw., im Wohnzimmer habe es Ausziehcouchs gegeben, es sei platzmäßig nicht einfach gewesen. Dadurch, dass der Bw. gependelt sei, sei das gegangen. Manchmal seien sie auch bei der Schwiegermutter gewesen, die alleine lebe und daher Platz habe. Im Berufszeitraum erklärte der Bw., sie seien alle drei Monate (Berufung) bzw. er sei alle zwei drei Monate (Niederschrift über die Einvernahme vor dem Unabhängigen Finanzsenat) nach Österreich gekommen.

Unter diesen Umständen geht der Unabhängige Finanzsenat davon aus, dass der Bw. im strittigen Zeitraum seinen Wohnsitz nicht bei den Eltern in der österreichischen Wohnung hatte, sondern in dem Haus in Land. Ein abgeleiteter Wohnsitz im gemeinsamen Haushalt mit den Eltern setzt nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates ein Zusammenleben voraus, das über gelegentliche Besuche hinausgeht. Hält sich jemand wie der Bw. jedoch mit seiner Familie lediglich vier bzw. fünfmal im Jahr (dies entspricht einer Anwesenheit alle zwei bis drei Monate) in Österreich auf, noch dazu nicht immer bei seinen Eltern sondern auch bei den Eltern seiner Frau, so begründen derartige Besuche bei nahen Angehörigen noch keinen abgeleiteten Wohnsitz.

Zu prüfen ist daher, ob der Bw. bzw. seine Frau und seine Kinder im Berufszeitraum ihren gewöhnlichen bzw. ständigen Aufenthalt in Österreich hatten.

Gemäß einem Zusatz zum Dienstzettel gemäß § 2 Abs. 3 AVRAG wegen Auslandstätigkeit, welcher zwar mit 7.8.2007 datiert wurde, aber dem Finanzamt erst im Juni 2008 vorgelegt worden ist, sollte der Auslandseinsatz von 1.9.2007 bis 31.8.2009 erfolgen. In der Bescheinigung der Wiener Gebietskrankenkasse vom Dezember 2007 wurde angeführt, der Bw. sei zur Gesellschaft_ entsendet worden. Wie den seitens der GD und seitens des Bw. getätigten Äußerungen zu entnehmen war, wurde dieser im Rahmen des aus mehreren Gesellschaften bestehenden Konzerns der Familie F_Name sowohl zeitlich als auch in Bezug auf die Gesellschaften, für welche er tatsächlich tätig wurde, flexibel eingesetzt, wobei lediglich eine zeitliche Verpflichtung im Ausmaß eines Fünftels einer Vollzeitarbeit (bei angenommener 40-Stunden-Woche) vorgelegen war. Eine derartige Tätigkeit erfordert keine ständige Präsenz, was sich bereits daraus ergibt, dass der Bw. zunächst jeweils nach Land reiste, wenn es erforderlich war. Sie lässt sich auch nicht genau mit zwei Jahren eingrenzen wie etwa eine geplante Montage. Der Bw. hat selbst erklärt, er habe gehofft, entweder hier oder in Land eine Arbeit zu finden, sodass eine zeitlich genau abgegrenzte Tätigkeit zwar in der Entsendebestätigung angegeben war, aus der Art der Tätigkeit aber nicht geschlossen werden kann, dass eine Rückkehr in jedem Fall erfolgt wäre. Die Rückkehr ist tatsächlich bereits früher als geplant erfolgt, weil die in Land ins Auge gefassten Investitionen nicht verwirklicht worden sind bzw. nicht verwirklicht werden konnten.

Nach der 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. 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 in dem genannten Sinne verlangt grundsätzlich körperliche Anwesenheit. Daraus folgt auch, dass eine Person nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben kann. Um einen gewöhnlichen Aufenthalt aufrecht zu erhalten, 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. VwGH vom 17.12.2009, 2009/16/0221 mit weiteren Nachweisen).

Nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates hatten der Bw., seine Frau und seine Kinder im berufsgegenständlichen Zeitraum den gewöhnlichen Aufenthalt in Land. Der Bw. war bestrebt, durch seine Tätigkeit eine Investition des F_Name Konzerns in Land herbeizuführen, welche es ihm im Erfolgsfall ermöglicht hätte, seinen Arbeitseinsatz zugunsten des Unternehmens zu vergrößern und dadurch auch mehr zu verdienen. Gemäß der Entscheidungsbestätigung sollte der Aufenthalt zwei Jahre dauern. Ein Aufenthalt von zwei Jahren mit Frau und Kindern ist nicht mehr vorübergehend (vgl. VwGH vom 20.10.1993, 91/13/0175). Zumindest für diesen Zeitraum war der Aufenthalt in Land geplant. Der Aufenthalt musste nach Angaben des Bw. aufgrund von nicht in seinem Einflussbereich liegenden Gründen abgebrochen werden. Während die Familie in Land wohnte, erfolgten Einreisen nach Österreich nur zwecks Besuchs von nahen Angehörigen bzw. allenfalls auch zwecks Vornahme der Untersuchungen für den Mutter-Kind-Pass.

Grund für die Verlegung des Wohnsitzes nach Land war nach Angaben des Bw., dass er sich habe entscheiden müssen, wo sein Sohn zur Schule gehe. Er habe sich mit seiner Frau dafür entschieden, dass sein Sohn in Land in die Schule gehen solle, damit das Kind die land_Sprache und Kultur bzw. Mentalität auch kennen lerne. Der Bw., seine Frau und seine Kinder sind land_ Staatsbürger. Der Vater des Bw. hat sein Vermögen in Form eines Hauses in Land investiert und möchte in der Pension nach Land zurück kehren. Das Haus wird von den Angehörigen des Bw. genutzt, um dort die Freizeit zu verbringen. Die ganze (Groß-)Familie fährt nach Land, wenn sie Gelegenheit dazu hat. Der Unabhängige Finanzsenat geht daher davon aus, dass im Berufszeitraum Kontakte des Bw. mit seiner Familie nicht nur in Österreich sondern auch in Land erfolgt sind. Dies wird vom Bw. insofern bestätigt, als er erklärt, sein Vater habe ihm manchmal das Geld von der GD überbracht und manchmal die

Schwiegereltern seines Bruders. Selbst wenn man daher einen vorübergehenden Aufenthalt in Land annehmen würde, ist davon auszugehen, dass im verfahrensgegenständlichen Zeitraum der Mittelpunkt der Lebensinteressen des Bw. in La-nd gelegen war. Der vorübergehende Charakter eines Aufenthaltes schadet nämlich dann nicht, wenn sich die Beziehungen zum jeweiligen Land nicht darin erschöpfen. Die Absicht, den Mittelpunkt der Lebensinteressen für immer in diesem Land zu behalten, wird von § 2 Abs. 8 FLAG nicht gefordert (vgl. VWGH vom 30.1.1990, 89/14/0054).

Aus den genannten Gründen konnte der Berufung daher keine Folge gegeben werden.

Es war spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 30. November 2010