

## **IM NAMEN DER REPUBLIK**

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin R in der Beschwerdesache A, Adr, über die Beschwerde vom 18.5.2015 gegen den Bescheid der belangten Behörde Finanzamt Innsbruck vom 14.4.2015, SV-Nr, betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum November 2009 bis November 2014 zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

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

## **Entscheidungsgründe**

Frau A (= Beschwerdeführerin, Bf), gemeldet mit Wohnsitz im Inland in X-AGasse1, hatte für die Kinder B, geb. März 2002, und C, geb. Juni 2009, laufend Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag bezogen.

Aufgrund einer Mitteilung des Magistrates der Stadt X vom 21.11.2014, wonach lt. durchgeführter Erhebungen (Ortsaugenschein 7.11.2014, ergebnislose Vorladung für 19.11.2014) die Bf nicht mehr in X wohne und seit Juni 2013 nicht mehr zur Sozialversicherung in Österreich aufscheine, wurde vom Finanzamt die Auszahlung der Familienbeihilfe eingestellt.

Aus einem im Akt erliegenden Auszug der Sozialversicherungsdaten gehen im Zeitraum 1.1.2009 bis 30.6.2013 Zeiten der Selbstversicherung, Bezug von KBG und Kindererziehungszeiten hervor; daneben sind keine Einkünfte aus einer Tätigkeit angemerkt.

Laut Abfragen im Zentralen Melderegister (ZMR) ist die Bf seit März 2002 und sind die beiden mj. Söhne jeweils seit deren Geburt an der Adresse in X-AGasse1, mit Hauptwohnsitz gemeldet.

Mit Vorhalt vom 1.12.2014 wurde vom Finanzamt die Beibringung verschiedener Unterlagen (ua. Schulbesuchsbestätigungen für Sohn B) angefordert; dieses Schreiben blieb unbeantwortet.

Das Finanzamt hat daraufhin mit Bescheid vom 14.4.2015, SV-Nr, von der Bf für die beiden Kinder im Zeitraum November 2009 bis November 2014 zu Unrecht bezogene Beträge an Familienbeihilfe (FB) und Kinderabsetzbetrag (KG) in Höhe von insgesamt € 22.172,70 zurückgefordert.

Begründend wird ausgeführt: Da die Bf die angeforderten Unterlagen nicht beigebracht habe, habe sie ihre Mitwirkungspflicht nach § 115 BAO verletzt. Aufgrund fehlgeschlagener Erhebungen am 7.11. und 19.11.2014 sei anzunehmen, dass die Bf den Mittelpunkt der Lebensinteressen nicht in Österreich und damit keinen Anspruch auf FB habe, weshalb die FB für genannten Zeitraum rückzufordern sei.

In der dagegen rechtzeitig erhobenen Beschwerde wird die ersatzlose Bescheidaufhebung begehrt und vorgebracht, die Bf und die beiden in X geborenen Kinder seien österreichische Staatsbürger. Die Bf habe am 24.6.2011 mit V, italienischer Staatsbürger, am Standesamt X die Ehe geschlossen und sei anschließend mit beiden Kindern an den Wohnort des Ehegatten in Italien, Y-BGasse2, umgezogen, wo sich seit Juli 2011 ihr Hauptwohnsitz befinde. Sie habe zufolge einer Auskunft des Finanzamtes den inländischen Wohnsitz beibehalten und sei in Italien nicht gemeldet, wo sie auch keine FB oder Ähnliches beziehe. Die Wohnung in X werde regelmäßig von der Bf mit der Familie in den Monaten Juni bis inkl. September sowie in den Weihnachtsferien und zu Ostern benützt. Aufgrund des gemeldeten inländischen Wohnsitzes sei der FB-Anspruch aufrecht. Mangels Einkommen habe sie nie einen Kinderabsetzbetrag erhalten.

Aus einer nochmaligen Abfrage der Sozialversicherungsdaten ab dem Jahr 2005 geht hervor, dass die Bf lediglich von Jänner bis August 2005 und im Juni 2006 geringfügig beschäftigt und anschließend bis Juni 2009 nach ASVG selbstversichert war.

In Beantwortung eines Ergänzungsersuchens des Finanzamtes vom 31.7.2015 wurden von der Bf vorgelegt:

- Heiratsurkunde über die Eheschließung mit V am 24.6.2011 in X;
- Geburtsurkunden betr. den Sohn B, geb. März 2002 in X, und betr. Sohn C, geb. Juni 2009 in X, dessen Vater ist V;
- ein italienisches Formular "ISEE" bzw. "INPS Einkommenslage 2012", woraus hervorgeht, dass sich der Haushalt in Italien, Y-BGasse2, aus der Bf, deren Gatten und den Kindern B, C und D, geb. 2012, zusammensetzt.

Laut Selbsterklärung zur Einkommenssituation sind beide Ehegatten arbeitslos und ohne jegliche Einkünfte;

- Bestätigungen zum Sohn B für die Schuljahre 2008/2009 bis 2014/2015 über den Besuch an einer italien. Schule in Y;
- Bestätigung über die Beschäftigungszeiten des Ehegatten 2004 – 2015, wonach er in dem Zeitraum monatsweise verschiedensten Beschäftigungen in Italien nachgegangen

ist.

Dazu führt die Bf in der Stellungnahme vom 12.8.2015 aus:

Sie sei zwar teilweise in Italien wohnhaft und auch gemeldet, jedoch beschäftigungslos und erhalte dort keine soziale Unterstützung. Der Hauptwohnsitz sei in X. Der Sohn B besuche in Italien die Schule, um die italienische Sprache besser zu erlernen und aufgrund der längeren Ferienzeiten. Auch der zweite Sohn C werde in Italien zur Schule gehen. Laut Bestätigung sei der Gatte die meiste Zeit beschäftigungslos und teils als Hilfskraft tätig gewesen, weshalb er mangels Einkommen auch keinen Anspruch auf die italienische FB gehabt habe. Die Bf sei seit der Geburt der Kinder nicht mehr als Archäologin tätig, sondern nur mehr Hausfrau und Mutter und arbeite sporadisch an ihrer Dissertation.

In der Folge wurde die Finanzpolizei um Erhebungen zur Feststellung des Mittelpunktes der Lebensinteressen der Bf samt Kindern ersucht. Von Seiten der Finanzpolizei wurde am 18.1.2016 ua. mitgeteilt, dass bei mehrfachen Ortsaugenscheinen im September und November 2015 an der Wohnadresse in X-AGasse1, niemand angetroffen worden sei. Anstelle einer wegen Abwesenheit nicht möglichen Einvernahme habe die Bf am 28.12.2015 ein e-mail übermittelt, woraus hervorgehe, dass sie sich hauptsächlich in Italien aufhalte und die Wohnung in X nur beibehalten habe, um die Familienbeihilfe beziehen zu können.

Die abweisende Beschwerdevorentscheidung wurde nach Darstellung der bezughabenden gesetzlichen Bestimmungen dahin begründet, dass Anspruch auf FB nur für Personen bestehe, die den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet, dh. in Österreich haben. Dieser liege aufgrund der stärksten persönlichen Beziehungen insbes. bei verheirateten Personen dort vor, wo sie mit der Familie im gemeinsamen Haushalt leben. Ebenso läge für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, kein Anspruch vor, wobei vorübergehende Abwesenheiten (Ferien etc.) den gewöhnlichen Aufenthalt (hier im Ausland) nicht unterbrechen würden. Im Hinblick auf den erwiesenen Schulbesuch des Sohnes in Italien und den bloß vorübergehenden Aufenthalt der Familie in der Wohnung im Inland in Ferienzeiten bestehe kein Zweifel, dass der Lebensmittelpunkt der Bf mit der ganzen Familie in Italien gelegen sei.

Mit Antrag vom 15.2.2016 wurde die Vorlage der Beschwerde zur Entscheidung durch das Bundesfinanzgericht ohne weitere Begründung begehrt.

### **Über die Beschwerde wurde erwogen:**

1.) Nach § 2 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967, BGBl 376/1967 idgF., haben Anspruch auf Familienbeihilfe Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben,  
lit a) für minderjährige Kinder, ...

## § 2 Abs. 8 FLAG 1967 lautet:

"Personen haben 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."

Eine Person kann nach der geltenden Rechtsprechung zwar mehrere Wohnsitze haben, jedoch nur einen (1) Mittelpunkt der Lebensinteressen iSd § 2 Abs. 8 FLAG (vgl. VwGH 18.1.1996, 93/15/0145; VwGH 28.10.2009, 2008/15/0325).

Die polizeiliche Ab- und Anmeldung (§ 1 Abs. 1 MeldeG) ist dabei nicht entscheidend (VwGH 3.7.2003, 99/15/0104) und kann lediglich ein Indiz darstellen bzw. in Zweifelsfällen einen Begründungsanhalt bieten (VwGH 20.6.1990, 89/16/0020).

Zunächst stellen die auf die einzelnen Wohnsitze entfallenden Aufenthaltszeiten ein bedeutsames quantitatives Kriterium dar, wo der Mittelpunkt der Lebensinteressen einer Person besteht (VwGH 19.2.1987, 86/16/0198).

Weiters hat der Verwaltungsgerichtshof 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 die Führung eines *gemeinsamen Haushaltes* voraus (VwGH 30.1.1990, 89/14/0054).

Die der Lebensgestaltung dienenden wirtschaftlichen Beziehungen treten diesfalls hinter diese persönlichen Bindungen eindeutig zurück, weil ihnen in der Regel eine geringere Bedeutung als den persönlichen Beziehungen zukommt (VwGH 28.10.2008, 2008/15/0114; vgl. zu vor: *Csaszar/Lenneis/Wanke*, FLAG-Kommentar, Rz. 14 ff. zu § 2).

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

Bei der Frage des "ständigen Aufenthaltes" iSd § 5 Abs. 3 FLAG geht es um *objektive* Kriterien, die nach den Gesichtspunkten des Vorliegens eines **gewöhnlichen Aufenthaltes** nach § 26 Abs. 2 BAO zu beurteilen sind (vgl. VwGH 24.6.2010, 2009/16/0133; VwGH 22.4.2009, 2008/15/0323; VwGH 28.11.2007, 2007/15/0055; VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103).

Diese Beurteilung hat nicht auf den subjektiven Gesichtspunkt des "Mittelpunktes der Lebensinteressen" abzustellen, sondern auf das objektive Kriterium der *grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit* (vgl. VwGH 21.9.2009, 2009/16/0178).

Gemäß § 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. Ein Aufenthalt in dem genannten Sinne verlangt grundsätzlich körperliche Anwesenheit (VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103).

Daraus folgt auch, dass eine Person zwar mehrere Wohnsitze, jedoch nur einen (1) gewöhnlichen Aufenthalt haben kann (vgl. VwGH 9.11.2004, 99/15/0008).

Um einen gewöhnlichen Aufenthalt aufrecht zu erhalten, ist 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 27.4.2005, 2002/14/0050; VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103; vgl. zu vor: *Ritz*, BAO-Kommentar, 5. Auflage, Rzn 13 und 17 zu § 26 mit weiteren Verweisen zu Judikatur und Lehre).

Das (teilweise) Verbringen der Ferien in Österreich ist jeweils als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, wodurch der ständige Aufenthalt der Kinder im Ausland nicht unterbrochen wurde (VwGH 27.4.2005, 2002/14/0050; VwGH 2.6.2004, 2001/13/0160; VwGH 28.11.2002, 2002/13/0079; VwGH 8.6.1982, 82/14/0047).

Diesfalls ist der Anspruch auf Familienbeihilfe auch nicht etwa für jene Ferienzeiten gegeben, die im Inland (zB monatsweise in den Sommerferien) verbracht werden (VwGH 20.6.2000, 98/15/0016).

**3.) Nach § 33 Abs. 3 EStG 1988** idgF. steht Steuerpflichtigen, denen auf Grund des FLAG 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, im Wege der *gemeinsamen Auszahlung* mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag (KG) von monatlich € 58,40 für jedes Kind zu.

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

Wurden Kinderabsetzbeträge iSd § 33 Abs. 3 EStG zu Unrecht bezogen, so ist ebenfalls § 26 FLAG anzuwenden und sind diese zurückzuzahlen.

**4.)** An Sachverhalt ist gegenständlich anhand der eigenen Angaben der Bf, der vorgelegten Unterlagen sowie der durchgeführten Erhebungen zunächst davon auszugehen, dass die Bf *spätestens* im Anschluss an ihre Verehelichung mit dem italienischen Staatsbürger V im Juni 2011, dh. ab Juli 2011 zusammen mit ihren dazumal beiden mj. Söhnen B und C vom Wohnsitz in X an den Wohnsitz des Ehegatten in Italien, Y, verzogen ist. Dort besteht ein gemeinsamer Haushalt der Bf mit ihrem Ehegatten und den mittlerweile drei mj. Kindern.

Gleichzeitig steht fest, dass zufolge der vorgelegten Bestätigungen der mj. Sohn B ab dem Schuljahr 2008/2009 zunächst die Volksschule und anschließend die Mittelschule in Italien/Y, laufend besucht hat und sich somit zwangsläufig regelmäßig am dortigen Wohnsitz körperlich aufgehalten hat. Auch der zweite Sohn, geb. Juni 2009, besucht die Schule in Italien.

Nach eigenen Angaben hat die Familie bzw. die Bf mit den Kindern jährlich die Sommerferien (Juni bis September) sowie die Oster- und Weihnachtsferien (je ca. 2 Wochen) in der Wohnung im Inland verbracht.

Laut Auszug der Sozialversicherungsdaten hat die Bf ab Juli 2006 keine inländische Beschäftigung mehr ausgeübt.

**5.)** Nach oben dargelegten gesetzlichen Bestimmungen samt Judikatur liegt diesfalls, da aufgrund des nachgewiesenen Schulbesuches die dortige durchgehende körperliche Anwesenheit des Sohnes feststeht, der "gewöhnliche Aufenthalt" iSd § 26 Abs. 2 BAO des Sohnes B in Italien ab dem Herbst 2008 vor. Daran ändert auch nichts, wie vorgebracht, das Verbringen der Ferien in Österreich, da dies nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung jeweils als vorübergehende Abwesenheit (vom Auslandsaufenthalt) zu beurteilen ist, wodurch der ständige Aufenthalt des Kindes im Ausland nicht unterbrochen wird.

Gemäß § 5 Abs. 3 FLAG 1967 besteht für ein solches Kind, das sich ständig im Ausland aufhält, kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

Im Hinblick darauf sowie auf den Umstand, dass laut Sozialversicherungsdaten ab Juli 2006 keinerlei berufliche Tätigkeit der Bf im Inland mehr ausgewiesen ist, kann weiters darauf geschlossen werden, dass sich die Bf nicht erst – wie behauptet - ab der Verheleichung, sondern tatsächlich bereits zuvor und wohl spätestens ab dem Schulbesuch des Sohnes B, dh. zwecks Betreuung des Kindes ab dem Herbst 2008 ebenso in Italien aufgehalten haben wird. Diese Annahme findet nach Ansicht des BFG ihre Bestätigung ua. auch darin, dass die Bf selbst angibt (siehe Stellungnahme vom 12.8.2015), dass sie seit der Geburt der Kinder nicht mehr als Archäologin tätig, sondern nur mehr *Hausfrau und Mutter* sei. Es kann nach der Lebenserfahrung wohl ausgeschlossen werden, dass die Bf als Mutter das Kind B allein und ohne Betreuung in Italien zwecks Schulbesuch belassen und nicht selbst auch ihren Aufenthalt dort genommen hätte.

Des Weiteren ist nicht zu übersehen, dass die Bf im Juni 2009 den zweiten Sohn C geboren hat, dessen Vater laut Geburtsurkunde der nunmehrige Ehegatte V ist. Aus dem zeitlichen Zusammenhang, konkret dem Eintritt der Schwangerschaft sohin ebenso im Herbst 2008, kann wohl bereits ab dieser Zeit auf eine Partnerschaft/Lebensgemeinschaft mit dem Kindsvater geschlossen werden, worauf wiederum hindeutet, dass der Sohn B eben an dessen Wohnort Y ab Herbst 2008 die Schule besucht hat.

Aus diesem Grund gilt Obgesagtes hinsichtlich des "gewöhnlichen Aufenthaltes" – nämlich der überwiegend körperlichen Anwesenheit - im Ausland/in Italien auch hinsichtlich des Sohnes C, sodass auch für dieses Kind gemäß § 5 Abs. 3 FLAG 1967 kein Anspruch auf Familienbeihilfe zugestanden hat.

**6.)** Hinzu kommt, dass aufgrund obiger Umstände als Mittelpunkt der Lebensinteressen der Bf infolge der engsten persönlichen Beziehungen der Wohnort in Italien anzusehen ist, also der Ort, wo sie sich - laut eigenen Angaben in Übereinstimmung mit den durchgeführten Erhebungen (siehe ua. ihr e-mail vom 28.12.2015 an die Finanzpolizei) - zusammen mit ihrer Familie regelmäßig und im gemeinsamen Haushalt aufgehalten hat.

Daran vermögen weder die vorübergehenden Aufenthalte in Österreich in Ferienzeiten noch der in X angemeldete Hauptwohnsitz etwas zu ändern, da nach oben dargelegter Judikatur einer solchen Meldung lediglich Indizwirkung zukommen und es dagegen –

trotz mehrerer Wohnsitze - nur einen (einzigen) Mittelpunkt der Lebensinteressen geben kann. Bei diesem ist aber als maßgebend auf die engsten persönlichen Beziehungen am regelmäßigen Aufenthaltsort der Familie abzustellen.

Aus diesem Grund steht für den in Streit gezogenen Rückforderungszeitraum auch gemäß § 2 Abs. 8 FLAG 1967 der Anspruch auf Familienbeihilfe nicht zu, weil der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Bf nicht in Österreich gelegen war.

7.) Abschließend wird festgehalten, dass nach § 26 Abs. 1 FLAG 1967 eine *objektive* Erstattungspflicht von zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe (samt Kinderabsetzbetrag) besteht.

Subjektive Momente - wie zB auch ein allfälliges Verschulden der Behörde oder Gutgläubigkeit bei Bezug der FB - sind nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes für die Verpflichtung zur Rückerstattung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge *unerheblich*. Entscheidend ist lediglich, ob der Empfänger die Beträge zu Unrecht erhalten hat (VwGH 24.6.2009, 2007/15/0162).

In Anbetracht obiger Sach- und Rechtslage konnte daher der Beschwerde kein Erfolg beschieden sein und 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 bei Beurteilung eines "gewöhnlichen Aufenthaltes" bzw. "Mittelpunkt der Lebensinteressen" zu beachtenden Kriterien ergeben sich teils aus dem Gesetz, insbesondere aus der hiezu umfangreich ergangenen, obzitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, von welcher das Bundesfinanzgericht nicht abweicht.

Im Übrigen handelt es sich bei Lösung der Fragen, ob gegenständlich ein ständiger Aufenthalt der Kinder im Ausland vorliegt und wo der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Bf gelegen war, um im Rahmen der freien Beweiswürdigung zu lösende *Tatfragen*, sodass keine *Rechtsfrage* von grundsätzlicher Bedeutung zugrunde liegt. Aus diesen Gründen ist daher eine Revision nicht zulässig.

