

GZ. RV/0118-I/03

Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Berufungserberin, vertreten durch Dr. Paul Delazer, gegen den Bescheid des Finanzamtes Kitzbühel betreffend Rückforderung zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für den Zeitraum 1. November 2001 bis 30. November 2002 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Rechtsbelehrung

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

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

Entscheidungsgründe

Auf Grund diverser Sachverhaltsfeststellungen seitens des Finanzamtes wurden von der Kindesmutter mit Bescheid vom 5. Feber 2003 für den Zeitraum November 2001 bis November 2002 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge in Höhe von insgesamt € 6.938,72

mit der Begründung rückgefordert, dass diese keine österreichische Staatsbürgerin sei, nicht mindestens drei Monate im Bundesgebiet bei einem Dienstgeber beschäftigt gewesen sei und aus dieser Tätigkeit Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit oder Bezüge aus einer gesetzlichen Krankenversicherung bezogen habe, sich nicht mehr als 60 Monate ständig im Bundesgebiet aufgehalten habe und auch keine Staatenlose oder Flüchtling im Sinne der einschlägigen Bestimmungen sei. Da sie weiters seit 15. Oktober 2001 nicht mehr mit dem Vater der Kinder im gemeinsamen Haushalt lebe, bestehe ab November 2001 kein Anspruch auf Familienbeihilfe mehr, weshalb die ab diesem Zeitpunkt ausbezahlte Familienbeihilfe zurückzuzahlen sei.

Mit rechtzeitig erhobener Berufung legte die Kindesmutter dar, dass sie sich im Feber 1992 mit ihrem Mann in Tirol niedergelassen habe. Ihr erstes Kind sei von ihrem Mann adoptiert und zwei weitere gemeinsame Kinder seien geboren worden. In dieser Zeit sei ihr Mann auf Grund von Alkoholmissbrauch sehr aggressiv gewesen, was letztlich zu einer räumlichen Trennung führte. Dennoch sei es ihr nicht gelungen, mit ihren Kindern in Ruhe zu leben, weshalb sie von Anfang Juli 1999 bis Anfang Jänner 2000 in ihrem Heimatstaat in ihrem Elternhaus lebte. Am 28. Jänner 2000 sei sie mit ihren Kindern wiederum nach Österreich zurückgekehrt. Die familiäre Situation habe sich jedoch nicht verbessert, am 15. Oktober 2001 wäre der Ehegatte durch die Gendarmerie des Hauses verwiesen worden, die Trennung von ihrem Gatten erfolgte ab November 2001, die Scheidung im November 2002. Auf Grund der jahrelangen schwierigen Familiensituation würden sich viele Probleme mit ihren Kindern ergeben, sodass es nicht möglich sei, diese alleine zu Hause zu lassen. Auch sei der Versuch eine Tagesmutter zu beschäftigen gescheitert und würden sich weder der Kindesvater noch dessen Mutter Zeit für die Kinder nehmen. Sie lebe somit seit über zehn Jahren in Österreich, wenngleich ihr Aufenthalt durch einige Monate in ihrem Heimatland unterbrochen gewesen sei, weil sie sich selbst und ihre Kinder vorübergehend schützen habe müssen. Sie sei auch immer bemüht gewesen, eine entsprechende Arbeit zu finden. Die beiden jüngeren Kinder seien österreichische Staatsbürger, die älteste Tochter würde dies in den nächsten Wochen werden.

In der abweisenden Berufungsvorentscheidung vom 18. Feber 2003 stellte das Finanzamt unter Hinweis auf die bezughabenden Bestimmungen des FLAG 1967 dar, dass nach der ständigen Rechtsprechung der Höchstgerichte mehrmonatige Abwesenheiten von Österreich nach Erfüllung der 60-Monatsfrist und der Umstand, dass die Kinder während dieser Zeit auch im Ausland die Schule besucht haben, den ständigen Aufenthalt in Österreich unterbrechen würden und damit die Gleichstellung gemäß § 3 Abs. 2 FLAG 1967 verloren gehe. Eine

derartige Unterbrechungshandlung sei von der Berufungswerberin durch ihren Aufenthalt in ihrem Heimatstaat gesetzt worden. Nach der Wiederkehr nach Österreich im Jänner 2000 hätte ein Familienbeihilfenanspruch nach § 3 Abs. 3 FLAG 1967 (auf Grund der Tatsache, dass der Ehegatte österreichischer Staatsbürger war) bestanden. Diese Anspruchsvoraussetzung sei jedoch mit der Auflösung des gemeinsamen Haushaltes ab 15. Oktober 2001 weggefallen. Nachdem ab diesem Zeitpunkt auch kein mehr als drei Monate dauerndes Dienstverhältnis bestanden habe, bestehe im streitgegenständlichen Zeitraum kein Anspruch auf Familienbeihilfe. Daran ändere nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes auch die Tatsache, dass zwei Kinder österreichische Staatsbürger seien nichts.

Daraufhin beantragte die Einschreiterin die Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz und legte ihre finanzielle und familiäre Situation offen. Im Nachhang zu diesem Schreiben wurde auch ein als "Berufung" bezeichnetes Schreiben des Vertreters der Berufungswerberin, eines Rechtsanwaltes eingebracht.

Über die Berufung wurde erwogen:

An Sachverhalt steht im vorliegenden Fall auf Grund der im Verwaltungsakt enthaltenen Unterlagen unbestritten fest, dass sich die Berufungswerberin, welche nicht österreichische Staatsbürgerin ist, nach der Heirat mit einem österreichischen Staatsbürger im Jahr 1992 in Österreich niedergelassen hat. In der Folge adoptierte der Ehegatte die erste Tochter (geb. 1987) der Berufungswerberin und es wurden ein gemeinsamer Sohn (geb. 1992) und eine gemeinsame Tochter (geb. 1993) geboren. In den Jahren 1998/1999 übersiedelte die Berufungswerberin in ein Frauenhaus, da ihr Ehemann sich ihr gegenüber wegen Alkoholmissbrauchs äußerst aggressiv verhalten hat. Von dort übersiedelte sie in eine eigene Wohnung in K., während ihr Ehegatte getrennt von ihr in einer Wohnung in H. lebte. Mit Schulschluss im Sommer 1999 reiste die Berufungswerberin mit ihren Kindern in ihren Heimatstaat und kehrte Ende Jänner 2000 wiederum nach Österreich zurück. Die behördliche Anmeldung erfolgte in der Wohnung des Ehegatten in H., wobei sich die familiäre Situation offenbar nicht wesentlich verbesserte, sodass es am 15. Oktober 2001 durch Wegweisung des Ehemannes aus der gemeinsamen Wohnung in H. zur Auflösung des gemeinsamen Haushaltes (Schreiben der Berufungswerberin vom 1. 1. 2003) kam und die Ehe im November 2002 geschieden wurde.

Nachdem zwischen dem Heimatstaat der Berufungswerberin, dessen Staatsbürgerin sie immer noch ist, und Österreich kein entsprechendes Sozialabkommen besteht, gelten für die

rechtliche Beurteilung des gegenständlichen Falles die gesetzlichen Bestimmungen des FLAG 1967 in vollem Umfang.

Nach § 3 Abs. 1 FLAG 1967 haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet bei einem Dienstgeber beschäftigt sind und aus dieser Beschäftigung Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit oder zufolge einer solchen Beschäftigung Bezüge aus der gesetzlichen Krankenversicherung beziehen; kein Anspruch besteht jedoch, wenn die Beschäftigung nicht länger als drei Monate dauert. Kein Anspruch besteht außerdem, wenn die Beschäftigung gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer verstößt.

Abs. 2 dieser Gesetzesstelle normiert, dass Abs. 1 für Personen nicht gilt, die sich seit mindestens sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten, sowie für Staatenlose und Flüchtlinge im Sinne des Art. I des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951, BGBI. Nr. 55/1955, und des Protokolls über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, BGBI. Nr. 78/1974.

Weiters bestimmt § 3 Abs. 3 FLAG 1967, dass es für den Anspruch des Elternteiles, der den Haushalt überwiegend führt (§ 2a Abs. 1 FLAG 1967) und der nicht österreichischer Staatsbürger ist, auf Familienbeihilfe genügt, wenn der andere Elternteil österreichischer Staatsbürger ist oder die Voraussetzungen nach Abs. 1 oder 2 erfüllt.

zu § 3 Abs. 1 FLAG:

Im vorliegenden Fall stand die Berufungswerberin im streitgegenständlichen Zeitraum nach den Feststellungen des Finanzamtes nur zu folgenden Zeiten in einem Dienstverhältnis:

- 25. Dezember 2001 bis 16. Februar 2002
- 15. Mai bis 19. Juli 2002
- 22. Juli bis 31. Juli 2002
- 2. September bis 13. September 2002

Daraus ist zweifelsfrei ableitbar, dass die Berufungswerberin im zu betrachtenden Zeitraum niemals in einem länger als drei Monate andauernden Dienstverhältnis gestanden ist. Auch sind in diesem Zeitraum keine Bezüge aus einer gesetzlichen Krankenversicherung zugeflossen. Zudem ist nach dem eindeutigen und klaren Inhalt der Gesetzesbestimmung eindeutig davon auszugehen, dass nach dieser nur für Zeiträume eines aufrechten (länger als drei Monate andauernden und gesetzeskonformen) Dienstverhältnisses oder des Bezuges von

Krankengeld aus einer gesetzlichen Sozialversicherung (unter Berücksichtigung der Bestimmung des § 10 Abs. 2 FLAG 1967) ein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht. Allfällige Einkünfte aus früheren Dienstverhältnissen oder Krankengeldbezüge spielen dabei keine Rolle, da mit Beendigung des Dienstverhältnisses oder Einstellung des Krankengeldes mit Ablauf des Monats eben die Anspruchsvoraussetzungen weggefallen sind. Dass im gegenständlichen Fall ein Anspruch der Berufungswerberin auf Familienbeihilfe nach § 3 Abs. 1 FLAG 1967 bestehen würde, wird auch weder in der Berufung noch im Vorlageantrag oder in sonstigen Eingaben konkret behauptet und wurden auch die Sachverhaltsfeststellungen des Finanzamtes hinsichtlich der Dauer der einzelnen Dienstverhältnisse nicht bestritten.

zu § 3 Abs. 2 FLAG:

Unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 FLAG 1967 besteht nach § 3 Abs. 2 FLAG 1967 für nicht österreichische Staatsbürger ein Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich seit mindestens 60 Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten oder sie Staatenlose oder Flüchtlinge nach den im Gesetz angeführten Bestimmungen anzusehen sind. Unstrittig ist, dass die Berufungswerberin weder Staatenlose noch Flüchtling im Sinne dieser Bestimmung ist. Unbestritten ist weiters, dass sie im Februar 1992 in Österreich wohnhaft geworden ist und sich im Zeitraum Juli 1999 bis Ende Jänner 2000 zusammen mit ihren Kindern in ihrem Heimatland aufgehalten hat. Zu prüfen ist somit, ob durch den beinahe sieben Monate andauernden Auslandsaufenthalt der ständige Aufenthalt in Österreich unterbrochen wurde. Ist dies nämlich der Fall, würde die Frist von 60 Monaten neuerlich zu laufen beginnen, anderenfalls wäre – nach der Aktenlage - durch die Anwesenheit seit 1992 diese Frist erfüllt.

Nach der Rechtsprechung zu § 3 Abs. 2 FLAG 1967 ist der verwendete Begriff "ständiger Aufenthalt" gleichzusetzen mit dem Begriff "Aufenthalt" im Sinne des § 26 BAO (vgl. VwGH 13.10.1982, 82/13/0135, VwGH 7.6.2001, 98/15/0025). Nach § 26 Abs. 2 BAO hat jemand den gewöhnlichen Aufenthalt dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt. Der gewöhnliche Aufenthalt verlangt daher grundsätzlich eine körperliche Anwesenheit. Daraus folgt, dass eine natürliche Person nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben kann (VwGH 30.7.1992, 89/17/0072). Nur vorübergehende Abwesenheiten unterbrechen das Verweilen und damit den gewöhnlichen Aufenthalt nicht (VwGH 13.12.1982, 17/1603/80). In diesem Zusammenhang ist entscheidend, dass die Bestimmung des § 26 Abs. 2 BAO das Vorliegen äußerer Umstände verlangt, die erkennen lassen, dass das Verweilen am Aufenthaltsort oder im Aufenthaltsland nicht nur ein vorübergehendes ist. Die persönliche Absicht einer Person

zählt nicht zu den Tatbestandsmerkmalen des § 26 Abs. 2 BAO. Es ist somit ein auf die Begründung oder Aufgabe eines gewöhnlichen Aufenthaltes gerichteter Wille nicht von Bedeutung, allein die äußereren Merkmale sind entscheidend (Stoll, BAO Kommentar, Orac Verlag, Wien 1994, § 26, S 336). Abwesenheiten, die nach den Umständen des Falles nur als vorübergehend anzusehen sind, unterbrechen nicht den Zustand des Verweilens und daher auch nicht den gewöhnlichen Aufenthalt. Demgegenüber wird der Aufenthalt in einem Land wohl jedenfalls unterbrochen, wenn in einem anderen Land ein gewöhnlicher Aufenthalt begründet wird (siehe oben: eine natürliche Person kann nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben). Eine Mindestverweildauer außerhalb Österreichs, welche zwangsläufig zu einer Beendigung des gewöhnlichen Aufenthaltes in Österreich und zur Begründung eines gewöhnlichen Aufenthaltes in einem anderen Land führt, kann dabei nicht schematisch festgelegt werden. So kann ein gewöhnlicher Aufenthalt einerseits bei einer kürzer als sechsmonatigen Aufenthaltsdauer vorliegen, sofern Umstände vorliegen, die erkennen lassen, dass es sich nicht nur um ein vorübergehendes Verweilen handelt. Andererseits kann aber auch bei einem sieben- bis achtmonatigem Aufenthalt in einem (anderen) Land nicht schon allein auf Grund der Dauer von einem ständigen Aufenthalt in diesem Land gesprochen werden (VwGH 19.10.1993, 93/14/0118).

Die Berufungswerberin lebte seit Februar 1992 in Österreich, anfänglich gemeinsam mit ihrem österreichischen Ehemann in einem gemeinsamen Haushalt. In den Jahren 1998/1999 lebte sie in räumlicher Trennung von ihrem Ehegatten zuerst in einem Frauenhaus, später in einer Wohnung in K.. Von dort meldete sie sich am 9. Juli 1999 ab und gab eine Übersiedlung nach H. an die Wohnanschrift ihres Ehegatten an, ohne dort angemeldet worden zu sein. Vielmehr verließ sie am 11. Juli 1999 Österreich und verlegte ihren Wohnsitz in ihr Heimatland in das Haus ihrer Eltern (Angabe des Ehegatten im Verwaltungsakt: "*Kinder und Ehegattin sind ab Juli ... verzogen und am 26. Jänner 2000 zurückgekommen.*.", unbestritten gebliebene Begründung des an die Berufungswerberin ergangenen Bescheides über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für den Zeitraum August bis Oktober 1999: "*Ihre Kinder sind am 11. Juli 1999 ins Ausland übersiedelt*"; Ausführungen in der Berufung vom 10. Februar 2003: "*Von Anfang Juli 1999 bis Anfang Jänner ließ ich mich mit meinen Kindern in meinem Elternhaus ... nieder.*"). Bei einem Besuch im Heimatland der Berufungswerberin gelang es ihrem Ehegatten sie davon zu überzeugen, dass dieser sich geändert und sein Alkoholproblem in den Griff bekommen habe. Daraufhin entschloss sie sich im Jänner 2000 zu ihrem Ehemann zurückzukehren und mit diesem wiederum in einem

gemeinsamen Haushalt zu leben. Die Anmeldung beim zuständigen Meldeamt erfolgte mit 27. Jänner 2000.

Nachdem – wie sich aus obigen Ausführungen ergibt – die Begründung bzw. Aufgabe eines (gewöhnlichen) Aufenthaltes nicht schematisch nach der Dauer einer An- bzw. Abwesenheit richtet, ist die Verwirklichung oder Beseitigung äußerer Umstände, die in ihrer Gesamtheit eine besondere (rechtliche) Verbindung einer Person mit einem Ort ausmachen, zu prüfen. Nach der Literatur (vgl. Stoll, aaO) liegt – in Bezug auf § 26 BAO, was aber auch für den gegenständlichen Fall von ausschlaggebender Bedeutung ist – die Aufgabe des gewöhnlichen Aufenthaltes jedenfalls beim endgültigen Verlassen, bei der Ausreise, beim Abbrechen aller örtlichen Beziehungen ohne Aufrechterhaltung räumlicher Bindungen vor. Ob der Zustand der örtlichen Nahebeziehung in der Bedeutung des gewöhnlichen Aufenthaltes bei vorübergehenden, längeren oder kürzeren Abwesenheiten zu bestehen aufhört oder in seiner raumbezogenen Wesensart aufrecht bleibt, wird danach zu beurteilen sein, ob aus den Umständen der Abwesenheit, ihrer Dauer, ihrer Wiederholung oder der Entfernung auf den Rückkehrwillen geschlossen werden kann. In Grenzfällen ist darauf abzustellen, dass für den Fall eines nur vorübergehenden Auslandsaufenthaltes gleichzeitig zu dem Ort des Inlandsaufenthaltes eine Bindung besteht. Entscheidend ist sodann, bei welchem Aufenthaltsort die äußeren, mit dem Aufenthalt verbundenen, ihn bedingenden und formenden Umstände von größerem für die Verbundenheit der Person mit dem Ort sprechenden Gewicht sind. Mit der Aufgabe eines gewöhnlichen Aufenthaltes wird im Regelfall ein räumliches Naheverhältnis zu Umständen und Gegebenheiten anderer Orte begründet. Wenn diese Bindungen und Beziehungen zu anderen örtlichen Gegebenheiten im höheren Ausmaß entwickelt sind, ist in aller Regel der Schluss gerechtfertigt, dass diesfalls der bisherige gewöhnliche Aufenthalt aufgegeben wurde.

Auf Grund der familiären Situation – Alkoholmissbrauch und Gewalttätigkeiten des Ehemannes – hatte die Berufungswerberin offensichtlich bereits im Jahr 1998 den gemeinsamen Haushalt mit ihrem Ehemann aufgelöst, was in der Folge (nach einem Aufenthalt in einem Frauenhaus) auch dadurch deutlich zum Ausdruck kam, dass im Anschluss eine eigene Wohnung bezogen wurde. Daraus ist aber zwingend abzuleiten, dass die Berufungswerberin ein Zusammenleben mit ihrem Ehemann nicht mehr beabsichtigte bzw. dieses ihr nicht mehr möglich war. Diese Tatsache ergibt sich auch aus den Ausführungen in der Berufung, nach welchen sie sich während dieser Zeit schützen habe müssen, es ihr aber trotz räumlicher Trennung nicht gelungen sei, mit den Kindern in Ruhe zu leben. Deshalb habe sie sich im strittigen Zeitraum vom Juli 1999 bis Jänner 2000 in ihrem Elternhaus in ihrem Heimatstaat

niedergelassen. Daraus ergibt sich aber weiter, dass sie nach den äußereren Umständen (Aufgabe der bis dahin benutzten Wohnung, Vermeidung eines Kontaktes mit ihrem Ehemann, offensichtliche Gefährdung durch den Ehemann, keine Anmeldung an einem anderen inländischen Ort) jedenfalls ihre räumliche Nahebeziehung zum Inland abgebrochen und derartige Bindungen und Beziehungen in einem anderen Staat (Heimatstaat, Wiedereingliederung in die eigene Familie, Ansässigkeit in ihrem Elternhaus) begründet hat, welche zweifellos als größer anzusehen sind, als jene die zu diesem Zeitpunkt zu Österreich bestanden haben. Aus diesen äußereren Umständen lässt sich – in Übereinstimmung mit der oben dargestellten Literaturmeinung, welche auch auf der Judikatur der Höchstgerichte beruht – nur der Schluss ableiten, dass mit der Ausreise aus Österreich auch der gewöhnliche Aufenthalt in Österreich beendet und ein solcher im Heimatstaat begründet wurde. Dass es dem Ehemann anlässlich eines Besuches im Heimatstaat der Berufungswerberin „um die Weihnachtszeit“ gelungen ist, sie davon zu überzeugen, dass sie zu ihm zurückkehre, ändert nichts an dieser Einschätzung, ja wird diese sogar noch bestärkt, weil dadurch deutlich zum Ausdruck kommt, dass eine (frühere) Rückkehr ursprünglich überhaupt nicht geplant oder fixiert gewesen ist.

Mit der geschilderten Sachverhaltsannahme steht die nunmehr entscheidende Behörde im (teilweisen) Widerspruch zu den Ausführungen des rechtlichen Vertreters der Berufungswerberin im Vorlageantrag. Diese vermögen jedoch unter Betrachtung des unstrittigen Sachverhaltes nicht zu überzeugen bzw. enthalten diese (behauptete) Absichten der Berufungswerberin, die – wie oben ausgeführt – für die Entscheidung ob ein Aufenthalt beendet wurde oder nicht im Wesentlichen bedeutungslos sind. So wird im Vorlageantrag die Behauptung aufgestellt, die Berufungswerberin hätte in der Zeit der von ihrem Ehegatten getrennten Wohnsitznahme ständig Kontakt mit diesem gehabt und ihre Kinder in 14-tägigen Abständen regelmäßig für einen ganzen Tag ihrem Vater (im Rahmen einer Besuchsregelung bei aufrechter Ehe) übergeben. Eine im krassen Widerspruch zu den in der Berufung aufgezeigten Umständen des gegenständlichen Falles stehende Aussage, wenn doch der Aufenthalt im Frauenhaus und die räumliche Trennung von ihrem Ehegatten zu ihrem Schutz vor den Alkoholexzessen und Aggressionen notwendig war und diese auch zur Trennung vom Ehegatten und zur Ausreise aus Österreich führten. Wie konnte unter diesen Umständen ein ständiger Kontakt gepflegt werden und welche Mutter überlässt dem alkoholkranken und zu Aggressionen neigenden Ehepartner (im Einzelfall auch für Übernachtungen) unbeaufsichtigt minderjährige Kinder ? Auch wird in der Berufung ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Ehegatte sich weder finanziell um die Kinder angenommen habe noch diese beaufsichtigt

hätte ("*Der Kindesvater betonte, dass ihn das nicht interessiere, er hätte kein Interesse für die Kinder.*").

Auch die Ausführungen zur beabsichtigten Dauer des Auslandaufenthaltes im Vorlageantrag (es sei beabsichtigt gewesen nur die Ferien im Heimatland der Berufungswerberin zu verbringen) lassen sich aus den übrigen (ersten) Aussagen im Verwaltungsakt nicht ableiten und stehen zu den oben dargestellten äußeren Umständen und auch zu den Ausführungen in der Berufung im Widerspruch ("*Von Anfang Juli 1999 bis Anfang Jänner 2000 ließ ich mich mit meinen Kindern in meinem Elternhaus in den nieder.*", " *Im Juli 1999 reiste die Kindesmutter mit ihren Kindern für einige Monate in die ...* "). Es geht somit aus den ursprünglichen Ausführungen der Berufungswerberin die – nach der Literaturmeinung auch nicht entscheidungswesentliche – Absicht hervor, einige Monate (möglicherweise bestand die Hoffnung, dass der Ehegatte seine Alkoholkrankheit kurieren könne und eine Rückkehr irgendwann wieder möglich werden würde) und nicht nur die Ferienzeit im Heimatland der Berufungswerberin zu verbringen. Wäre nämlich ein Auslandsaufenthalt von vornherein nur während der Ferienzeit (zwei Monate) geplant gewesen, hätte die Berufungswerberin wohl auch Vorsorge für einen Rückflug getroffen, was tatsächlich aber nicht der Fall war und auch die behauptete vereinbarte Überweisung der Familienbeihilfe (maximal für zwei Monate) hätte die Berufungswerberin wohl nicht in die finanzielle Lage versetzt, Rückflugtickets für sich und ihre drei Kinder zu erwerben, da diese ja zur Bestreitung des Lebensunterhaltes dienen sollte. Weiters widersprechen sich auch die zeitlichen Angaben betreffend die Alkoholkrankheit des Ehegatten. Während nämlich in der Berufung die Notwendigkeit einer Ausreise im Juli 1999 mit der Alkoholkrankheit begründet wurde, wird im Vorlageantrag angeführt, dieser hätte bereits im Sommer 1999 alkoholabstinent gelebt und wird damit die behauptete geplante kurze Dauer (während der Ferien) des Auslandsaufenthaltes begründet. Weiters wird in der Berufung darauf hingewiesen, dass die Berufungswerberin anlässlich eines Besuches ihres Ehemannes "um die Weihnachtszeit" 1999 glaubte, dass dieser sich verändert habe, keinen Alkohol mehr trinke, nicht mehr aggressiv sei und sich Zeit für seine Kinder nehmen würde. Im Vorlageantrag wird der diesbezügliche Sachverhalt in anderer, mit den tatsächlichen und objektiv feststellbaren Gegebenheiten nicht übereinstimmender Weise dargestellt. Demnach wäre bereits im Sommer 1999 ein alkoholabstinentes Leben begonnen worden (darauf hätte die Berufungswerberin die Hoffnung begründet ab Herbst wieder gemeinsam leben zu können) und wäre im Herbst 1999 rückfällig geworden (was zur Nichtüberweisung der Familienbeihilfe und der Unmöglichkeit des Erwerbs der Flugtickets und somit der Rückkehr der Berufungswerberin und ihrer Kinder nach Österreich geführt habe).

Letztlich wäre es bei einer geplanten Rückkehr zu Schulbeginn im Herbst 1999 auch nicht notwendig gewesen, dass der Ehegatte im Dezember 1999 zur Berufungswerberin in deren Heimatstaat gereist wäre, um sie von seiner "Wandlung zum Besseren" zu überzeugen und zu einer Rückkehr nach Österreich zu überreden. Wäre nämlich von Vornherein eine Rückkehr beabsichtigt gewesen, hätte sich der Ehegatte seine eigenen Hin- und Rückflugkosten ersparen und stattdessen diesen Betrag an seine Ehegattin überweisen können, damit diese für sich und ihre Kinder Rückflugtickets kaufen hätte können. Vielmehr geht aus dieser Vorgangsweise auf Grund der objektiv feststellbaren Sachverhaltselemente eindeutig hervor, dass die Ausreise aus Österreich auf unbestimmte Zeit erfolgte und eine Rückkehr zu diesem Zeitpunkt (auf Grund der familiären und wohl auch finanziellen Umstände) gar nicht, wenn aber doch, dann erst zu einem Zeitpunkt ins Auge gefasst worden wäre, zu dem der Ehegatte seine Alkoholerkrankung überwunden gehabt hätte.

Wenn nunmehr im Vorlageantrag ausdrücklich betont wird, dass die Anmeldung im Jänner 2000 (lt. Vorlageantrag am 20. Jänner 2000, lt. Bestätigung des Meldeamtes am 27. Jänner 2000) an der Wohnung des Familienvaters und Ehegatten der Berufungswerberin erfolgt sei, trifft dies zu. Wenn daraus aber abgeleitet wird, dass dieser somit (auch während der Zeit vor der Anmeldung) den Familienwohnsitz dargestellt hätte, da die Kinder dort während der Besuchszeiten (im Zeitraum der räumlichen Trennung von der Kindesmutter ab einem nicht näher angeführten Zeitpunkt im Jahr 1998) gelebt hätten und dort "selbstverständlich" auch private Gegenstände und Kleidungsstücke der Kinder, aber auch der Ehefrau vorhanden gewesen wären, kann diese Behauptung nicht unwidersprochen bleiben. Tatsächlich steht nämlich auf Grund der Ausführungen in der Berufung und den Angaben des Meldeamtes fest, dass die Begründung des Wohnsitzes an dieser Adresse durch den Ehegatten der Berufungswerberin lt. Anmeldung erst am 29. März 1999 und somit lange nach der (räumlichen) Trennung erfolgte. Zur Glaubwürdigkeit der Ausführungen hinsichtlich des Aufenthaltes der Kinder beim Ehegatten der Berufungswerberin wird auf die obigen Ausführungen zu den 14-tägigen Besuchen der Kinder verwiesen. Dass sich auch die Berufungswerberin in dieser Wohnung regelmäßig aufgehalten, ja dort sogar gelebt hätte, widerspricht aber jeglicher Nachvollziehbarkeit, da sie sich nach ihren eigenen Angaben ab dem Jahr 1998 vor den Aggressionen ihres Ehegatten schützen habe müssen und sich vor diesem nahezu auf der Flucht befunden hat (Aufenthalt in einem Frauenhaus, Anmietung einer eigenen Wohnung in einer anderen Gemeinde, Ausreise aus Österreich).

Damit steht für die nunmehr entscheidende Behörde fest, dass die Ausführungen im Vorlageantrag einerseits nicht den tatsächlichen Sachverhalt wiedergeben, andererseits innere

Motive zum Inhalt haben, die aber für die Aufgabe eines (gewöhnlichen) Aufenthaltes nicht von entscheidender Bedeutung sind.

Wenn aber, wie oben ausgeführt, mit der Ausreise aus Österreich im Juli 1999 der Aufenthalt in Österreich beendet und somit unterbrochen wurde, bedeutet dies für die 60-Monatsfrist des § 3 Abs. 2 FLAG 1967, dass diese ab dem Zeitpunkt der Rückkehr nach Österreich im Jänner 2000 wiederum neu zu berechnen ist. Daraus folgt weiters, dass ein ständiger Aufenthalt in Österreich über mindestens 60 Monate vor dem streitgegenständlichen Zeitraum von November 2001 bis November 2002 nicht vorgelegen hat und die Bestimmung des § 3 Abs. 2 FLAG 1967 im vorliegenden Fall nicht anwendbar ist.

zu § 3 Abs. 3 FLAG:

Dazu wird im Vorlageantrag ausgeführt, dass die Berufungswerberin die Voraussetzungen dieser Bestimmung erfüllen würde, indem sie als Nichtösterreicherin den Haushalt führe, in dem die Kinder leben. Der andere Elternteil sei österreichischer Staatsbürger. Dem Gesetz wäre nicht zu entnehmen, dass es darauf ankäme, dass die Eltern einen gemeinsamen Wohnsitz haben oder dass die Ehe aufrecht ist.

Wie die Berufungswerberin dem Finanzamt selbst mitgeteilt hat, lebt sie ab dem 15. Oktober 2001 von ihrem Mann getrennt und wurde somit zu diesem Zeitpunkt der gemeinsame Haushalt jedenfalls aufgelöst.

Im Gegensatz zur im Vorlageantrag geäußerten Rechtsmeinung hat der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung ausgeführt, dass der Familienbeihilfenanspruch des haushaltsführenden Elternteiles nach § 3 Abs. 3 FLAG 1967 voraussetzt, dass die Eltern samt Kind(ern) in einem gemeinsamen Haushalt leben (VwGH 19.2.2002, 95/14/0097, VwGH 25.2.2003, 99/14/0312). Da diese Voraussetzung im gegenständlichen Fall nicht erfüllt ist, kann auch dieser Einwand der Berufung zum Erfolg verhelfen.

zur Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag:

Zusammenfassend ergibt sich aus den obigen Ausführungen, dass die Berufungswerberin als Nichtösterreicherin, keine der Voraussetzungen des § 3 FLAG 1967 erfüllt, weshalb im streitgegenständlichen Zeitraum kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht. Dass zwei ihrer Kinder österreichische Staatsbürger sind, ändert nichts an dieser Rechtslage (VfGH 5.12.1996, B 2965/95, VwGH 25.6.1997, 97/15/0025).

Nach § 26 Abs. 1 FLAG 1967 hat derjenige, der Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen, soweit der unrechtmäßige Bezug nicht ausschließlich durch eine unrichtige Auszahlung durch eine im § 46 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 genannte Gebietskörperschaft oder gemeinnützige Krankenanstalt verursacht worden ist. Zurückzuzahlende Beträge können auf fällige oder fällig werdende Familienbeihilfen angerechnet werden. Weiters bestimmt § 33 Abs. 4 Z 3 lit. a EStG 1988, dass der Anspruch auf den Kinderabsetzbetrag an die Gewährung der Familienbeihilfe geknüpft und bei zu Unrecht bezogenen Kinderabsetzbeträgen § 26 FLAG 1967 anzuwenden ist.

Da im gegenständlichen Fall für den Zeitraum November 2001 bis November 2002 kein Familienbeihilfensanspruch bestanden hat, waren die zu Unrecht bezogene Familienbeihilfe und die zu Unrecht bezogenen Kinderabsetzbeträge nach § 26 FLAG 1967 iVm. § 33 Abs. 4 Z 3 lit. a EStG 1988 mit dem bekämpften Bescheid, der inhaltlich den geltenden Rechtsvorschriften entspricht, zurückzufordern.

zur behaupteten Verfassungswidrigkeit:

Der Unabhängige Finanzsenat ist in seinen Entscheidungen nach § 18 B-VG an die bestehenden Gesetz gebunden. Zudem hat der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 5.12.1996, B 2965/95, deutlich zum Ausdruck gebracht, dass sich gegen § 3 FLAG 1967 keine verfassungsrechtlichen Bedenken ergeben, da eine Regelung, die für den Anspruch auf Familienbeihilfe von Ausländern bestimmte Voraussetzungen verlangt, die Inländer nicht erfüllen müssen, nicht unsachlich ist, zumal der Gesetzgeber bei Verfolgung familienpolitischer Ziele frei ist.

Es war daher wie im Spruchausgeführt zu entscheiden.

Innsbruck, 12. Feber 2004