

## **IM NAMEN DER REPUBLIK**

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Mag.<sup>a</sup> Ri in der Beschwerdesache Mag.<sup>a</sup> Bf., Adresse, gegen den Bescheid des Finanzamt Hollabrunn Korneuburg Tulln vom 11.08.2015, betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum März 2013 bis März 2014 für das Kind K., geb. xx, zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

## **Entscheidungsgründe**

### **1. Akteninhalt:**

Die Beschwerdeführerin (Bf.) brachte am 27.10.2014 online den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für das Kind K. (K), geb. xx, ein. Ergänzend dazu teilte sie im Schriftsatz vom 28.10.2014 mit, dass sie im März von Wien nach Adr. gezogen sei und sie nunmehr in Entsprechung des Ergänzungsersuchen des Finanzamtes (FA) nachstehende Unterlagen übermittle. Im Übrigen teile sie mit, dass sie vom Dienstgeber nach Hongkong entsendet werde.

Beigelegt wurden

- der Online Antrag auf Familienbeihilfe,
- der Auszug aus dem Zentralen Melderegister für die Bf. (Hauptwohnsitz:Adr: ),
- eine Kopie (Auszug) aus Reisepass der Bf. (chinesisch/englisch),
- eine Aufenthaltskarte,
- eine Heiratsurkunde der Volksrepublik China, (chinesisch/deutsche Übersetzung),
- eine Erweiterung zur Entsendungsvereinbarung vom 30.12.2013 per 03.03.2014 (Entsendungsort: China – Hongkong, Funktion: Chefeinkäuferin Fernost),
- Kopien der (Untersuchungsunterlagen des Queen Mary Hospital iZ mit der Geburt des K. (englisch),
- ein Auszug aus dem Zentralen Melderegister für das K. (Hauptwohnsitz:Adr: ),
- ein Auszug aus dem Reisepass des K. (chinesisch/englisch),
- eine Kopie der Aufenthaltskarte für K.,

- eine Kopie der Geburtsurkunde: Geburtsort: Queen Mary Hospital, Hong Kong (chinesisch/englisch),
- eine Kopie der Impfkarte für K.(chinesisch/englisch),
- eine Kopie des Mutter-Kind-Pass (chinesisch/englisch).

Laut dem E-Mail des FA 06 (Wien 8/16/17 kurz: FA Wien) vom 5.11.2014, erfolgte die Abtretung des Familienbeihilfenaktes infolge Wohnsitzwechsel der Bf. an das FA 22 (Hollabrunn, Korneuburg, Tulln kurz: HKT bzw. FA 031 Tulln). Weiters wurde darin festgehalten, dass sich lt. dem Telefonat mit der WGKK vom 29.10.2014, die Eltern und das Kind in Hongkong befänden und das Kinderbetreuungsgeld aberkannt worden sei.

Das FA HKT wies den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe ab April 2014 mit Bescheid vom 27. November 2014 als unbegründet ab. Begründend wurde auf § 2 Abs. 1 iV mit § 2 Abs. 8 FLAG 1967 verwiesen. Ergänzend wurde ausgeführt, dass sich gemäß den vorgelegten Unterlagen der Wohnsitz und gewöhnliche Aufenthalt der Bf. seit März 2014 in Hongkong befände, weil dort die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen bestünden.

Am 10. Dezember 2014 erhob die Bf. Beschwerde gegen den Abweisungsbescheid. Sie führte aus:

*„Zuerst bestehen meine wirtschaftlichen Beziehungen noch in Österreich. Ich wurde im August 2011 von der Firma PP nach Hongkong entsendet. Die Firma hat mit mir zusammen vereinbart, dass ich dort 2 – 5 Jahre bleibe, um ein Lieferanten-Netzwerk in Fernost aufzubauen. Die Firma hat damals auch relevante Regelungen geprüft, dass ich den Mittelpunkt der Lebensinteressen noch in Österreich habe, falls die Entsendung die Dauer von 5 Jahren nicht überschreitet. Deshalb habe ich seit der Entsendung die Sozialversicherungen und Steuern immer noch in Österreich bezahlt. Mein monatliches Gehalt wird auch auf mein Konto in Österreich überwiesen. 2012 habe ich sogar eine private Pensionsversicherung mit einer Laufzeit von 25 Jahren in Österreich abgeschlossen. Ich bezahle weder Steuern noch Sozialversicherung in Hongkong, deshalb habe ich keine wirtschaftlichen Beziehungen in Hongkong.*

*Zweitens bedeuten engere persönliche Beziehungen allein nichts. Ich hatte vor der Entsendung und vor der Heirat keine engeren persönlichen Beziehungen in Österreich, da meine Eltern in Schanghai, China, wohnten. Trotzdem gab es keinen Zweifel, dass ich damals den Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich hatte. Wegen meiner Entsendung bzw. nach der Heirat habe ich die engeren persönlichen Beziehungen in Hongkong. Meine Tochter muss mit mir zusammen leben, sonst habe ich kein Anrecht auf diese Beihilfe. Mein Ehepartner wohnte vor meiner Entsendung bereits in Hongkong. Er blieb dort, da ich nach Hongkong entsendet wurde. Die engeren persönlichen Beziehungen im gleichen Ausland während der Entsendungsdauer können meiner Meinung nach als Ausnahme gesehen werden. Es bedeutet nicht, dass ich den Mittelpunkt der Lebensinteressen nicht mehr in Österreich habe. Ich komme jedes Jahr zurück nach Österreich, um meine Tätigkeiten in Fernost der Firma zu berichten.*

*Drittens ist mein Lebenszustand 2014 gleichbleibend wie 2013 und für 2013 habe ich die Familienbeihilfe bekommen. Sie endete im März 2014 nur deshalb, weil ich nicht rechtzeitig die erneuten Unterlagen meiner Tochter eingebracht habe – mein letzter Vermieter in Wien hat mir die entsprechenden Schriftstücke leider nicht weitergeleitet, deshalb habe ich Ihren Brief dazu nicht erhalten. Ich bin unter anderem auch deswegen nach Adr. gezogen. Meine Tochter hat ihre neue Aufenthaltskarte für Österreich bekommen. Sie nimmt regelmäßig an Untersuchungen und Impfungen in Hongkong teil, wie auch schon im Jahr 2013. Keine Bedingungen für diesen Anspruch haben sich verändert. Ich verstehe nicht, dass mein Antrag 2013 akzeptiert wurde aber 2014 nicht. Falls der Antrag 2013 nicht akzeptiert worden wäre, hätte ich auf die Entsendungsaufgabe meiner Firma verzichtet und wäre nach Österreich zurückgekehrt.*

*Zusammenfassend, gilt die Entsendung rechtlich nicht als Leben im Ausland. Obwohl ich in Fernost meine Tätigkeiten mache, setze ich den Mittelpunkt der Lebensinteressen immer noch in Österreich bzw. zahle die Steuern und Sozialversicherungen wie schon 2013 in Österreich ein. Das Finanzamt in Wien konnte 2013 zuerst mit dem Thema Entsendung nicht viel anfangen, die Gesetzeslage konnte aber nach einigen Gesprächen geklärt werden und die Familienbeihilfe wurde bis März 2014 gewährt, also bis zur Gültigkeit der letzten Aufenthaltskarte meiner Tochter. Deshalb bitte ich Sie meinen Antrag erneut zu prüfen und aufgrund der unveränderten Lebensumstände zu akzeptieren.“*

Das FA wies die Beschwerde mit Beschwerdevorentscheidung vom 31.03.2015 ab. Begründend wurde auf die §§ 2 Abs. 1 lit. a, 2 Abs. 5 sowie 5 Abs. 3 FLAG 1967 sowie die Rechtsprechung des VwGH vom 18.1.1996, 93/18/0145, 28.5.2008, 2007/15/0279 verwiesen. Aus den Tatsachen, dass die Bf. für eine Dauer von 2 – 5 Jahren nach Hongkong entsendet worden sei, dort ihre Tätigkeit verrichtete, dass sie seit August 2011 gemeinsam mit dem Ehemann und dem gemeinsamen Kind (Anm.: ab 11/2012) in Hongkong lebe, jedes Jahr nach Österreich komme, um der Firma von der Tätigkeit zu berichten, dass die Tochter regelmäßig an ärztlichen Untersuchungen und Impfungen in Hongkong teilnehme, folge dass der Mittelpunkt der Lebensinteressen nicht in Österreich liege. Weiters habe sich das Kind nicht ständig iS des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 im Inland aufgehalten. Nicht von Bedeutung sei, dass die Sozialversicherung und Steuern in Österreich bezahlt würden, ob der inländische Wohnsitz endgültig aufgegeben worden sei, ob das Gehalt auf ein österreichisches Bankkonto bezahlt, oder eine private Pensionsversicherung in Österreich abgeschlossen worden sei.

Diese Beschwerdevorentscheidung erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

Mit **Rückforderungsbescheid vom 11. August 2015** forderte das FA HKT die Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge für K. für den Zeitraum März 2013 bis März 2014 (€ 2.129,40) zurück. In seiner Begründung verwies das FA auf § 2 Abs. 8 FLAG 1967 und darauf, dass ihr Mittelpunkt der Lebensinteressen seit August 2011 in Hongkong liege. Im Übrigen werde auf die ausführliche Begründung in der (rechtskräftigen) Beschwerdevorentscheidung vom 31.3.2015 verwiesen.

Am 04.09.2015 langte beim FA HKT die **Beschwerde**, datiert mit 31. August 2015, gegen den Rückforderungsbescheid ein. Die Bf. führte aus:

*„Zuerst kann es nicht möglich sein, dass das FA Wien die Beträge unrichtig ausbezahlt hat, denn ich habe die richtigen Angaben und Unterlagen beim FA Wien eingereicht. Diese beinhalten meinen Dienstort Hongkong und den Lebenszustand meiner Familie. Das FA Wien hat etwa 2 Monate lang meinen Antrag bearbeitet, um dann sowohl FB als auch KG reibungslos bis März 2014, also bis zum Ablauf des damaligen Aufenthaltstitels meiner Tochter, auszubezahlen. Ich bin überzeugt, dass das FA Wien genau geprüft und danach eine korrekte Entscheidung getroffen hat. Die Tatsachen, dass ich von meinem Dienstgeber nach Hongkong entsendet wurde, meine Tochter ständig bei mir wohnt und mein Mann in Hongkong arbeitet, waren dem FA Wien bewusst.*

*Falls das FA einen Fehler gemacht haben sollte, hätte die WGKK das längst bemerkt und diesen Fehler korrigieren lassen. Jedoch ist es Tatsache, dass die WGKK trotz der vielfältigen Unterlagen, der persönlichen Nachfragen und der längeren Bearbeitungszeit mir das Kinderbetreuungsgeld für die Karenz ausgezahlt hat. Auch wenn mein erster Entsendungsvertrag im August 2013 abgelaufen ist, hat die WGKK weitere Unterlagen angefordert und daraufhin erneut geprüft. Es hat zwar einige Zeit gedauert, da so ein Fall anscheinend nicht alltäglich ist, aber alles ist ordentlich verlaufen bis zum letzten Schritt, der Auszahlung. Die WGKK konnte das Kinderbetreuungsgeld für den Zeitraum von August bis November 2013 nicht auszahlen, weil mein FB Konto seit April 2014 geschlossen war.*

*In meiner Beschwerde gegen den Abweisungsbescheid für die FB ab April 2014, habe ich die Frage bereits erwähnt, wieso bei den komplett identischen Angaben wie schon zuvor 2013 die FB plötzlich abgewiesen wurde, während das FA Wien 2013 noch die FB ausgezahlt hat. Leider habe ich auf diese Frage noch keine klare Antwort erhalten. Ich nahm an, dass Sie vielleicht nur zuständig für die Zeit ab April 2014 sind. Ich habe von einer weiteren Beeinspruchung und von dem Versuch dieser Frage weiter nachzugehen abgesehen, weil Ihre Abweisung laut Auskunft Ihres Kollegen die Erstattung meiner Lohnsteuer ermöglicht, was mir unter Umständen sogar Vorteile bringen kann. Aber nun hätte ich doch gerne die Begründung vom FA Wien gewusst, was zu der Entscheidung geführt hatte, die FB auszubezahlen. Für das FA Wien dürfte ich damals ganz eindeutig Anspruch auf die FB gehabt haben und obwohl sich an meinen Lebensumständen nichts geändert hat, ist das nun anscheinend nicht mehr so. Diese Information würde Ihren Abweisungsbescheid eventuell erklären können oder sogar nachweisen, dass nach wie vor Anspruch auf FB besteht.*

*Nach Erhalt Ihres Bescheides habe ich das FA Wien telefonisch kontaktiert, um die Begründung der damaligen Auszahlung bzw. die Überprüfung einer möglichen "ungerechtfertigten" Auszahlung anzufordern. Die Antwort lautete, dass das FA Wien keine Fehler in der Bearbeitung machen würde. Die erforderliche Information wäre nur durch einen persönlichen Besuch in einer speziellen Abteilung zu beantragen. Aufgrund der Entsendung gestaltet es sich schwierig kurzfristig persönlich in dieser Abteilung*

*vorzusprechen. Ist es auf diesem Wege vielleicht möglich zu dieser Information vom FA Wien zu gelangen?*

*Ohne unmittelbare Erklärung vom FA Wien gehe ich davon aus, dass die Entsendung eine besondere Form des Arbeiten und Wohnen in Österreich anerkannt ist. Folgende Gesetze unterstützen diese Anerkennung:*

*Familienlastenausgleichsgesetz § 41 Abs. 1: ...als im Bundesgebiet beschäftigt gilt ein Dienstnehmer auch dann, wenn er zur Dienstleistung ins Ausland entsendet ist.*

*Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz § 45: Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt –EG (7) Weiters wird die Fünfjahresfrist nicht unterbrochen, wenn sich der Drittstaatsangehörige im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit insbesondere zur grenzüberschreitenden Erbringung von Dienstleistungen außerhalb des Bundesgebietes aufhält. Deshalb kann meine Entsendung nicht als Arbeiten und Wohnen im Ausland angesehen werden.*

*Weiters bin ich nicht sicher, ob das FA Tulln eine Rückforderung über die Auszahlung von FA Wien ohne dessen Anweisung und Auftrag stellen darf. Gleicherweise sollte doch die Rückzahlung an das Konto vom FA Wien zu überweisen sein, weil die Beträge vom FA Wien ausgezahlt wurden. Sollte es einen triftigen Grund für die Rückforderung der FB durch das FA Wien geben, sollte eigentlich eine Entschädigung gerechtfertigt sein. Die Auszahlung hatte nämlich entscheidenden Auswirkungen auf das Leben meiner Familie, da ich die einkommensabhängige Karenz bis zum 1. Lebensjahr meiner Tochter gewählt habe und dann zurück zur Arbeit gekehrt bin bzw. weiter in Hongkong meine berufliche Tätigkeit verfolgt habe. Ich hätte damals die Entsendung mit meinem Arbeitgeber sofort beendet, mein Mann hätte seine Karrierepläne entsprechend anders geplant und wir wären nach Österreich zurückgekehrt.*

*Letztendlich ist die alleinige Rückforderung FB nicht rechtens. Ich habe bis zum heutigen Tage die Lohnsteuer in Österreich an das FA abgeführt. Falls die FB aufgrund des Mittelpunktes meiner Lebensinteressen in Hongkong verweigert wird, sollte auch die unrechtmäßig bezahlte Lohnsteuer erstattet werden. Die Lohnsteuer beträgt seit meiner Entsendung und in Kraft des DBAs mit Hongkong bis jetzt ca. 10.000 Euro. Ich bin selbstverständlich einverstanden, die FB und das KG zurückzuzahlen, wenn gerechterweise auch die Beträge der zu viel bezahlten Lohnsteuer angerechnet werden, da ich nächstes Jahr zurück nach Österreich komme. Falls Verzugszinsen für die nicht rechtzeitig rückerstattete FB durch das laufende Beschwerdeverfahren anfallen sollten, bitte ich Sie diese Rückforderung solange ruhend zu stellen, bis dieses Verfahren abgeschlossen ist. Sollte nach erneuter Prüfung weiterhin auf Rückerstattung bestanden werden, können selbstverständlich auch Zinsen der überschüssigen Lohnsteuer angerechnet werden.*

*Österreich ist ein Staat mit wohl bedachten Gesetzen und Hochachtung der Menschenrechte. Ich behaupte, dass ich den Antrag für FB beim FA Wien und auch beim FA Tulln keine unrichtigen Angaben gemacht habe, ich verstehe auch, dass bei ihnen oder auch beim FA Wien Fehler passieren können. Immerhin arbeiten dort auch nur*

*Menschen. Aber diese möglichen Fehler sollten nicht durch die Verletzung meiner Rechte als österreichische Steuerzahlerin korrigiert werden."*

Mit **Beschwerdevorentscheidung** vom 4.09.2015 wies das FA die Beschwerde ab. Nach Zitierung des § 2 Abs. 1 und des § 2 Abs. 8 FLAG 1967 führte das FA aus, dass aus dem von der Bf. bekanntgegebenen Sachverhalt zu schließen sei, dass der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Bf. seit August 2011 nicht mehr in Österreich gelegen sei. Der Mittelpunkt der Lebensinteressen drücke sich insbesondere durch den Aufenthalt in Österreich gemeinsam mit den engsten Familienmitgliedern sowie der Ausübung der beruflichen Tätigkeit in Österreich aus. Beide Merkmale lägen im Beschwerdefall nicht vor. Die VO (EG) Nr. 883/2004 sei für Drittstaaten nicht anzuwenden. Die Voraussetzungen nach § 2 Abs. 8 FLAG 1967 seien nicht erfüllt. Aus diesem Grund bestehe kein Anspruch auf Familienbeihilfe. Die österreichische Familienbeihilfe sei nicht an die Entrichtung oder Nichtentrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen oder Steuern geknüpft.

Aus einer unrichtigen rechtlichen Beurteilung eines Sachverhaltes durch die Abgabenbehörde folge nicht das Recht auf Beibehaltung dieser Unrichtigkeit. Die Unrichtigkeit könne durch die Abgabenbehörde, unter Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen, korrigiert werden. Ein Rechtsanspruch entstehe aus der unrichtigen rechtlichen Beurteilung nicht.

Die Zuständigkeit des FA Tulln ergebe sich aus dem Wohnsitzwechsel von Wien nach Tulln. Die Rückzahlung der Familienbeihilfe erfolge dabei an das FA Tulln – es sei irrelevant, von welchem FA die FB ursprünglich ausbezahlt worden sei. Mit der Zuständigkeit des FA Tulln sei dieses für sämtliche die Bf. betreffenden Steuerangelegenheiten zuständig, unabhängig von einer früheren Zuständigkeit des FA in Wien.

Die Beurteilung der österreichischen Steuerpflicht und damit zusammenhängend die Bezahlung bzw. Rückzahlung der österreichischen Lohnsteuer könne nicht im Rahmen des Familienbeihilfeverfahrens erfolgen. Hiefür sei ein gesonderter Antrag beim FA notwendig.

Die Bf. beantragte im Schriftsatz vom 17. September 2015 (eingelangt beim FA: 24. September 2015) die **Vorlage** der Beschwerde an das Bundesfinanzgericht (BFG).

Im Einzelnen führte die Bf. aus:

*"Vor allem möchte ich einen Fehler in Ihrer Vorentscheidung vom 4.9.2014 korrigieren. Ich habe meine Angaben wahrheitsgemäß eingereicht, dass ich im September 2011 geheiratet, und im November 2012 ein Kind geboren habe. Ihr Satz, "Weiters haben Sie bekannt gegeben, dass Sie seit August 2011 dauernd gemeinsam mit Ihrem Ehegatten und Ihrem Kind in Hongkong leben", ist somit falsch oder zumindest nicht ganz korrekt."*

*Ich wurde im August 2011 von meinem Arbeitgeber von Wien nach Hongkong entsendet. Hier liegt die erste Schlüsselfrage, ob man wegen einer Entsendung ins Ausland Wohlfahrten und Pflichten in Österreich hat. Es gibt besondere Regelungen im Fall einer Entsendung. Wie mein Arbeitgeber und ich erfahren haben, ist die Entsendung als eine*

*besondere Form des Arbeiten und Wohnen in Österreich anerkannt. (Anm: Die Bf. zitiert idF § 41 (1) FLAG 1967, § 45 NAG). Deshalb kann meine Entsendung nicht als Arbeiten und Wohnen im Ausland angesehen werden. Sie haben in Ihrer Vorentscheidung auf diese gesetzlichen Paragraphen keine Rücksicht genommen.*

*Die zweite Schlüsselfrage ist warum das FA Wien damals die FB ausbezahlt hat. Ich habe im März 2013 die richtigen Angaben und Unterlagen beim FA Wien eingereicht. Diese beinhalten meinen Dienstort in Hongkong und den Lebenszustand meiner Familie. Wären die Begründungen so offensichtlich, wie Sie aufgewiesen haben, sollte das FA Wien diesen damaligen Erstantrag abgewiesen haben. Jedoch hat es sowohl die FB als auch das KG reibungslos bis März 2014, also bis zum Ablauf des damaligen Aufenthaltstitels meines Kindes, ausbezahlt.*

IdF wiederholte die Bf. wortwörtlich die in der Beschwerde vom 4.09.2015 enthaltenen Vorbringen (vgl. Abs. 2 der Beschwerde "*Falls das FA Wien einen Fehler.....*"). Sie rügt, dass bei komplett identischen Angaben, die FB plötzlich abgewiesen werde, während das FA Wien die FB noch ausbezahlt habe, dass es sich für sie schwierig gestalte - aufgrund der Entsendung - einen Kontakt mit dem FA Wien herzustellen, und sie hoffe, dass das BFG die Antwort bzw. die Begründung zur damaligen Auszahlungsentscheidung vom FA Wien einfordern könne.

Darüberhinaus sei im Fall einer Rückforderung wohl eine allfällige Entschädigung angebracht, habe sie doch keine falschen Angaben gemacht, dagegen hätte das FA Wien aber offensichtlich einen Fehler gemacht. Die Auszahlung habe gravierende Auswirkungen auf das Leben ihrer Familie gehabt, was die Wahl der Karenz, ihre berufliche Tätigkeit, ihre Entsendung und die Karrierepläne ihres Mannes betroffen hätte.

Schließlich wiederholt die Bf. wortwörtlich die in der Beschwerde vorgebrachten Argumente, wonach die alleinige Rückforderung der FB nicht rechtens sei (vgl. o.a. "*Letztendlich ist die alleinige Rückforderung nicht rechtens.....*" Abs. 7 der Beschwerde) und wonach Österreich "wohlbedachte" Gesetze habe und die Menschenrechte achte... (vgl. o.a. "*Österreich ist ein Staat .....*" Abs. 8 der Beschwerde).

Aktenkundig ist ein reger E-Mail-Verkehr zwischen dem FA HKT und der Bf. vom 19.10.2015, 20.10.2015, 21.10.2015, 27.10.2015, 10.12.2015, 22.12.2015. Darin geht es im Wesentlichen um eine allfällige Rückerstattung der Lohnsteuer, die Verrechnung zwischen Familienbeihilfe(Rückforderung) und Lohnsteuererstattung, die Vorgangsweise iZ mit einer allfälligen Lohnsteuerrückerstattung (Formular L1), der Aussetzung allfälliger Forderungen nach § 212a BAO sowie die Höhe allfälliger Aussetzungszinsen.

## **2. Gesetzliche Grundlagen:**

Nach § 2 Abs. 1 FLAG 1967 haben Anspruch auf Familienbeihilfe Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben,

a) für ihre minderjährigen Kinder,

...

Nach § 2 Abs. 5 FLAG 1967 gehört zum Haushalt einer Person ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt.

Nach § 2 Abs. 8 FLAG 1967 haben Personen nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben. Eine Person hat den Mittelpunkt der Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.

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

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

§ 33 Abs. 3 EStG 1988 sieht vor, dass Steuerpflichtigen, denen auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe monatlich ein Kinderabsetzbetrag für jedes Kind zusteht. Für Kinder, die sich ständig außerhalb eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines Staates des Europäischen Wirtschaftsraumes oder der Schweiz aufhalten, steht kein Kinderabsetzbetrag zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des FLAG 1967 anzuwenden.

### **3. Als erwiesen angenommener Sachverhalt:**

- 15.09.2004: Einreise der Bf., chinesische Staatsbürgerin, nach Österreich und Studium an der WU Wien.
- Hauptwohnsitze der Bf. 16.09.2004 – 02.08.2011 Wien Studentenheim Fasangasse, 02.08.2011 – 19.03.2013 Wien aa, 19.03.2013 – 14.03.2014 Wien bb, seit 14.03.2014 Adr..
- ab 01.09.10 Beschäftigung bei der Firma PP.
- 20.07.2011: Abschluss Dienstvertrag.
- ab August 2011 Entsendung nach Hongkong zwecks Aufbau eines Lieferanten-Netzwerkes (voraussichtliche Dauer: 2 – 5 Jahre).
- 2011 Heirat mit Dr. X, chinesischer Staatsbürger, unselbständig erwerbstätig in Hongkong.
- xx Geburt der Tochter der Bf. K., chinesische Staatsbürgerin, in Hongkong.
- Gemeinsamer Familienwohnsitz der Bf., ihres Gatten und des Kindes in Hongkong.
- Sämtliche "Mutter-Kind-Pass"-Untersuchungen (child health record), Impfungen, ärztliche Versorgung erfolg(t)en in Hongkong.
- Eltern der Bf., Verwandte leben in Schanghai bzw. China.
- 03.03.2014: Erweiterung zu Entsendungsvereinbarung vom 30.12.2013. Funktion: Chefeinkäuferin Fernost.

### **4. Rechtliche Beurteilung:**



Streitgegenstand ist im Beschwerdefall ausschließlich der Rückforderungsbescheid vom 11. August 2015. Ein allfälliges Lohnsteuerrückerstattungs-, Verrechnungs- oder Aussetzungsverfahren ist für das gegenständliche Beschwerdeverfahren irrelevant.

Das FA hat einerseits mit der (rechtskräftigen) Beschwerdevorentscheidung vom 31.03.2015 und andererseits mit dem Rückforderungsbescheid vom 11. August 2015, den Antrag auf Weitergewährung der Familienbeihilfe ab April 2014 abgewiesen bzw. die Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag von März 2013 - März 2014 zurückgefordert. Beide Bescheide verweisen auf die Bestimmung des § 2 Abs. 8 FLAG 1967 und dass der Mittelpunkt der Lebensinteressen seit 2011 in Hongkong liege.

Das FLAG legt für den Bezug von Familienbeihilfe **kumulative** Anspruchsvoraussetzungen einerseits für die anspruchsberechtigten Personen (hier: Elternteil) und andererseits für das anspruchsvermittelnde Kind fest. Fehlt eine dieser (kumulativen) Voraussetzungen, steht die Familienbeihilfe (KAB) nicht zu.

Auf Seiten des betreffenden Elternteils muss nicht nur ein Wohnsitz oder gewöhnlicher Aufenthalt sondern der Mittelpunkt der Lebensinteressen im Inland vorliegen (§ 2 Abs. 1 und Abs. 8 FLAG 1967). Für das (minderjährige) Kind ist neben der (grundsätzlichen) Zugehörigkeit zum Haushalt dieses Elternteils auch ein ständiger Aufenthalt im Inland erforderlich (§ 2 Abs. 1 lit. a iVm § 2 Abs. 5 sowie § 5 Abs. 3 FLAG 1967).

Fehlt eine der kumulativen Voraussetzungen ist der Anspruch auf FB ausgeschlossen. Das BFG überprüft zunächst das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals des "ständigen Aufenthaltes" des Kindes der Bf. Hält sich ein Kind ständig im Ausland auf, besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

Mit der Bestimmung des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 hat sich sowohl der Verfassungsgerichtshof als auch der Verwaltungsgerichtshof in mehreren Entscheidungen auseinandergesetzt. Im Erkenntnis VfGH 4.12.2001, B 2366/00, führte der Gerichtshof unter Bezugnahme auf seine Vorjudikatur aus, dass eine gesetzliche Regelung, die den Anspruch auf eine der Familienförderung dienende Transferleistung an eine Nahebeziehung des anspruchsvermittelnden Kindes zum Inland bindet und hiebei auf dessen Aufenthalt abstellt, als solche keine verfassungsrechtlichen Bedenken erweckt. Solches zu normieren, stehe dem Gesetzgeber im Rahmen seiner rechtspolitischen Gestaltungsfreiheit zu. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass die Finanzierung dieser Leistungen zu einem erheblichen Teil durch zweckgebundene, von der Lohnsumme bemessene Beiträge der Arbeitgeber erfolgt, weil sich daraus keinesfalls ableiten lässt, dass es sich bei der Familienbeihilfe um eine Art Versicherungsleistung handelt, auf deren Gewährung durch Beitragsleistung Anspruch erworben würde.

Entscheidend in diesem Zusammenhang ist, dass die innerstaatliche Bestimmung des früheren § 5 Abs. 4 FLAG 1967 (Anm.:nunmehr § 5 Abs. 3 FLAG 1967, durch das BGBl. I 142/2000, Artikel 71 hat der Absatz 4 des § 5 FLAG 1967 mit Wirkung ab 1. Jänner 2001 - ohne inhaltliche Änderung - die Bezeichnung "Absatz 3" erhalten), den Familienbeihilfenanspruch ausschließt, wenn sich das potenziell anspruchsvermittelnde

Kind ständig im Ausland (Anm.: in einem Drittstaat) aufhält (VwGH 18.9.2003, 2000/15/0204). Auf den Wohnsitz und ständigen Aufenthalt der Eltern bzw. der (vermeintlich) anspruchsberechtigten Person kommt es daher ebenso wenig an, wie auf deren Staatsbürgerschaft, deren Berufsausübung in Österreich, den Mittelpunkt der Lebensinteressen, die Tragung der Kosten des Lebensunterhaltes oder die Argumentation, dass der Auslandsaufenthalt "nur" zu Ausbildungszwecken erfolgt (VwGH 2.6.2004, 2001/13/0160).

Ergänzend ist zu § 5 Abs. 3 FLAG 1967 noch auszuführen:

Nach § 5 Abs. 4 FLAG 1967 in der durch das Bundesgesetz BGBl. Nr. 201/1996 gestalteten, ab dem 1. Mai 1996 geltenden Fassung besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten. Soweit bestehende Staatsverträge die Gewährung von Familienbeihilfe für Kinder vorsehen, die sich ständig in einem anderen Staat aufhalten, ist jedoch § 5 Abs.4 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 297/1995 weiter anzuwenden ist, bis völkerrechtlich anderes bestimmt ist. (§ 50g Abs.2 FLAG 1967).

Somit besteht nach geltender Rechtslage Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, nur insoweit, als dies bestehende Staatsverträge vorsehen.

Auch österreichische Staatsbürger sind von den einschränkenden Bestimmungen des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 ebenfalls erfasst - auch ihnen erwächst kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland außerhalb des Gemeinschaftsgebietes aufhalten. Aus diesem Grund liegt eine Diskriminierung nach der Staatsangehörigkeit nicht vor (vgl. VwGH 18.09.2003, 2000/15/0204).

Im Beschwerdefall ist unbestritten, dass sich das Kind der Bf. im strittigen Zeitraum weder im Bundesgebiet (noch in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes oder einem EU-Mitgliedsstaat) ständig aufhält. Der Anspruch auf Familienbeihilfe und damit verbunden auch auf den Kinderabsetzbetrag besteht nach der derzeitigen Gesetzeslage wegen der Ausschlussbestimmung des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 (s. BGBl. I 142/2000) nicht.

Auf Basis dieser Kriterien lagen im Rückforderungszeitraum März 2013 bis März 2014 (und auch für den Abweisungszeitraum ab April 2014) mangels ständigen Aufenthaltes im Bundesgebiet für das in Hongkong geborene und lebende Kind der Bf. die Voraussetzungen für den FB-Bezug in Österreich nicht vor.

Damit ist die Beschwerde aber schon entschieden.

Das FA verweist im Rückforderungs- und Abweisungsbescheid auf das Fehlen eines familiären Mittelpunktes der Lebensinteressen in Österreich hin und nimmt durch den Hinweis auf die Begründung in der Beschwerdeentscheidung vom 31.3.2015 Bezug auf den (fehlenden) ständigen Aufenthalt des Kindes im Inland.

Abgesehen von dem im § 5 Abs. 3 FLAG 1967 enthaltenen - und im Beschwerdefall verwirklichten - Ausschlussgrund, bleibt, was die engeren persönlichen Beziehungen der Bf. bzw. den Mittelpunkt der Lebensinteressen anbelangt, Folgendes noch festzuhalten:

Nach der Legaldefinition des § 2 Abs. 8 FLAG 1967 hat eine Person den Mittelpunkt der Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind unter den persönlichen Beziehungen zu einem Land alle jene zu verstehen, die jemand aus in seiner Person liegenden Gründen aufgrund der Geburt, der Staatsangehörigkeit, 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 Zweck dienende Funktion zukommt (vgl. VwGH 30.1.90, 89/14/0054).

Der Verwaltungsgerichtshof hat auch 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. Diese Annahme setzt allerdings im Regelfall die Führung eines gemeinsamen Haushaltes sowie als weiteren Umstand das Fehlen ausschlaggebender und stärkerer Bindungen zu einem anderen Ort, etwa aus beruflichen oder gesellschaftlichen Gründen voraus.

Nach der ständigen Rechtsprechung kann eine Person zwar mehrere Wohnsitze, jedoch nur einen Mittelpunkt der Lebensinteressen haben (vgl. zB VwGH 18.1.1996, 93/15/0145).

Nach § 2 Abs. 8 FLAG 1967 ist es nicht erforderlich, dass die Absicht besteht, den Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich beizubehalten. Der Mittelpunkt der Lebensinteressen kann sich auch verlagern. Entscheidend ist, wo sich der Mittelpunkt der Lebensinteressen im maßgeblichen Zeitraum befunden hat.

Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung erachtet es das BFG auch als erwiesen, dass sich der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Bf. spätestens mit September 2011 (Verehelichung) nach Hongkong verlagert hat. Daran hat sich zumindest bis heute auch nichts geändert. Dies ergibt sich aus mehreren Gründen:

Die Bf., chinesische Staatsbürgerin, ist in Hongkong mit einem chinesischen Staatsbürger seit September 2011 verheiratet. Das Ehepaar wohnt, lebt und arbeitet seit Jahren in Hongkong bzw. Fern-Ost. Die Bf. ist seit 12.08.2011 in Hongkong für den österreichischen Arbeitgeber, der Firma PP, tätig. Sie ist dorthin für mehrere Jahre entsendet worden, um von dort aus ein Lieferanten-Netzwerk in Fernost aufzubauen. Der österreichischen Firma berichtet die Bf. über ihre Tätigkeiten im Fernost.

Im November 2012 kam das Kind K., chinesische Staatsbürgerin, zur Welt. Sämtliche medizinische Untersuchungen, Behandlungen von K. wurden in Hongkong durchgeführt. Eltern und Verwandte der Bf. (bzw. des Ehegatten) leben in China (Shanghai).

Wäre die Beschwerde nicht schon nach § 5 Abs. 3 FLAG 1967 abzuweisen gewesen, käme eine Abweisung aufgrund des fehlenden Mittelpunktes der Lebensinteressen in

Österreich zum Tragen. In diesem Zusammenhang sei auf die Ausführungen in der Beschwerdevorentscheidung vom 31.3.2015 verwiesen.

Zu den **Einwendungen** der Bf. im Einzelnen:

V erständlich ist der Unmut der Bf., was einmal die Gewährung der FB durch das FA Wien ein andermal die Abweisung des (Folge-) FB-Antrages bzw. Rückforderung der FB durch das FA HKT anlangt. Hätte sie doch beim FA Wien richtige Angaben gemacht, alle Unterlagen eingereicht, hätten sich doch bei ihr die Lebensumstände nicht geändert und hätte das FA Wien ihren Fall 2 Monate geprüft.

Zunächst sei festgehalten: Bei der Rückforderung unrechtmäßig bezogener Familienbeihilfe sind ausschließlich objektive Momente maßgeblich. Subjektive Momente, wie Verschulden, Gutgläubigkeit oder die Verwendung der FB, sind nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH für die Verpflichtung zur Rückerstattung unrechtmäßiger unerheblich (VwGH 24.6.2009, 2007/1570162).

Welche Gründe das FA Wien bewogen haben, für den Zeitraum März 2013 - März 2014 die FB (KAB) auszubezahlen, vermag das BFG nicht zu beurteilen. Dies obliegt auch nicht dem BFG. Das BFG hat im Beschwerdefall den erlassenen Rückforderungsbescheid auf seine Rechtmäßigkeit zu beurteilen, d.h. entspricht dieser Rückforderungsbescheid dem Gesetz.

Was die Bf. aber mit ihrem Vorbringen anspricht ist der Grundsatz von Treu und Glauben. Damit ist die allgemeine, ungeschriebene Rechtsmaxime gemeint, dass jeder, der am Rechtsleben teilnimmt, zu seinem Wort und zu seinem Verhalten zu stehen hat und sich nicht ohne triftigen Grund in Widerspruch zu dem setzen darf, was er früher vertreten hat und worauf andere vertraut haben. Dazu ist zu bemerken, dass nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 14.7.1994, 91/17/0170) das im Art. 18 Abs. 1 des Bundesverfassungsgesetz (B-VG) normierte Legalitätsgebot, wonach die gesamte staatliche Verwaltung nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden darf, stärker ist als der Grundsatz von Treu und Glauben. Es besteht keine Verpflichtung zur Verwaltungshandlung contra legem. Das Treu und Glaubens-Prinzip kann nicht ergebnishaft ein rechtsfreies Handeln legitimieren. Aufgrund der Lebenserfahrung kann aber gesagt werden, dass bei einer Vielzahl von zu überprüfenden FB-Anträgen es selbstverständlich - trotz Offenlegung aller Umstände - zu unrichtigen Auszahlungen kommen kann. In derartigen Fällen gebietet das Legalitätsprinzip eine Korrektur des unrichtigen Bescheides. Im Beschwerdefall war daher Korrektur iSd § 26 FLAG 1967 vorzunehmen.

Die Bf. kritisiert die mangelnde Auskunftsfreude des FA Wien (das FA Wien mache keine Fehler bei der Bearbeitung und allfällige Informationen seien durch einen persönlichen Besuch in der zuständigen Abteilung zu bekommen). Die wohl nur als apodiktisch zu wertende Aussage eines(r) Mitarbeiters/in dieses FA bedarf, keiner weiteren Ausführungen. Aus den umfangreichen E-Mail-Verkehr mit dem FA HKT, wird aber deutlich, dass die Bf. sehr wohl über allfällige Rechtsfolgen iZ mit der Rückforderung

der Familienbeihilfe und der Lohnsteuererstattung aufgeklärt wurde. Allein für die gegenständliche Beschwerde ist das Vorbringen irrelevant.

Wenn die Bf. meint, dass die WGKK allfällige Fehler längst bemerkt und diese korrigieren lassen hätte können, so ist hiezu Folgendes zu bemerken: Die WGKK ist nicht zuständig "allfällige Fehler im Bereich der Familienbeihilfe" korrigieren zu lassen. Zuständig für die Gewährung der FB sind die Finanzämter. Sehr wohl aber hängt die Gewährung des Kinderbetreuungsgeldes nach § 2 Abs. 1 KBGG u.a. davon ab, dass ein Elternteil Anspruch auf Familienbeihilfe hat und diese auch tatsächlich bezieht. Besteht ein Anspruch auf Familienbeihilfe nicht, besteht auch kein Anspruch auf Kinderbetreuungsgeld.

Das Vorbringen der Bf., dass sie einen Vorlageantrag hinsichtlich des Abweisungsbescheides vom 27.11.2014 nicht eingebracht hätte, weil ein Finanzbediensteter eine allfällige Erstattung der Lohnsteuer in Aussicht gestellt hätte, ist für den Beschwerdefall nicht relevant. Hinsichtlich erteilter Auskünfte sei aber Folgendes angemerkt:

Auskünfte sind Wissenserklärungen der (Finanz-)behörde, somit keine Bescheide und damit grundsätzlich nicht rechtlich bindend (im Sinne eines Bescheides). Allerdings kann sich ein Schutz vor Vertrauensschäden für den Steuerpflichtigen, der die Auskunft erhalten hat, aus dem Treu und Glaubens-Grundsatz ergeben, soweit

- diese Auskunft durch die zuständige Abgabenbehörde erteilt wurde,
- die Unrichtigkeit der Auskunft dem Abgabepflichtigen bzw. seinem Vertreter nicht erkennbar war,
- Dispositionen des Abgabepflichtigen im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft stattgefunden haben,
- diese Dispositionen kausal sind für eine Besteuerung entgegen der Auskunft und dadurch einen Vertrauensschaden entstanden ist,
- ein Vollzugsspielraum vorhanden ist, somit nicht bei eindeutiger Rechtslage.

Im Falle der Verwirklichung oben aufgezählter Punkte hat der vertrauensgeschädigte Steuerpflichtige einen Anspruch auf die allgemeinen Billigkeitsmaßnahmen wie zB Nachsicht beim zuständigen Finanzamt zu beantragen.

Wenn die Bf. auf § 41 FLAG 1967 (Leistung des Dienstgeberbeitrages) sowie § 45 NAG (Aufenthaltstitel – Daueraufenthalt –EU) verweist, und meint, dass die Entsendung eine besondere Form des Arbeitens und Wohnens in Österreich sei, so kann ihr – angesichts der in den §§ 2 ff FLAG 1967 maßgebenden Tatbestandsmerkmale für die Gewährung bzw. Rückforderung der FB – nicht gefolgt werden.

Wenn die Bf. die Rückforderungsbefugnis des FA Tulln infrage stellt, da ja das FA Wien die FB gewährt habe, ist auf die §§ 11 und 26 FLAG 1967 zu verweisen: Danach wird die Familienbeihilfe, abgesehen von den Fällen des § 4 "monatlich" durch das

Wohnsitzfinanzamt automationsunterstützt ausbezahlt bzw. vom Wohnsitzfinanzamt zurückgefordert.

Die Bf. leitet aus ihrer Lohnsteuer- und Sozialversicherung(zahlungs-)pflicht einen Anspruch auf Gewährung der Familienbeihilfe ab. Dies trifft nicht zu, da die Familienbeihilfe keine Versicherungsleistung ist.

Die Bf. ersucht um eine "Ruhendstellung" allfälliger Verzugszinsen iZm der Rückforderung der FB bzw. schlägt eine Anrechnung auf eine allfällig zu erstattende Lohnsteuer vor. Das BFG ist diesbezüglich nicht der richtige Ansprechpartner. Maßnahmen im Bereich der Entrichtung, Rückzahlung, Aussetzung, etc. obliegen dem FA.

Die Bf. stellt eine allfällige Entschädigung infolge der unrichtigen Auszahlung der FB durch das FA Wien in den Raum, da die Auszahlung entscheidende Auswirkungen auf das Leben ihrer Familie gehabt hätte (Karenz, Beendigung der Entsendung, andere Karrierepläne, Rückkehr nach Österreich). Aus diesem Vorbringen ist für die Beschwerde nichts zu gewinnen. Wie in der Beschwerdevorentscheidung aber bereits ausgeführt, folgt aus einer unrichtigen rechtlichen Beurteilung eines Sachverhaltes durch die Abgabenbehörde nicht das Recht auf Beibehaltung dieser Unrichtigkeit, sind doch sämtliche subjektive Momente für die Rückerstattung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge unerheblich. Unrichtigkeiten sind zu korrigieren.

Die Bf. betont immer wieder, dass sie keine unrichtigen Angaben gemacht hätte und dass allenfalls unterlaufene Fehler nicht durch die Verletzung ihrer Rechte als Steuerzahlerin korrigiert werden dürften. Zum einen stellt die Abgabenbehörde keineswegs die Redlichkeit der Bf. in Abrede, zum anderen sei aber festgestellt, dass durch die Herstellung eines rechtskonformen Zustandes die "Rechte als Steuerzahlerin" nicht verletzt werden können.

Die Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge wurden von der Bf. zu Unrecht bezogen und sind nach § 26 Abs. 1 FLAG 1967 zurückzuzahlen

Es war spruchgemäß zu entscheiden.

### **Zulässigkeit einer Revision:**

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Die Lösung der Frage, ob und wann die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag rückzufordern ist, ergibt sich bereits anhand der o. a. bezug habenden Gesetzesbestimmungen. Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung liegt im Beschwerdefall nicht vor.

Klagenfurt am Wörthersee, am 11. März 2016