



## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., W, gegen den Bescheid des Finanzamtes Amstetten Melk Scheibbs betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. Jänner 1999 bis 29. Februar 2004 entschieden:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird insofern abgeändert, als Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für den Zeitraum 1. Oktober 2003 bis 29. Februar 2004 rückgefordert werden.

Rückforderungsbetrag (in €):

Familienbeihilfe	$112,70 \times 5$	563,50
Kinderabsetzbeträge	$50,90 \times 5$	254,50
<b>Summe</b>		<b>818,00</b>

### Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.) ist österreichischer Staatsbürger. Seine Gattin besitzt die spanische Staatsbürgerschaft.

Der Bw. bezog im strittigen Zeitraum (Jänner 1999 bis Februar 2004) für den Sohn B., geb. am 3. August 1997 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge.

Am 23. September 2003 beantragte er für die in Spanien am 12. November 2003 geborene Tochter A ebenfalls die Gewährung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen. In einem

von seiner Mutter unterfertigten Ergänzungsschreiben zu diesem Antrag wurde Folgendes ausgeführt:

"Seit dem Studienabschluss in Graz und dem Ableisten des Bundesheeres wohnen die Fam. P. (U., C , B. und jetzt A) im Elternhaus und Haushalt seines Vaters und deren Schwestern in Wien und bei der Mutter in Waidhofen/Ybbs, wo sie ihre Studien privat fortsetzen: (Landwirtschaft ... und den damit zusammenhängenden Wissenschaften).

In Waidhofen steht ihnen ein größeres Grundstück des Vaters zur Bewirtschaftung zur Verfügung (Obst, Gemüse, Getreide, etc.) Sie leben bei uns im Haushalt mit und von ihren Ersparnissen, staatl. Zuwendung durch die Geburt des Kindes B. (und A). Sonstige Zuwendungen von Mutter, Vater, Tanten werden von uns als Leihgaben (Schulden) abgehandelt; in der Hoffnung auf Refundierung, wenn ihre umfangreichen Studien Früchte tragen; ansonsten wird der "Vorschuß" vom späteren Erbe abgegolten.

betreffend: Heimunterricht v. B.

Der Antrag auf Heimunterricht hat ausschließlich vor Schulbeginn zu erfolgen. Durch diese Verabsäumung ist jetzt die VS bereit ihn in der Vorschulkasse aufzunehmen. Bis zur Nachrechnung dieser Bestätigung bitte ich Sie, die Beihilfe für B. still zu legen. Die Familie hält sich wieder in Österreich auf, sind sehr zurückgezogen und wollen derzeit weitere Reisen vermeiden."

In einem an das Finanzamt gerichteten Schreiben vom 31. Oktober 2003, das wiederum von der Mutter des Bw. unterschrieben war, wurde vorgebracht, dass der Bw. und seine Familie bei den Kurzurlauben bzw. Aufenthalten in Spanien bei Eltern (Schwieger-), Tanten etc. keinerlei Unterstützung vom spanischen Staat erhalten hätten. Beigeschlossen war eine vom Bw. und dessen Gattin unterfertigte Bestätigung dieses Inhalts, ausgestellt in Spanien am 22. Oktober 2003. Da der Bw. und seine Familien jedoch hauptsächlich in Österreich wohnen und in Zukunft auch wohnen werden, ersuche er um Gewährung der Familienbeihilfe für A. Die Spanienaufenthalte seien als Übergang und Gewöhnung des Säuglings bzw. Kleinkindes an die doch viel kälteren Temperaturen zu sehen.

Laut einer weiteren Mitteilung der Mutter des Bw. habe die Familie P.-F kein eigenes Familieneinkommen, sondern lebe von Zuwendungen der Verwandtschaft, welche diese als Darlehen vorschieße. Der Bw. bewirtschaftete ein Grundstück seines Vaters in Waidhofen, vermutlich Y Straße 1, das er zum Anbau von Obst und Gemüse und zu privaten landwirtschaftlichen Studienzwecken nutze.

Bei einer seitens des Finanzamtes vorgenommenen unangemeldeten Erhebung am 4. November 2004 stellte das Organ fest, dass sich der Bw. nicht in Österreich aufhalte. Aus dem über die Erhebung angefertigten Aktenvermerk vom 5. November 2004 ergibt sich, dass die Mutter „in einem offenen Gespräch“ angegeben habe, dass die erfolgten Hauptwohnsitzmeldungen im Hinblick auf eine gewisse Absicherung (Kontakt zur Heimat, gegebenenfalls bessere Versicherungsbedingungen, etc.) erfolgten, obwohl der Bw. samt Familie nur gelegentlich nach Waidhofen auf Besuch komme. Er lebe mit seiner Familie in Spanien von dem, was die Verwandten und die Natur hergebe.

Das Finanzamt erließ am 30. November 2004 einen Bescheid und wies das Ansuchen des Bw. auf Gewährung der Familienbeihilfe für die Tochter A ab November 2002 mit folgender Begründung ab:

"Gemäß § 2 Abs. 8 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 haben Personen, die sowohl im Bundesgebiet als auch im Ausland einen Wohnsitz haben, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Bundesgebiet haben und sich die Kinder ständig im Bundesgebiet aufhalten. Eine Person hat den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.

Nach verschiedenen hieramtlichen Erhebungen musste festgestellt werden, dass Sie und Ihre Familie sich nicht an den in Ihren Anträgen angeführten Wohnsitzen aufhielten. Laut Aussage Ihrer Mutter anlässlich einer amtlichen Erhebung vom 4.11.2004, bei der Sie wieder nicht an der im Antrag angegebenen Wohnsitzadresse anzutreffen waren, erfolgten die in Österreich getätigten Hauptwohnsitzmeldungen im Hinblick auf eine gewisse Absicherung (Kontakt zur Heimat, gegebenenfalls bessere Versicherungsbedingungen etc.), obwohl Sie mit Ihrer Familie nur gelegentlich nach Waidhofen/Ybbs zu Besuch kamen. Sie sind mit einer spanischen Staatsbürgerin verehelicht und leben – nach Aussage Ihrer Mutter vom 4.11.2004 – in Spanien von dem, was Verwandte und Natur hergeben."

Mit selben Datum erließ das Finanzamt bezüglich des Sohnes B. einen Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge betreffend Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für den Zeitraum Jänner 1999 bis Februar 2004.

Zur Begründung wurde ausgeführt, dass die Familie vorwiegend in Spanien lebe und dort den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen habe. Gemäß §§ 2 Abs. 8 und 5 Abs. 3 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 bestehe daher in Österreich kein Anspruch auf Familienbeihilfe für B..

Die Mutter des Bw. brachte mit Schreiben vom 30. Dezember 2004 namens ihres Sohnes eine Berufung ein, die mit „Gegendarstellung gegen den Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge vom 30.11. d. J.“ überschrieben ist. Dadurch ist klargestellt, dass der Abweisungsbescheid betreffend Gewährung der Familienbeihilfe für die Tochter A nicht angefochten wurde und daher in Rechtskraft erwachsen ist. Die Mutter des Bw. führte in der Berufung Folgendes aus:

"Wenn ich mir Ihr Schreiben vom 30.11. d.J. genau anschau, trifft gem. § 2 Abs. 8 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 genau zu und wurde von Bw. in diesem Sinne vollständig erfüllt. Bw. hat jedoch keinen Wohnsitz im Ausland. Sein Wohnsitz ist nur in Österreich, und der Mittelpunkt seiner Lebensinteressen liegt nach wie vor im Bundesgebiet der Republik Österreich. Er hat seine engeren persönlichen und wirtschaftlichen Interessen und Beziehungen zum Staat Österreich als ausgebildeter Dipl.Ing. der Architektur auf der UNI Graz und Sevilla und Ing. in Flugtechnik der HTL Graz.

Die Einschulung seines Sohnes B. in Österreich nach dem Pflichtschulgesetz in die hiesige Volksschule wäre unter dem laufenden Schuljahr nicht möglich gewesen – ausgenommen für die Vorschule; während er von Spanien alle entsprechenden Unterlagen für Heimunterricht bekommen konnte und erhalten hatte. Obwohl B. ausschließlich in Österreich in die Schule gehen wollte, und sich anfangs weigerte, die spanischen Vorlagen anzunehmen. Die Einschulung in die Vorschule war nicht im Sinne seiner Eltern. Ein Jahr wäre verloren gewesen. Schließlich hatte seine Mutter doch noch ein Wörtchen mitzureden.

Infam finde ich Ihre Behauptung, dass Bw. wegen "besserer Versicherungsbedingungen", wie Sie im Schreiben vom 30.11. d.J. angeben, hierorts gemeldet sei. Wenn Sie uns dies unterstellen, wie sollen wir wissen, ob Sie andernfalls unvoreingenommen, rechtmäßig denken und handeln.

Ihr ermittelnder Beamter kam am 4.11.04 mit vorgefertigter Meinung zu uns und gab sich auch die Antworten, die er selbst hören wollte. Denn meine Aussagen, wie sie im Schreiben bezügl. A P. vom 30.11. in Ihrer FA-Begründung stehen, sind teilweise aus meinem früheren Schreiben an Sie, sg. Herr X, entnommen, und offensichtlich von anderen "Erhebungen", die Sie veranlasst haben, jedoch nicht von mir am 4.11. d.J. gegenüber Ihrem Erhebungsbeamten.

Ich sagte folgendes: "Ja, es ist bei Gott nicht einfach Aussteiger bzw. Lebenskünstler zu sein, und in Liebe zu seiner Familie und voller Hingabe für sie leben zu wollen! Ich hoffe, Sie, sg. Herr X, verstehen das? – Ihr ermittelnder Beamter hat dazu gelächelt... Vielleicht hat er verstanden?

Mit Ihrem Schreiben vom 12.1.2004 war der Fall B. P. vom FA und für das FA abgeschlossen. Wir sehen daher keinen Anlass uns weiterhin rechtfertigen zu müssen, warum B. P. am 4.11.04 hierorts nicht anzutreffen war...

Begründung:

Aufgrund unserer 3-monatigen Pilger-Reise vom Sonntagsberg nach Santiago de Compostella (gemeinhin als Jakobsweg bekannt), waren wir leider noch nicht in der Lage, rechtzeitig für Sie die Bestätigung der tatsächlichen Aufenthalte von 1999 – 2004 betreffend B. P. dem FA Amstetten zu übersenden. Die Verzögerungen entstanden zusätzlich durch die Weihnachtszeit und durch diverse Weihnachtsurlaube involvierter Personen...

Der Bw. legte sodann folgende Schreiben vor:

Schreiben von S.G., H., vom 3.2.2005

"... Herrn Bw. lernte ich bereits 1995 bei einem befreundeten Demeter-Bauern... kennen. Seine Familie schließlich nach und nach in den folgenden Jahren.... Bereits ab 1998 lernte Bw. Schritt für Schritt alle Zusammenhänge der Kräuterkunde anhand unseres damaligen Kräutergarten kennen. Bis Anfang 2003 waren auch seine Planungen bezüglich Errichtung einer biologischen ganzheitlichen Existenz abgeschlossen und vor der Realisierung ... 2003 übersiedelten wir auch unseren Kräutergarten von C. nach D.. Selbst in dieser für uns anstrengenden Zeit war Bw. mit seinem Sohn B. häufig zugegen und begleitete unsere Aufbauarbeit. Ende 2003 (Dezember) bis Jänner 2004 waren auch seine Frau C mit ihrem zweiten gemeinsamen Kind (Tochter) bei uns zu Besuch. Für uns war es schade zu hören, dass seine Frau ihn überredete, seine biologischen Pläne in Spanien zu verwirklichen... Zur Zeit (2005) denke ich, kann es unter bestimmten Voraussetzungen noch immer sein, dass Bw. und seine Familie ihre Existenzgrundlage hier bei uns errichten. Ich weiß, dass U. in Wirklichkeit in Österreich seine wirtschaftlichen Pläne umsetzen möchte."

Schreiben von H, L-Gasse und Wien, K., ohne Datum:

"...Bw. und seine Familie übersiedelten Nov. 1998 nach Wien zu seinen Tanten und später nach Waidhofen/Ybbs zu seiner Mutter. Bis zur Abreise der Familie P. nach Spanien, im Jänner 2004, begegneten wir einander sehr oft. Sei es bei Geburtstagen, gemeinsamen Unternehmungen wie Ausflügen in den Prater oder Tiergarten in Wien oder der großen Reise nach Spanien. Und leider auch bei Begräbnissen im Jahr 1999..."

2002 musste ich von Klosterneuburg, ... nach We...übersiedeln, wobei sie mir eine wertvolle Hilfe waren, Bw. vor allem im technischen Bereich. Das Angebot, bei mir manchmal zu wohnen, nahmen sie dann auch wahr. C, Ehefrau von Bw., flog jedoch Mitte Sept. 2002, vor der Geburt ihres 2. Kindes, nach Spanien. U. und B. fuhren mit der Mutter (Großmutter) mit dem Auto nach Spanien. Sie kamen vor Weihnachten 2002 wieder zurück, während C u. Tochter A aus gesundheitlichen Gründen nicht nachfliegen konnten... Im Sommer 2003, während ich in den USA weilte, stellte ich ihnen wieder, U., B. und seiner Mutter, meine Wohnung 3... We... zur Verfügung, damit sie nicht leer stand. Nach meiner Rückkehr von den USA begleitete ich U. u. B. mit dem Auto nach Spanien zu C u. A. Das war im September 2003...Nach dem 1. Geburtstag von A (12.11.) in Spanien, packten wir alle unsere Koffer

und kehrten wieder nach Österreich heim....Zurück in Österreich, nach ein paar Tagen Aufenthalt bei mir in We... besuchten sie eine befreundete Familie in Melk, wo sie dann auch blieben. Im Jänner kamen sie zu mir zurück und C flog mit beiden Kindern (relativ unerwartet) nach Spanien zurück. Bw. regelte noch einiges in Österreich und fuhr dann mit seinem Auto... nach Spanien."

Schreiben von S.A., WY, vom 21.1.2005:

"Ich bestätige als ehemalige Angestellte im Bioladen "Die HOF-Lieferanten" in Waidhofen/Ybbs, dass ich Herrn Bw. und seinen Sohn B. in der Zeit zwischen 2000 und 2003 (September 2003) regelmäßig bedient habe."

Schreiben von G, H-Str, vom 24.1.2005:

"Ich bestätige, dass ich die Familie Bw., seine Frau C und ihren Sohn B. kennen. Wir haben uns im Zeitraum 1999 bis Sommer 2003 öfter gesehen und besucht, anfangs noch in Wien... später in Waidhofen... Ich weiß, dass sich Bw. in Waidhofen ansiedeln wollte, da ihm vom Vater ein größerer Baugrund zur Verfügung gestellt worden wäre."

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

#### **Gesetzliche Bestimmungen:**

Gemäß § 2 Abs 8 FLAG haben Personen, die sowohl im Bundesgebiet als auch im Ausland einen Wohnsitz haben, Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt des Lebensinteresses im Bundesgebiet haben und sich die Kinder ständig im Bundesgebiet aufhalten. Eine Person hat den Mittelpunkt der Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.

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

Im Erkenntnis vom 18.1.1996, 93/15/0145, führt der Verwaltungsgerichtshof aus, dass eine Person zwar mehrere Wohnsitze, jedoch nur einen Mittelpunkt der Lebensverhältnisse haben kann. Nach den Erfahrungen des täglichen Lebens bestehen im Regelfall die stärksten persönlichen Beziehungen zu dem Ort, an dem man regelmäßig und Tag für Tag mit seiner Familie lebt. Daraus folgt, dass der Mittelpunkt der Lebensverhältnisse einer verheirateten Person regelmäßig am Ort des Aufenthaltes ihrer Familie zu finden sein wird.

Als Auslegungshilfe ist auch der Wohnsitz- und Aufenthaltsbegriff des § 26 BAO heranzuziehen, wonach einen Wohnsitz jemand dort hat, wo er eine Wohnung innehaltet unter Umständen, die darauf schließen lassen, dass er die Wohnung beibehalten und benutzen wird (Abs 1). Den gewöhnlichen Aufenthalt hat jemand 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 (Abs 2). Die polizeiliche Ab- und Anmeldung ist hiebei nicht

entscheidend (VwGH 26.11.1991, 91/14/0041). Als Anhaltspunkt für eine Mindestfrist für die Innehabung der Wohnung unter Umständen, die auf die Beibehaltung und Nutzung schließen lassen, wird auf die zitierte Sechsmonatsfrist des § 26 Abs 2 abgestellt (siehe Ritz, BAO<sup>3</sup>, § 26 Tz 9).

**Folgendes steht im vorliegenden Fall fest:**

- Der Bw. war und ist in Österreich nicht berufstätig.
- Der Bw. war vom 15. Jänner 1991 bis 9. Oktober 2002 in 3340 Waidhofen/Ybbs, Y-Straße mit einem Nebenwohnsitz gemeldet. Vom 7. Jänner 1999 bis 9. Oktober 2002 hatte er einen weiteren Nebenwohnsitz in 1130 Wien, F-Gasse. Vom 7. Jänner 1999 bis 9. Oktober 2002 war er in 1130 Wien, H-Gasse mit einem Hauptwohnsitz gemeldet. Vom 9. Oktober 2002 bis 28. Juni 2004 hatte er dann in Waidhofen, W-Gasse einen Hauptwohnsitz. Seit 9. Oktober 2002 hat er bis dato in 1130 Wien, H-Gasse einen Nebenwohnsitz und seit 28. Juni 2004 einen Hauptwohnsitz in Waidhofen, Y-Straße.
- Seine Gattin ist seit 7. Jänner 1999 mit einem Hauptwohnsitz in 1130 Wien, H-Gasse und seit 28. Juni 2004 mit einem Nebenwohnsitz in 3340 Waidhofen/Ybbs, Y-Straße, gemeldet. Von 12. November 2003 bis 28. Juni 2004 war sie mit einem Nebenwohnsitz in 3340 Waidhofen, W-Gasse, gemeldet.
- Der Sohn des Bw. ist seit 7. Jänner 1999 mit einem Hauptwohnsitz in 1130 Wien, H-Gasse und seit 28. Juni 2004 mit einem Nebenwohnsitz in 3340 Waidhofen/Ybbs, Y-Straße gemeldet.
- Der schulpflichtige Sohn (geb. 1997) besuchte in Österreich niemals die Schule.
- In dem Haus in Waidhofen/Ybbs, Y-Straße ist der Bruder des Bw. seit 10. November 1982 mit einem Hauptwohnsitz gemeldet.
- Im selben Haus war auch die Mutter des Bw. vom 28. Juni 2004 bis 19. Jänner 2007 mit einem Hauptwohnsitz gemeldet. Seit 19. Jänner 2007 ist sie unter derselben Adresse mit einem Nebenwohnsitz gemeldet.
- Die Gattin des Bw. und Sohn B. sind seit 7. Jänner 1999 bis dato in 1130 Wien, H-Gasse mit einem Hauptwohnsitz gemeldet. Der Bw. war unter derselben Adresse vom 7. Jänner 1999 bis 9. Oktober 2002 mit einem Hauptwohnsitz gemeldet.

Die Berufungsbehörde nimmt es als erwiesen an, dass sich der Bw. und sein Sohn B. seit Oktober 2003 nicht mehr ständig in Österreich aufgehalten haben. Diese Annahme gründet sich auf folgende Umstände:

Bei der im November 2004 durchgeführten Erhebung hat sich nachvollziehbar ergeben, dass sich der Bw. und sein Sohn B. nicht in Österreich aufhalten. Hierfür spricht auch der Umstand, dass der Sohn keine österreichische Schule besucht hat. Weiters hat die Mutter des Bw. im Namen ihres Sohnes alle Eingaben im Berufungsverfahren verfasst, wobei angenommen werden kann, dass sie hierzu nach § 83 Abs. 4 BAO berechtigt war, was ebenfalls darauf schließen lässt, dass sich der Bw. nicht (mehr) in Österreich aufhält. Zu klären ist dabei nur mehr, ab welchem Zeitpunkt dies der Fall ist.

S.G. spricht davon, dass noch 2003 der Bw. und sein Sohn „unsere Aufbauarbeit begleiteten“. Seine Frau sei Dezember 2003 bis Jänner 2004 auf Besuch gewesen.

H führt aus, dass sie im September 2003 den Bw. und seinen Sohn mit dem Auto nach Spanien begleitet hat. Sie kamen anschließend auf Besuch und fuhren dann (im Jänner 2004?) nach Spanien zurück.

S.A. bestätigt, dass sie den Bw. und seinen Sohn zwischen 2000 und September 2003 regelmäßig bedient habe.

G sagt aus, dass sie den Bw., seine Frau und seinen Sohn im Zeitraum 1999 bis Sommer 2003 öfter gesehen hat.

Aus diesen durchaus glaubwürdigen Aussagen ergibt sich, dass der Bw. und sein Sohn im Sommer/Herbst 2003 Österreich verlassen haben. Als wahrscheinlichster Zeitpunkt ist der September 2003 anzusehen.

#### **In rechtlicher Hinsicht folgt daraus:**

Festgehalten sei zunächst, dass die Verordnung (EWG) 1408/71 im Berufungsfall offensichtlich nicht anwendbar ist, da weder der Bw. noch dessen Gattin in Österreich oder Spanien berufstätig sind und auf sie auch sonst die Voraussetzungen des Artikel 1 dieser VO nicht zutreffen.

Somit ist innerstaatliches Recht anzuwenden. Kann es nach dem oben Gesagten als erwiesen angenommen werden, dass der Bw. und dessen Sohn im September 2003 Österreich verlassen haben, so hat ab diesem Zeitpunkt weder der Bw. seinen Mittelpunkt seiner Lebensinteressen im Bundesgebiet noch hält sich sein Sohn ständig im Bundesgebiet auf. Die Voraussetzungen des § 2 Abs. 8 und des § 5 Abs. 3 FLAG sind daher nicht mehr erfüllt. Nach § 10 Abs. 2 FLAG steht daher ab Oktober 2003 keine Familienbeihilfe mehr zu.

Somit war der Rückforderungsbescheid vom 30.11.2004 insofern abzuändern, als Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge nur für den Zeitraum Oktober 2003 bis Februar 2004 rückgefordert werden.

Wien, am 20. September 2007