



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vertreten durch Dr. Rudolf Franzmayr, Rechtsanwalt, 4840 Vöcklabruck, Stadtplatz 32, vom 13. März 2008 gegen den Bescheid des Finanzamtes Gmunden Vöcklabruck vom 19. Februar 2008 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. Oktober 2002 bis 31. Oktober 2007 entschieden:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird abgeändert.

Für die Monate Oktober 2002 bis November 2006 wird der Berufung Folge gegeben. Für die Monate Dezember 2006 bis Oktober 2007 wird die Familienbeihilfe in Höhe von 4.140,40 € und der Kinderabsetzbetrag in Höhe von 1.679,70 € rückgefordert.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber, ein gebürtiger Ägypter, lebt seit dem Jahr 1992 in Österreich und ist seit dem Jahr 2001 österreichischer Staatsbürger. Mit ihm in Österreich gemeldet waren seit dem Jahr 2001 auch seine Ehegattin und seine beiden 2000 in Ägypten geborenen Töchter A und Y. Ein drittes Kind, S, wurde 2003 in Österreich geboren. Seit Juni 2001 bezog er für seine Kinder Familienbeihilfe. Auf Grund einer Meldung des Stadtamtes V vom November 2007, dass die beiden älteren Kinder ihrer Schulpflicht in Österreich nicht nachkämen, laut Aussage des Vaters in Ägypten die Schule besuchen würden und über amtliche Aufforderung von ihm im Oktober 2007 polizeilich abgemeldet wurden, wurde der

Berufungswerber aufgefordert, Nachweise über den Aufenthalt der Kinder in Österreich bis zu diesem Zeitpunkt vorzulegen. Da dieser Aufforderung nicht nachgekommen wurde, wurde mit Bescheid vom 19.2.2008 die gesamte vom Oktober 2002 bis Oktober 2007 ausbezahlte Familienbeihilfe sowie die Kinderabsetzbeträge rückgefordert und dies damit begründet, dass sich die Kinder aufgrund vorliegender Nachweise nicht ständig im Bundesgebiet aufhielten.

In der gegen den Bescheid eingebrachten Berufung führte der Berufungswerber durch seinen rechtlichen Vertreter sinngemäß aus: Die gesamte Familie hätte bis 17.10.2007 zusammen in V gewohnt, mit Ausnahme jährlich einige Wochen während der Urlaubsaufenthalte im Heimatland Ägypten. Der Berufungswerber hätte auch die beiden älteren Kinder ein Jahr vor Beginn der Schulpflicht eine Art Vorschule besuchen lassen, um deren Sprachkenntnisse in Deutsch zu verbessern. Erst im Herbst vergangenen Jahres hätte er sich entschlossen, die Kinder eine Privatschule in Ägypten besuchen zu lassen. Die Mutter befinde sich daher ab Oktober 2007 mit allen drei Kindern in Ägypten, er hätte sie auch behördlich abgemeldet und dies dem Finanzamt zur Kenntnis gebracht. Der Bezug von Familienbeihilfe sei hierauf eingestellt worden. Er hätte nichts getan, um die Sozialleistungen zu Unrecht in Anspruch zu nehmen. Der Nachweis des ständigen Aufenthaltes der Kinder ergebe sich aus beiliegenden Mutter-Kind-Pässen. Es würden auch diverse Bestätigungen über ärztliche Behandlungen der Kinder beiliegen. Dass die beiden älteren Kinder nunmehr in Ägypten die Schule besuchen, hätte er von der dortigen Schule bestätigt erhalten und in der Volksschule V abgeliefert. Die Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag sei zu Unrecht erfolgt.

In einer weiteren Eingabe wurde neben Unterlagen über das Arbeitseinkommen und die Lebenshaltungskosten Kopien des Reisepasses der Ehegattin mit folgenden Ein- und Ausreisestempeln vorgelegt: Einreise von Ägypten 24.6.2001, von da an folgende Ägypten-Aufenthalte: 12.11.2001 bis 20.12.2001, 14.10.2002 bis 9.12.2002, 31.12.2003 bis 12.2.2004, 22.8.2004 bis 24.9.2004, 22.8.2005 bis 14.10.2005, 17.11.2006 bis 10.4.2007; Rückreise nach Ägypten am 18.9.2007. Weiters wurde sinngemäß ausgeführt: Der letzte längere Ägypten-Aufenthalt sei deshalb notwendig gewesen, da die Mutter der Ehegattin schwer erkrankt sei, die Ehegattin hätte sie daher als deren einzige Tochter betreuen müssen. Die Kinder hätten in dieser Zeit in Ägypten die Schule besucht. Bezüglich des Schulbesuches in Österreich sei der Versuch folgendermaßen verlaufen: Ende Oktober 2006 hätte der Berufungswerber von der Volksschule die Verständigung erhalten, dass die Kinder am 22.11.2006 zur Sprachfeststellung erscheinen sollten. Sie seien jedoch bereits am 17.11.2006 nach Ägypten geflogen. Im Jänner 2007 hätte der Berufungswerber ein Schreiben der Schule erhalten, in dem er zu einem Informationsabend für den 6.2.2007 vorgeladen wurde. Er hätte sich daraufhin mit dem Direktor telefonisch in Verbindung gesetzt und erklärt, dass die Kinder in Ägypten seien, wenn sie wieder zurück wären, würde er sich melden. Er hätte nach der

Rückkehr der Kinder dann Kontakt mit der Schule aufgenommen, worauf die Kinder dort „angeschaut“ wurden. Im Juni 2007 hätte er die Mitteilung erhalten, dass die Kinder nicht aufgenommen werden könnten, bzw. dass sie wegen mangender Sprachkenntnisse erst die Vorschule besuchen müssten, um dann ein Jahr später mit der richtigen Schule zu beginnen. In der Folge hätte er sich entschlossen, die Kinder in Ägypten zur Schule zu schicken. Er sei daher am 18.9.2007 mit ihnen nach Ägypten geflogen und hätte sie am Tag nach seiner Rückkehr am 17.10.2007 bei der Verwaltungsbehörde und beim Finanzamt abgemeldet. Als Beweismittel, dass sich die Kinder im Bezugszeitraum in Österreich befanden, werde die zeugenschaftliche Vernehmung der Nachbarin L., beantragt.

Der Eingabe lagen neben den oben erwähnten Unterlagen auch verschieden Schreiben der Schule bzw. Schulbestätigungen bei.

In weiterer Folge führte das Finanzamt Vernehmungen der als Zeugin angeführten Nachbarin L sowie eines weiteren Nachbarn des Berufungswerbers, P, durch. Die vernommenen Personen gaben Folgendes zu Protokoll:

L : Die gesamte Familie X ist mir seit ihrem Einzug in der xstraße sehr gut bekannt. Sie bewohnen eine Wohnung im 1. Stock des Wohnblocks neben meinem Wohnsitz. Über die genaue Aufenthaltsdauer im Zeitraum 10/2003 bis 10/2006 kann ich leider keine genauen Angaben machen. Die Frau von Herrn X war mehrmals mit ihren drei Kindern zur Pflege ihrer Mutter in Ägypten. Da ich natürlich keine schriftlichen Aufzeichnungen über den Aufenthalt der Familie X führe, ist mir die An- bzw. Abwesenheit der Familie nicht bekannt. Ich schätze meine Nachbarn sehr, besonders ihre Ehrlichkeit und Hilfsbereitschaft. Der Lebensmittelpunkt der Familie X ist meiner Meinung nach in Österreich bzw. in V . Seit einiger Zeit ist Herr X alleine in seiner Wohnung. Genaue Angaben kann ich über den Aufenthalt der Familie X leider nicht machen.

P : Die Familie X ist mir vom Sehen bekannt, ein persönlicher Kontakt besteht nicht. Am meisten tritt Herr X. in Erscheinung. Gelegentlich sehe ich ihn auch mit seiner Frau und einem Kind. Im Zeitraum Oktober 2003 bis Oktober 2007 war Herr X die meiste Zeit in V zu sehen. Ob seine Familie immer bei ihm war kann ich leider nicht genau sagen. Meine kleine Tochter hat keinen Kontakt mit der jüngsten Tochter der Familie X . Eine größere Abwesenheit dieser ägyptischen Familie ist mir nicht bekannt. Nähere Angaben zum Aufenthaltsort der Familie X können meine Familie und ich leider nicht machen.

Im Zuge des weiteren Berufungsverfahrens stellte der Unabhängige Finanzsenat an den Berufungswerber mittels Vorhalt die Anfrage, ob und in welcher Weise allenfalls noch ein Nachweis möglich wäre, dass sich die Kinder jeweils nur gleichzeitig wie die Mutter in Ägypten aufgehalten haben und zeitgleich wieder mit ihr nach Österreich zurückgefahren sind. Weiters

wurde um Aufklärung ersucht, wie die Aussage in der Berufungsschrift zu verstehen ist, dass die beiden ältern Kinder ein Jahr vor der Schulpflicht eine Art Vorschule besucht hätten, um deren Deutschkenntnisse zu verbessern, da dies in Widerspruch zu der späteren Schulbestätigung aus Ägypten ab November 2006 stehe. Der Vorhalt wurde durch den rechtlichen Vertreter des Berufungswerbers sinngemäß folgendermaßen beantwortet:

Die Kinder seien österreichische Staatsbürger, ihre von der Bezirkshauptmannschaft ausgestellten Pässe seien im Jahr 2009 abgelaufen und es wurden für jedes Kind mit 25.8.2009 neue Reisepässe ausgestellt. Die alten Pässe sind nicht mehr vorhanden. Objektiv betrachtet ergebe sich jedoch schon aus den Geburtsdaten der Kinder (Jahr 2000 und 2003), dass diese in den Jahren 2000 bis 2007 alleine und ohne Mutter nicht im Flugzeug von Österreich nach Ägypten und zurück reisen konnten. Es liege auch kein Hinweis vor, dass die Mutter die Kinder alleine bei Verwandten in Ägypten gelassen hätte und sich ohne Kinder in Österreich aufgehalten hätte. Es sei davon auszugehen, dass die Kinder dort waren, wo sich die Mutter aufgehalten hätte. Bezüglich des Widerspruchs in der Aussage über den Schulbesuch der Kinder gebe der Berufungswerber an, dass es sich bei der Schule in Ägypten um eine Privatschule handle, weshalb, um die Aufnahme der Kinder zu sichern, eine Anmeldung bereits ein Jahr vor dem tatsächlichen Schulbesuch vorgenommen werde und das Schulgeld dafür bezahlt werden müsse. Daher werde auch die vorgelegte Registrierungsbestätigung für den Schulbeginn 20.11.2006 bis 6.4.2007 ausgestellt, obwohl die Kinder die Schule in dieser Zeit nicht besuchten.

Kopien der Pässe der Kinder sowie die Urkunde über die Verleihung der Staatsbürgerschaft wurden vorgelegt.

Über die Berufung wurde erwogen:

Nach § 2 Abs. 1 FLAG 1967 haben Anspruch auf Familienbeihilfe Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, für ihre minderjährigen Kinder. Gemäß § 5 Abs. 3 FLAG 1967 besteht jedoch kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

In Zusammenhang mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein ständiger Aufenthalt eines Kindes im Ausland anzunehmen ist, hat der Verwaltungsgerichtshof in seiner ständigen Rechtsprechung folgende Feststellung getroffen: Der ständige Aufenthalt im Sinn dieser Gesetzesbestimmung ist unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2 BAO zu beurteilen. Danach hat jemand den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinn 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 Sinne verlangt grundsätzlich körperliche Anwesenheit. Daraus folgt auch, dass eine Person nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben kann. Um einen gewöhnlichen Aufenthalt aufrecht zu erhalten, 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.

Unter Zugrundelegung dieser Ausführungen hat der Verwaltungsgerichtshof bereits in mehreren Erkenntnissen den Familienbeihilfenanspruch für Kinder verneint, die im Ausland eine Schule besuchen und sich nur in der Ferienzeit im Inland bei den Eltern aufhalten (vgl. z.B. VwGH 2.6.2004, 2001/13/0160, u.a.). Kehren die Kinder nach ihren jeweiligen Ferienaufenthalten in Österreich wieder an die Schule ins Ausland zurück, dann ist das Verbringen der Ferien in Österreich damit nur als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, durch die der ständige Aufenthalt der Kinder im Ausland nicht unterbrochen wird.

Fest steht, dass die beiden älteren Kinder mit Erreichen des Schulalters ihrer Schulpflicht in Ägypten nachkamen, sodass im Sinn der gesetzlichen Regelung und der zitierte Rechtsprechung ihr ständiger Aufenthalt nunmehr in Ägypten ist. Mit Beginn dieses Schulbesuches traten jedoch Zweifel auf, dass die Kinder des Berufungswerbers auch zuvor ihren ständigen Aufenthaltsort in Österreich hatten, weshalb die bis zu deren offizieller Abmeldung vom Wohnort der Eltern ausbezahlte Familienbeihilfe zur Gänze zurückgefordert wurde.

Die Kinder besuchten in Österreich offensichtlich keinen Kindergarten, weshalb neben der polizeilichen Anmeldung offizielle Mitteilungen über die tatsächliche Aufenthaltsdauer der Kinder im Bundesgebiet nicht vorliegen. Da die älteren Kinder mit knapp neun Monaten erstmals nach Österreich kamen und die Mutter-Kind-Pass-Untersuchungen nach dem ersten Lebensjahr nur mehr einmal jährlich erfolgen, können auch aus diesen regelmäßig jährlich registrierten Untersuchungen keine Schlüsse auf die tatsächliche Aufenthaltsdauer der (älteren) Kinder gezogen werden. Lediglich der Aufenthalt des jüngeren in Österreich geborenen Kindes ist für die Dauer seines ersten Lebensjahres durch diese Untersuchungen nachvollziehbar. Dem Akt sind jedoch auch keine konkreten Anhaltspunkte zu entnehmen, dass die Kinder ihren Aufenthalt weitgehend nicht in Österreich gehabt hätten.

Zweifellos weisen die Ausführungen des Berufungswerbers einige Widersprüche auf. Die Abmeldung der Kinder durch den Berufungswerber erfolgte erst nach behördlicher Aufforderung. In den Berufungsausführungen wird zunächst erklärt, dass die älteren Kinder eine Art Vorschule besucht hätten, in späteren Ausführungen wird unter Vorlage

verschiedener Unterlagen erklärt, dass der Vorschulbesuch in Österreich nicht mehr zustande gekommen ist. Einerseits wird mehrfach erklärt, dass sich der Berufungswerber erst mit Beginn der Schulpflicht entschlossen hätte, die Kinder in Ägypten zur Schule zu schicken, andererseits wird in der letzten Eingabe erklärt, dass es bereits ein Jahr vor dem tatsächlichen Schulbesuch in Ägypten erforderlich war, die Schüler dort anzumelden und das Schulgeld zu entrichten.

Den Aussagen der beiden Nachbarn des Berufungswerbers kann entnommen werden, dass ihrer Ansicht nach die gesamte Familie bis Oktober 2006 „zumeist“ in V wohnhaft war. Die Aussage der Nachbarin L, die offensichtlich mehr Kontakt mit der Familie hatte, lässt überdies die Annahme zu, dass die Kindesmutter, die auch in dieser Zeit mehrfach nach Ägypten gereist ist, hierbei von ihren drei Kindern begleitet wurde. Die Ägyptenaufenthalte der Kindesmutter sind an Hand der Ein- und Ausreisestempel in ihrem Reisepass nachvollziehbar.

Nach § 167 Abs. 2 BAO hat die Abgabenbehörde unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht. Nach ständiger Rechtsprechung genügt es, von mehreren Möglichkeiten jene als erwiesen anzunehmen, die gegenüber allen anderen Möglichkeiten die überragende Wahrscheinlichkeit für sich hat.

In diesem Sinn kommt der Unabhängige Finanzsenat in freier Beweiswürdigung zu dem Schluss, dass sich die Kinder im Berufszeitraum jeweils zeitgleich mit ihrer Mutter in Ägypten sowie in Österreich aufgehalten haben. Hiefür spricht Folgendes: Einerseits stimmt der Unabhängige Finanzsenat der Annahme zu, dass die Wahrscheinlichkeit, dass sich Kinder im Vorschulalter bei der Mutter aufhalten, wesentlich größer ist als die, alleine bei Verwandten zurückzubleiben und allenfalls später alleine zurückzureisen, zumal im gegenständlichen Fall auch auffällt, dass die Mutter ihre eigenen Aufenthalte in Ägypten denen der Kinder anpasst und sich nunmehr wegen deren Schulbesuche selbst länger dort aufhält. Andererseits stimmen die sich aus den vorliegenden schriftlichen Unterlagen und Urkunden ergebenden Zeitpunkte, zu denen die Kinder in Österreich anwesend bzw. abwesend waren, mit den jeweiligen Aufenthalten der Mutter überein und es ergaben sich auch tatsächlich keinerlei Hinweise, dass sich die Kinder ohne Mutter etwa bei Verwandten in Ägypten aufgehalten hätten.

Aus dieser Feststellung ergibt sich folgender Sachverhalt: Kindesmutter und Kinder hielten sich im Jahr 2002 vom 14.10. bis 9.12., somit ca. 2 Monate, in Ägypten auf. Die folgenden Ägypten-Aufenthalte fanden von 31.12.2003 bis 12.2.2004 (ca. 6 Wochen), von 22.8. bis 24.9.2004 (ca. 1 Monat) und von 22.8.2005 bis 14.10.2005 (ca. 7 Wochen) statt. Die nächste Abreise erfolgte am 17.11.2006, Kinder und Mutter hielten sich bis 10.4.2007 in Ägypten auf (ca. 5 Monate) und verließen Österreich in der Folge am 18.9.2007 wieder.

Für die Beurteilung im gegenständlichen Fall bedeutet dies: Von der erstmaligen Einreise bis zur Abreise der Kinder am 17. November 2006 wurde deren Aufenthalt im Bundesgebiet nur durch jährliche Aufenthalte in Ägypten unterbrochen, die im Wesentlichen einem längeren Urlaubsaufenthalt entsprachen. Der ständige Aufenthalt der Kinder in Österreich war in diesem Zeitraum zweifellos gegeben, sodass in dieser Zeit auch Anspruch auf Familienbeihilfe bestand. Die Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge erfolgte daher bis einschließlich November 2006 nicht zu recht, weshalb der Berufung bezüglich dieser Monate Folge zu geben war.

Anders stellt sich die Sachlage ab der Abreise im November 2006 dar. Die Kinder blieben bis April 2007 in Ägypten, hielten sich anschließend nur etwa 5 Monate in Österreich auf, ehe sie am 18. September 2007 zwecks Schulbesuches in Ägypten Österreich wieder verließen. Von der ägyptischen Schule liegt eine Bestätigung vor, wonach die älteren Kinder vom 20.11.2006 bis 6.4.2007 die Schule besuchten. Es mag dahingestellt bleiben, ob die Kinder tatsächlich in dieser Zeit die Schule besuchten oder, wie dies in der letzten Vorhaltsbeantwortung erklärt wird, dort bloß „registriert“ waren. Unerheblich ist auch, welche sonstigen Gründe der Anlass für den längeren Aufenthalt waren (Krankheit der Schwiegermutter des Berufungswerbers oder anderes). Tatsache ist, dass sich die Kinder während dieses gesamten Zeitraumes in Ägypten aufgehalten haben und der nachfolgende Aufenthalt in Österreich so kurz war, dass sie jedenfalls bereits im gesamten Jahr 2007 zeitlich überwiegend in Ägypten waren. Bei dieser Sachlage ist davon auszugehen, dass der ständige Aufenthalt der Kinder bereits seit der Abreise am 17. November 2006 in Ägypten war. Für den Zeitraum ab Dezember 2006 konnte der Berufung daher nicht gefolgt werden.

Linz, am 23. April 2010