



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., W.,L-Straße, vertreten durch Dr. Heinz-Eckhard Lackner, Rechtsanwalt, 1010 Wien, Grillparzerstraße 5/8, vom 4. April 2005 gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 21. und 22. Bezirk vom 23. März 2005 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum September 2001 bis Februar 2005 entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.) bezog im Streitzeitraum Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für die im Folgenden angeführten Kinder:

- A. S., geb. am aaaa.1994
- B. S. , geb. am bbbb.1996
- C. S. , geb. am cccc.1999
- D. S. , geb. am dddd.2001
- E. S. , geb. am eeee.2003

Mit Bescheid vom 23. März 2005 wurden die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum 9/2001 bis 2/2005 rückgefordert und begründend ausgeführt, die Kinder hielten sich laut Aktenlage seit September 2004 nicht ständig im Bundesgebiet auf.

Die dagegen erhobene Berufung wurde mit Berufungsvorentscheidung als unbegründet abgewiesen. Auf Grund der Bestätigung der Schülermatrik vom 14. Oktober 2005, der

unregelmäßigen Untersuchungsbestätigungen der nicht schulpflichtigen Kinder und der Nichtvorlage österreichischer Zeugnisse der schulpflichtigen Kinder könne davon ausgegangen werden, dass sich die Kinder im strittigen Zeitraum vom September 2001 bis Februar 2005 in Ägypten aufgehalten hätten. Die Kinder seien nur während der ägyptischen Ferien in Österreich gewesen. Dadurch sei der ständige Aufenthalt in Ägypten nicht unterbrochen worden.

Im Antrag auf Vorlage der Berufung zur Entscheidung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz führte der Bw. aus, er habe sämtliche Unterlagen und Dokumente vorgelegt, aus denen sich eindeutig ergebe, dass er die Familienbeihilfe keinesfalls zu Unrecht bezogen habe. Seine fünf Kinder seien alle in Österreich geboren worden und österreichische Staatsbürger. Die gesamte Familie habe ihren ausschließlichen Wohnsitz und Aufenthalt in Österreich. Es habe eine einzige Unterbrechung dieses Aufenthaltes im Jahr 2004 gegeben, weil seine Frau von Ende März 2004 bis 25.6.2004 ihre Mutter in Ägypten habe pflegen müssen. Die Kinder seien damals von der Mutter mitgenommen und ordnungsgemäß von der Schule in Wien abgemeldet worden. Dies sei im Einvernehmen mit der Schulbehörde und unter entsprechender Information des Jugendamtes erfolgt.

Im weiteren Verfahrensverlauf wurden sowohl durch die Abgabenbehörde erster Instanz als auch durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz selbst umfangreiche Ermittlungen durchgeführt, um die Frage des Aufenthaltsortes der fünf Kinder in der Zeit zwischen September 2001 und Februar 2005 zu klären.

Über die Berufung wurde erwogen:

Die Behörde nahm folgenden Sachverhalt als erwiesen an:

Der Bw. bezog im Streitzeitraum Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für die im Folgenden angeführten Kinder:

- A. S. , geb. am aaaa .1994
- B. S. , geb. am bbbb .1996
- C. S. , geb. am cccc .1999
- D. S. , geb. am dddd .2001
- E. S. , geb. am eeee .2003

Alle fünf Kinder sind österreichische Staatsbürger und in Österreich polizeilich gemeldet.

Die Kinder hielten sich in der Zeit von September 2001 bis Februar 2005 mit Ausnahme der Zeit von Ende März bis 25. Juni 2004 in Österreich auf.

Diese Feststellungen gründen sich zum Teil auf die der Behörde vorliegenden Unterlagen, die Zeugenaussage des Herrn RS sowie auf die im Folgenden dargestellte Beweiswürdigung:

Den Ermittlungen der Abgabenbehörde erster Instanz zu Folge ist der Aufenthalt der beiden ältesten Kinder A. und B. in der Zeit von September 2001 bis Ende März 2004 insoweit nunmehr unstrittig in Österreich, als dieser durch Nachweise betreffend den Schulbesuch der beiden Mädchen nachgewiesen wurde. Hinsichtlich der übrigen drei Kinder sind der Behörde die Mutter-Kind-Pässe der beiden jüngsten Kinder, D. und E. vorgelegt worden, denen zu entnehmen ist, dass folgende Termine wahrgenommen wurden:

Beide Knaben wurden in einem Wiener Krankenhaus entbunden, D. im Dezember 2001, und E. im Jänner 2003.

D. erhielt Impfungen an folgenden Tagen bzw. wurde an folgenden Tagen untersucht:
8.1.2002, 28.2.2002, 1.4.2002, 11.4.2002, 14.5.2002, 21.5.2002, 5.9.2002, 7.2.2003,
11.3.2003, 19.5.2003

Die Mutter unterzog sich während der Schwangerschaft mit D. am 2.10.2001 und 8.11.2001 im Streitzeitraum einer Vorsorgeuntersuchung im Rahmen des Mutter-Kind-Passes.

E. erhielt Impfungen an folgenden Tagen bzw. wurde an folgenden Tagen untersucht:
17.1.2003, 21.1.2003, 14.2.2003, 1.4.2003, 4.4.2003, 2.5.2003, 30.5.2003, 28.6.2004,
27.9.2004

Die Mutter unterzog sich während der Schwangerschaft mit E. am 7.6.2002, am 11.9.2002, am 14.10.2002, am 30.10.2002, am 4.11.2002 und im Dezember 2002 einer Vorsorgeuntersuchung im Rahmen des Mutter-Kind-Passes.

Einerseits in Anbetracht der allgemeinen Lebenserfahrung, dass Kinder im Alter der Kinder des Bw. ihren ständigen Aufenthalt dort haben, wo auch ihre Mutter ihren ständigen Aufenthalt hat, kann aus den nachgewiesenen Anwesenheiten der beiden Mädchen A. und B. auch auf die Anwesenheit der Mutter und der jüngeren Geschwister geschlossen werden. Diese Schlussfolgerung wird andererseits durch zahlreiche Arztbesuche der Mutter bzw. der Kinder im Rahmen des Mutter-Kind-Passes erhärtet. Die Behörde nimmt daher als erwiesen an, dass sich nicht nur die beiden schulpflichtigen Mädchen A. und B. in der Zeit von September 2001 bis Ende März 2004 in Österreich aufhielten, sondern auch deren nicht schulpflichtigen Geschwister C. , D. und E. .

Für die Zeit nach dem 25. Juni 2004 geht die Behörde aus folgenden Erwägungen von der Anwesenheit der Kinder in Österreich aus: Ende Juni 2004 und im September 2004 wurde E. nachgewiesenermaßen in Österreich geimpft; auch hat der Zeuge, Herr RS , im Zuge seiner Einvernahme angegeben, er wohne seit Juni 2004 in einer benachbarten Wohnung und sehe

drei Kinder im Wochen- bzw. im 14-Tages-Rhythmus. Die Tatsache, dass ihm die beiden kleineren Kinder nicht aufgefallen sind und er sich an diese nicht erinnern konnte, erscheint in Anbetracht des Alters der beiden Buben und der Tatsache, dass Herr RS auf Grund seiner Berufstätigkeit während des Tages nicht in der Wohnhausanlage anwesend ist, nicht unglaubwürdig. Im Übrigen schließt die Behörde aus der durchaus glaubwürdigen Aussage des Zeugen, drei Kinder im Abstand von einer bis maximal 2 Wochen regelmäßig gesehen zu haben, dass alle Kinder des Bw. auch ab Juni 2004 ihren ständigen Aufenthalt in Österreich hatten.

Für die Anwesenheit der Kinder in Österreich sprechen auch die durch eine Kopie der Karteikarte des Zahnarztes nachgewiesenen Zahnarztbesuche im Juni 2004 im August 2004 und im September 2004.

Rechtliche Würdigung:

Gemäß § 2 Abs. 1 lit a FLAG 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet eine Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für ihre minderjährigen Kinder.

Entsprechend der Bestimmung des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 in der für den Streitzeitraum geltenden Fassung besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2 BAO zu beurteilen. Danach hat jemand den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne der Abgabenvorschriften dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt. Diese nicht auf den Mittelpunkt der Lebensinteressen abstellende Beurteilung ist nach objektiven Kriterien zu treffen. Ein Aufenthalt in dem genannten Sinn verlangt grundsätzlich körperliche Anwesenheit. Daraus folgt auch, dass eine Person nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben kann. Um einen gewöhnlichen Aufenthalt aufrechtzuerhalten, ist aber keine ununterbrochene Anwesenheit erforderlich. Abwesenheiten, die nach den Umständen des Falles nur als vorübergehend gewollt anzusehen sind, unterbrechen nicht den Zustand des Verweilens und daher auch nicht den gewöhnlichen Aufenthalt (vgl. VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103; VwGH 2.6.2004, 2001/13/0160; VwGH 20.6.2000, 98/15/0016).

Die Tatsache, dass die beiden schulpflichtigen Mädchen A. und B. in der Zeit vom September 2001 bis Februar 2004 nachweislich eine Schule in Österreich besuchten, die anderen Kinder in unregelmäßigen Abständen jeweils einen Arzt aufsuchten, spricht für einen gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich. Selbst der vom Bw. angegebene Aufenthalt der Kinder in Ägypten in

der Zeit von Ende März bis 25. Juni 2004 vermag daran nichts zu ändern, vermögen doch Zeiten, die nach den Umständen des Falles nur als vorübergehend gewollt anzusehen sind, nicht den gewöhnlichen Aufenthalt zu unterbrechen. Dieser Aufenthalt war zur vorübergehenden Betreuung der Schwiegermutter des Bw. erforderlich. Am 28. Juni 2004 ist bei der Behörde ein Arztbesuch des Kindes E. aktenkundig, was darauf schließen lässt, dass die gesamte Familie ab diesem Zeitpunkt wieder in Österreich anwesend und der Aufenthalt in Ägypten ein nur vorübergehender gewesen ist. Da der Aufenthalt der Kinder des Bw. in Ägypten in der Zeit von Ende März bis 25. Juni 2004 den gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich nicht unterbrach, bestand der Anspruch auf Familienbeihilfe auch für diesen Zeitraum zu Recht.

Die in Österreich polizeilich gemeldeten Kinder des Bw. hatten daher – entgegen der Annahme der Amtspartei – im gesamten Streitzeitraum ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich, der durch allfällige kurze Aufenthalte in Ägypten nicht unterbrochen wurde.

Der Ansicht des Finanzamtes, hinsichtlich der nicht schulpflichtigen Kinder sei von keinem Aufenthalt im Inland auszugehen, solange der Bw. dafür keinen Nachweis erbrächte, ist die Tatsache entgegenzuhalten, dass alle fünf Kinder in Österreich polizeilich gemeldet waren und die Behörde entsprechend der Bestimmung des § 115 Abs. 1 BAO von Amts wegen die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zu ermitteln hat. Diese die Abgabenbehörde betreffende Feststellungslast befreit die Partei zwar nicht von ihrer Offenlegungs- und Mitwirkungspflicht, letztere bedeutet aber keine Beweislastumkehr (Ritz, BAO³, § 115 Tz 9). Das Versagen der Partei, den Nachweis für den ständigen Aufenthalt der nicht schulpflichtigen Kinder in Österreich zu erbringen, rechtfertigt es angesichts des Gebotes der Amtswegigkeit des Abgabenverfahrens und der Maßgeblichkeit der materiellen Wahrheit nicht, ohne Rücksicht auf die gewonnenen Erkenntnisse sowie ohne Bedachtnahme auf die Erfahrungen des Lebens von einem bestimmten Sachverhalt nur deswegen auszugehen, weil ihn zu entkräften der Partei nicht restlos gelungen ist (vgl. Stoll, BAO-Kommentar, § 155, p. 1264).

Wie bereits oben ausgeführt, sprechen die Ergebnisse des sehr aufwändigen Ermittlungsverfahrens und die allgemeine Lebenserfahrung im Streitzeitraum für einen ständigen Aufenthalt der Kinder des Bw. in Österreich. Der Bw. hatte daher Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für seine fünf minderjährigen Kinder. Der Rückforderungsbescheid des Finanzamtes war daher ersatzlos aufzuheben.

Wien, am 18. März 2009