



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 30. August 2011 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 4/5/10 vom 6. Juli 2010 betreffend Rückforderung von zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum Jänner 2006 bis März 2011 für die Kinder

- a) A,
- b) B,
- c) C und
- d) D,

entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Strittig ist, ob der Berufungswerber (Bw.) zu Unrecht Familienbeihilfe (FB) i.H.v. 42.615,50 € und Kinderabsetzbeträge (KG) i.H.v. 13.520 € für den Zeitraum Jänner 2006 bis März 2011 für die Kinder A, B, C und D, bezogen hat.

Mit Bescheid vom 6. Juli 2011 forderte das Finanzamt, die für den o.a. Zeitraum bezogene Familienbeihilfe sowie den Kinderabsetzbetrag i.H.v. insgesamt 56.135,50 € zurück, weil gem. [§ 5 Abs. 3 FLAG 1967](#) kein Anspruch auf FB für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, besteht.

Der Bw. erhob gegen den o.a. Bescheid Berufung und führt darin im Wesentlichen wie folgt aus:

Die o.a. Kinder seien pro Jahr 10 Monate in Österreich aufhältig gewesen und seien nur zu Prüfungszwecken nach Ägypten gereist. Einen Nachweis darüber habe er bereits dem Finanzamt in Form von Schulbestätigungen und Arztbestätigungen etc. vorgelegt.

Der Stadtschulrat für Wien habe ihm mitgeteilt, dass die Kinder zur Schule gehen müssen, ob in Österreich oder im Ausland, sei nicht von Relevanz. Er habe daher die FB im guten Glauben bezogen und könne beim besten Willen diesen hohen Betrag nicht zurückzahlen.

Sein Einkommen i.H.v. 1.884 € beziehe er von der MA40. Die Gattin sei nicht berufstätig und beziehe kein Einkommen.

Das Finanzamt wies die Berufung mittels Berufungsvorentscheidung vom 9. Dezember 2011 wie folgt als unbegründet ab:

Der Schulbesuch eines schulpflichtigen Kindes impliziere einen ständigen Aufenthalt im Bundesgebiet. Die Kinder seien beim Stadtschulrat zum Schulbesuch nach Ägypten abgemeldet worden bzw. schienen beim Stadtschulrat gar nicht auf.

Es seien zwar Arztbestätigungen der Kinder im Inland vorgelegt worden, ein nur vorübergehender Aufenthalt eines Kindes im Inland spreche jedoch nicht gegen die Annahme eines ständigen Aufenthaltes im Ausland.

Ein Anspruch auf FB für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, bestehe nur, wenn die Gegenseitigkeit durch Staatsverträge verbürgt sei. Da aber mit Ägypten kein Staatsvertrag bestehe, sei die Berufung abzuweisen gewesen.

Der Bw. stellte daraufhin gegen den o.a. Bescheid einen Vorlageantrag an die Abgabenbehörde zweiter Instanz.

Über die Berufung wurde erwogen:

Folgender Sachverhalt wurde als erwiesen angenommen und der Entscheidung zu Grunde gelegt und ist den vorgelegten Unterlagen zu entnehmen:

Der Bw. hat für vier Kinder von Jänner 2006 bis März 2011 laufend Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge bezogen.

Die in Ägypten geborenen Eltern und Kinder C und D sowie die in Wien geborenen Kinder A und B sind österreichische Staatsbürger.

Lt. umfangreichen Erhebungen des Wiener Stadtschulrates besuchten die o.a. Kinder im Streitzeitraum keine Schule im Inland, sondern wie folgt im Ausland:

A		
Jahr	Schuljahr	Dokumentation:

der Schulpflicht/ des Schulbesuches		
1	1999/2000	-
2	2000/2001	-
3	2001/2002	-
4	2002/2003	-
5	2003/2004	-
6	2004/2005	-
7	2005/2006	Anmeldebestätigung für die private Volksschule Al-Andalus, welche lt. Auskunft der Direktion nie besucht wurde; Grundschulzeugnis der Taha Hanafi-Hauptschule für Knaben in Assiut/Ägypten
8	2006/2007	Anmeldebestätigung für die private Volksschule Al-Andalus, welche lt. Auskunft der Direktion nie besucht wurde
9	2007/2008	-
10	2008/2009	Anmeldebestätigung für die Gamal Fergihli Sultan-Oberschule in Assiut/Ägypten (12. Schulstufe)
11	2009/2010	-
12	2010/2011	Inskriptionsbestätigung der Universität Assiut (Ägypten)
B		
Jahr der Schulpflicht/ des Schulbesuches	Schuljahr	Dokumentation:
1	2000/2001	-
2	2001/2002	-
3	2002/2003	-
4	2003/2004	-
5	2004/2005	Anzeige gem. § 11 Abs. 1 SchPflG (4. Schulstufe der privaten Volksschule Al-Andalus) beim SSR/Wien mit dem Vermerk des Zuzuges aus Ägypten
6	2005/2006	Anmeldebestätigung für die private Volksschule Al-Andalus, welche lt. Auskunft der Direktion nie besucht wurde; Volksschulzeugnis der Salam-Privatschule in Assiut/Ägypten (6. Klasse Volksschule)
7	2006/2007	Anmeldebestätigung für die private Volksschule Al-Andalus, welche lt. Auskunft der Direktion nie besucht wurde
8	2007/2008	-
9	2008/2009	-
10	2009/2010	Anmeldebestätigung für die El Islamische Oberschule für Mädchen in Assiut/Ägypten (1. Klasse Oberschule/ 10. Schulstufe)
11	2010/2011	Anmelde- und Prüfungsbestätigung für die Elislamiya Oberschule für Mädchen in Assiut/Ägypten (1. Klasse Oberschule/ 10. Schulstufe)
C		

Jahr der Schulpflicht/ des Schulbesuches	Schuljahr	Dokumentation:
1	2003/2004	-
2	2004/2005	Anzeige gem. § 11 Abs. 1 SchPflG (2. Schulstufe der privaten Volksschule Al-Andalus, aber Angabe eines Privatlehrers) beim SSR/Wien mit dem Vermerk des Zuzuges aus Ägypten
3	2005/2006	Anmeldebestätigung für die private Volksschule Al-Andalus, welche lt. Auskunft der Direktion nicht besucht wurde; Volksschulzeugnis der Salam-Privatschule in Assiut/Ägypten (4. Klasse Volksschule)
4	2006/2007	Anzeige gem. § 11 Abs. 1 SchPflG (2. Schulstufe der privaten Volksschule Al-Andalus) beim SSR/Wien; Anmeldebestätigung für die private Volksschule Al-Andalus, welche lt. Auskunft der Direktion nicht besucht wurde
5	2007/2008	Volksschulzeugnis der Salam-Schule in Assiut/Ägypten (5. Klasse Volksschule)
6	2008/2009	Anzeige gem. § 11 Abs. 1 SchPflG (häuslicher Unterricht) beim SSR/Wien; Externistenprüfungszeugnis der 5. Schulstufe; Bescheid des SSR/Wien vom 10.7.2009 bzgl. § 11 Abs. 4 SchPflG (Wiederholung der Schulstufe in einer öffentlichen Schule bzw. Privatschule mit Öffentlichkeitsrecht); Volksschulzeugnis der Salam-Schule in Assiut/Ägypten (6. Klasse Volksschule)
7	2009/2010	Aufnahmevertrag für die private Hauptschule Al Azhar in 1210 Wien, welche lt. Auskunft der Direktion nicht besucht wurde; Anmeldebestätigung für die El Nahdha-Hauptschule für Mädchen in Assiut/Ägypten (1. Klasse/ 7. Schulstufe)
8	2010/2011	Anmelde- und Prüfungsbestätigung für die El Nahdha-Mittelschule für Mädchen in Assiut/Ägypten (1. Klasse Mittelschule/ 7. Schulstufe); Anmelde- und Prüfungsbestätigung für die El Nahdha-Mittelschule für Mädchen in Assiut/Ägypten (2. Klasse Mittelschule/ 8. Schulstufe)
D		
Jahr der Schulpflicht/ des Schulbesuches	Schuljahr	Dokumentation:
1	2005/2006	Anmeldebestätigung für die private Volksschule Al-Andalus, welche lt. Auskunft der Direktion nicht besucht wurde; Volksschulzeugnis der Salam-Privatschule in Assiut/Ägypten (2. Klasse Volksschule)
2	2006/2007	Anzeige gem. § 11 Abs. 1 SchPflG (2. Schulstufe der

		privaten Volksschule Al-Andalus) beim SSR/Wien; Anmeldebestätigung für die private Volksschule Al-Andalus, welche lt. Auskunft der Direktion nicht besucht wurde
3	2007/2008	Volksschulzeugnis der Salam-Schule in Assiut/Ägypten (4. Klasse Volksschule)
4	2008/2009	Volksschulzeugnis der Salam-Privatschule in Assiut/Ägypten (5. Klasse Volksschule)
5	2009/2010	Aufnahmevertrag für die private Hauptschule Al Azhar in 1210 Wien, welche lt. Auskunft der Direktion nicht besucht wurde; Anmeldebestätigung für die Franciscan-Privatschule in Assiut/Ägypten (6. Klasse Volksschule)
6	2010/2011	Anmelde- und Prüfungsbestätigung für die Franciscan-Privatschule in Assiut/Ägypten (6. Klasse Volksschule); Anmelde- und Prüfungsbestätigung für die El Nahdha-Mittelschule für Mädchen in Assiut/Ägypten (1. Klasse Mittelschule/ 7. Schulstufe)

Die Kinder wurden im Streitzeitraum wie folgt in Österreich untersucht:

J.
geb. Jänner 1993

Arzt:

K1	Ordin. 10.7.2006	FA f. Kinder- und Jugendheilkunde
K1	Ordin. 20.9.2006	FA f. Kinder- und Jugendheilkunde
K1	Ordin. 2.1.2007	FA f. Kinder- und Jugendheilkunde
K2	Ordin. 6.3.2007	Allgemeinmedizin
K3	Ordin. 7.3.2007	FA f. HNO
K4	Ordin. 7.9.2007	FA f. Lungenkrankheiten
K1	Ordin. 16.10.2007	FA f. Kinder- und Jugendheilkunde
K4	Ordin. 6.12.2007	FA f. Lungenkrankheiten
K2	Ordin. 17.2.2008	Allgemeinmedizin
K4	Ordin. 11.9.2008	FA f. Lungenkrankheiten
K2	Ordin. 28.6.2010	Allgemeinmedizin
K3	Ordin. 28.6.2010	FA f. HNO
K4	Ordin. 1.7.2010	FA f. Lungenkrankheiten
K5	Unters. 9.7.2010	Blutbefund
K3	Ordin. 14.7.2010	FA f. HNO
K6	Unters. 28.6.2010	Allergieambulatorium
K7	Unters. 15.7.2010	Röntgenbefund
K4	Ordin. 11.11.2010	FA f. Lungenkrankheiten
K1	Ordin. 7.2.2011	FA f. Kinder- und Jugendheilkunde

S.
geb. August 1994

Arzt:

K1	Ordin. 10.7.2006	FA f. Kinder- und Jugendheilkunde
K1	Ordin. 20.9.2006	FA f. Kinder- und Jugendheilkunde
K2	Ordin. 3.8.2007	Allgemeinmedizin
K1	Ordin. 30.6.2008	FA f. Kinder- und Jugendheilkunde
K2	Ordin. 17.12.2008	Allgemeinmedizin

K8	Ordin. 15.7.2009	FA f. Augenheilkunde
K2	Ordin. 16.7.2009	Allgemeinmedizin
K1	Ordin. 16.2.2010	FA f. Kinder- und Jugendheilkunde
K2	Ordin. 11.11.2010	Allgemeinmedizin
K1	Ordin. 16.3.2011	FA f. Kinder- und Jugendheilkunde

N.
geb. Mai 1997

Arzt:

K1	Ordin. 20.9.2006	FA f. Kinder- und Jugendheilkunde
K2	Ordin. 3.8.2007	Allgemeinmedizin
K1	Ordin. 30.6.2008	FA f. Kinder- und Jugendheilkunde
K2	Ordin. 16.12.2008	Allgemeinmedizin
K8	Ordin. 15.7.2009	FA f. Augenheilkunde
K1	Ordin. 22.10.2009	FA f. Kinder- und Jugendheilkunde
K1	Ordin. 16.2.2010	FA f. Kinder- und Jugendheilkunde
K1	Ordin. 8.11.2010	FA f. Kinder- und Jugendheilkunde
K2	Ordin. 11.11.2010	Allgemeinmedizin
K1	Ordin. 3.2.2011	FA f. Kinder- und Jugendheilkunde
K1	Ordin. 7.2.2011	FA f. Kinder- und Jugendheilkunde

N.
geb. Oktober 1998

Arzt:

K1	Ordin. 20.9.2006	FA f. Kinder- und Jugendheilkunde
K1	Ordin. 2.1.2007	FA f. Kinder- und Jugendheilkunde
K1	Ordin. 30.6.2008	FA f. Kinder- und Jugendheilkunde
K8	Ordin. 4.7.2008	FA f. Augenheilkunde
K2	Ordin. 26.8.2008	Allgemeinmedizin
K1	Ordin. 11.9.2008	FA f. Kinder- und Jugendheilkunde
K1	Ordin. 15.12.2008	FA f. Kinder- und Jugendheilkunde
K1	Ordin. 5.3.2009	FA f. Kinder- und Jugendheilkunde
K1	Ordin. 15.6.2009	FA f. Kinder- und Jugendheilkunde
K6	Unters. 30.6.2009	Allergieambulatorium
K2	Ordin. 1.7.2009	Allgemeinmedizin
K8	Ordin. 15.7.2009	FA f. Augenheilkunde
K1	Ordin. 16.7.2009	FA f. Kinder- und Jugendheilkunde
K1	Ordin. 22.10.2009	FA f. Kinder- und Jugendheilkunde
K1	Ordin. 16.2.2010	FA f. Kinder- und Jugendheilkunde
K1	Ordin. 8.11.2010	FA f. Kinder- und Jugendheilkunde
K2	Ordin. 11.11.2010	Allgemeinmedizin
K1	Ordin. 16.3.2011	FA f. Kinder- und Jugendheilkunde

Dieser Sachverhalt war rechtlich folgendermaßen zu würdigen:

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. b Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 haben Personen, die die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für ihre minderjährigen Kinder.

Gemäß [§ 2 Abs. 8 FLAG 1967](#) idF BGBl 23/1999 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 [§ 5 Abs. 4 FLAG 1967](#) in der durch das Bundesgesetz BGBl. Nr. 201/1996 gestalteten Fassung besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten. Soweit bestehende Staatsverträge die Gewährung von Familienbeihilfe für Kinder vorsehen, die sich ständig in einem anderen Staat aufhalten, ist Abs. 4 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 297/1995 weiter anzuwenden, bis völkerrechtlich anderes bestimmt ist (vgl. [§ 50g Abs. 2 FLAG 1967](#)).

Gem. [§ 2 Abs. 1 lit. a FLAG 1967](#) in der für die Streitjahre gültigen Fassung haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder.

Nach [§ 10 Abs. 2 FLAG 1967](#) idgF wird Familienbeihilfe von Beginn des Monats gewährt, in dem die Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt werden. Der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschlussgrund hinzukommt.

Für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, besteht gemäß [§ 5 Abs. 3 FLAG 1967](#) kein Anspruch auf Familienbeihilfe. Ein hinsichtlich der Familienbeihilfe die Gegenseitigkeit verbürgendes Abkommen über Soziale Sicherheit (im Hinblick auf [§ 5 Abs. 4 FLAG 1967](#) idF des BGBl. 297/95) hat im strittigen Zeitraum mit Ägypten nicht bestanden.

Das Tatbestandsmerkmal des "ständigen Aufenthalts" im Sinne des [§ 5 Abs. 3 FLAG 1967](#) ist – wie schon in der Berufungsvorentscheidung ausgeführt wurde – im Sinne des § 26 Abs.2 BAO auszulegen. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes verlangt der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs. 3 FLAG zunächst grundsätzlich körperliche Anwesenheit, die aber nicht ununterbrochen vorliegen muss. Abwesenheiten, die nach den Umständen des Falles nur als vorübergehend gewollt anzusehen sind, unterbrechen nicht den Zustand des Verweilens und der in § 5 Abs. 3 FLAG als Tatbestandsmerkmal normierte ständige Aufenthalt wird damit nicht unterbrochen.

Für die Beurteilung des ständigen Aufenthaltes sind die Umstände, unter denen sich die Kinder des Bw. im Ausland aufgehalten haben, maßgeblich. Diese nicht auf den Mittelpunkt der Lebensinteressen abstellende Beurteilung ist nach objektiven Kriterien zu treffen. Da der ständige Aufenthalt eines Kindes im Bundesgebiet dessen tatsächliche (körperliche) Anwesenheit voraussetzt, folgt daraus auch, dass ein Kind nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben kann. Ein ständiger Aufenthalt im Ausland wird auch dann nicht unterbrochen, wenn der Aufenthalt im Bundesgebiet nur vorübergehend ist. Die polizeiliche Meldung der Kinder in Österreich ist für die Frage des ständigen Aufenthaltes nicht entscheidend.

Demnach kommt es im Berufungsfall darauf an, ob die Kinder des Bw. sich im Streitzeitraum in Ägypten unter Umständen aufhielten, die erkennen lassen, dass sie in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilten.

Nach den Ausführungen des Bw. sollen sich die Kinder 10 Monate in Österreich aufgehalten haben, was aber im Hinblick auf die zahlreichen ägyptischen Schulbesuchsbestätigungen (inkl. Zeugnisse) von der Abgabenbehörde zweiter Instanz nicht für glaubwürdig angesehen wird. Insbesondere erweist sich die Tatsache der positiven ägyptischen Schulabschlüsse (siehe obige Tabellen) ohne jeglichen Schulbesuch als nicht glaubwürdig. In diesem Zusammenhang hat der Bw. im gesamten Verwaltungsverfahren nicht dargelegt, wer die Kinder wann in Österreich unterrichtet hätte (kein Nachweis, dass Privatlehrer engagiert worden wären), wenn sie – wie der Bw. behauptet – in Ägypten nicht in die Schule gegangen sind.

Auch habe der Bw. bis dato keine Nachweise von den ägyptischen Schulen erbracht, dass die Kinder im Schuljahr nicht anwesend waren und nur einzelne Prüfungen in Ägypten abgelegt worden sind.

Auch die ärztlichen Arztbesuchsbestätigungen ändern an dieser Beurteilung nichts, da diese Arztbesuche zum einen größtenteils in der Ferienzeit stattgefunden haben und zum anderen keinen Nachweis für einen dauernden Aufenthalt im Inland darstellen.

Wie den o.a. Erhebungen des SSR/Wien zu entnehmen ist, haben die o.a. Kinder eine österreichische Schule im Streitzeitraum **nicht besucht**, dies wurde auch von den o.a. Schuldirektionen bestätigt.

Auch hat der Bw. kein Ansuchen gem. § 13 Abs. 1 SchPflG 1985 gestellt, wonach nur mit jährlicher Bewilligung des Bezirksschulrates schulpflichtige Kinder österreichischer Staatsbürgerschaft die allgemeine Schulpflicht auch durch den Besuch von im Ausland gelegenen Schulen erfüllen dürfen.

Die Bestätigungen der privaten Volksschule Al-Andalus (bis inkl. Schuljahr 2007/2008 eine Privatschule ohne Öffentlichkeitsrecht) sind lt. Auskunft der Schulleitung auch nur auf Wunsch der Erziehungsberechtigten ausgestellt worden, ein tatsächlicher Schulbesuch der o.a. Kinder ist jedoch **niemals erfolgt** (mittlerweile werden lt. Schulleitung „Schulbesuchsbestätigungen“ nur bei tatsächlichem Schulbesuch ausgestellt).

Bei den vom Bw. geschilderten Umständen (schwierige Situation in beruflicher und finanzieller Hinsicht) geht die Abgabenbehörde zweiter Instanz davon aus, dass sich die gesamte Familie überwiegend und nicht nur 2 Monate – wie dies der Bw. behauptet – im strittigen Zeitraum in Ägypten aufgehalten hat. Auch mehrmalige Flüge nach Österreich, die lt. Bw. mit Hilfe der gestohlenen Reisepässe hätten bewiesen werden können, ändern am überwiegenden Aufenthalt der o.a. Kinder in Ägypten nichts.

Dass somit die Kinder in Ägypten nicht anwesend gewesen wären, sondern nur Prüfungen abgelegt haben, wurde bis dato von keiner der oben angeführten Schulen bescheinigt und ist überdies – wie bereits oben angeführt – unglaublich, weil dann nicht nachvollziehbar ist, wie sie sich die für die Erlangung positiver Noten notwendigen Kenntnisse (beispielsweise in Arabisch) aneignen hätten sollen.

Mit seinen Behauptungen, die Familie habe sich zwischendurch auch in Wien aufgehalten, kann für die Berufung somit nichts gewonnen werden, weil feststeht, dass sich die Kinder über Jahre hindurch körperlich überwiegend im Ausland aufgehalten haben.

Die Kinder des Bw. hielten sich demnach nicht nur vorübergehend in Ägypten auf und allfällige kurze Aufenthalte im Bundesgebiet (z.B. während der Ferienzeit) sind als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, wodurch der ständige Aufenthalt der Kinder im Ausland iSd § 5 Abs.3 FLAG 1967 nicht unterbrochen wurde.

Der Bw. hätte jedenfalls im gesamten Berufungsverfahren ausreichend Gelegenheit gehabt, konkrete Nachweise für seine bloßen Behauptungen zu erbringen.

Wären seine Kinder tatsächlich in Österreich unterrichtet worden, dann wäre es wohl nicht schwer gewesen, darzulegen, wer ihnen Unterricht erteilt hat. Da der Bw. aber gar nicht behauptet hat, dass seine Kinder in Österreich von namhaft gemachten Lehrern unterrichtet worden seien, wird davon ausgegangen, dass sie tatsächlich die Schule in Ägypten besucht haben (vgl. obige Tabellen).

Damit liegt im Berufungsfall zweifellos sowohl der nach [§ 2 Abs. 8 FLAG 1967](#) erforderliche ständige Aufenthalt der Kinder im Bundesgebiet nicht vor bzw. liegt der Ausschlussgrund des ständigen Aufenthaltes der Kinder im Ausland nach [§ 5 Abs. 3 FLAG 1967](#) vor.

Wenn der Bw. ausführt, er habe geglaubt, er dürfe die Familienbeihilfe weiter beziehen, weil das Geld immer für die Kinder ausgegeben worden sei, ist darauf zu verweisen, dass die Verwendung des Geldes für die Kinder nicht die erforderlichen Anspruchsvoraussetzungen schaffen kann.

Bei Zutreffen der vorstehend aufgestellten Vermutung, dass die ganze Familie sich im strittigen Zeitraum im Ausland aufgehalten hat, ist zudem auch fraglich, ob der Bw. selbst im strittigen Zeitraum den nach [§ 2 Abs. 8 FLAG 1967](#) erforderlichen Mittelpunkt seiner Lebensinteressen im Bundesgebiet hatte, da die stärkste persönliche Beziehung eines Menschen im Regelfall zu dem Ort besteht, an dem er in Regelmäßigkeit mit seiner Familie lebt. Die Notwendigkeit, für den strittigen Zeitraum den Mittelpunkt der Lebensinteressen des Bw. zu prüfen, ist jedoch nicht gegeben, weil im gegenständlichen Berufungsfall für die o.a. Kinder, für die die ausbezahlten Beträge rückgefordert wurden, bereits nach den vorstehenden Ausführungen jedenfalls der Ausschlussgrund nach [§ 5 Abs. 3 FLAG 1967](#) vorliegt.

[§ 26 Abs. 1 FLAG 1967](#) lautet:

Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen, soweit der unrechtmäßige Bezug nicht ausschließlich durch eine unrichtige Auszahlung durch eine in [§ 46 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967](#) genannte Gebietskörperschaft oder gemeinnützige Krankenanstalt verursacht worden ist. Zurückzuzahlende Beträge können auf fällige oder fällig werdende Familienbeihilfen angerechnet werden.

Die Verpflichtung zur Rückerstattung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge ist von subjektiven Momenten - wie Verschulden, Gutgläubigkeit - unabhängig (VwGH vom 20.12.1968, Zl. 486/68, VwGH vom 13.3.1991, Zl. [90/13/0241](#)).

Der Verwaltungsgerichtshof verweist in diesem Zusammenhang auf die objektive Erstattungspflicht des [§ 26 Abs. 1 FLAG 1967](#) und stellt fest, dass derjenige, der die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, ohne Rücksicht darauf, ob die bezogenen Beträge gutgläubig empfangen worden sind oder nicht und ob die Rückgabe eine Härte bedeutet, diese rückzuerstatten hat.

Die Rückerstattungspflicht besteht nach der Rechtsprechung des VwGH auch dann, wenn der unrechtmäßige Bezug ausschließlich auf einer Fehlleistung der Behörde beruht.

Eine Rückforderung hat dann zu erfolgen, wenn die gesetzlich vorgesehenen Voraussetzungen für den Anspruch auf Familienbeihilfe sowie den Kinderabsetzbetrag nicht vorliegen, was auf den vorliegenden Berufungsfall nach Prüfung aller Sachverhaltselemente jedenfalls zutrifft.

Da nur der objektive Sachverhalt der zu Unrecht erhaltenen Beträge relevant ist, braucht in diesem Zusammenhang nicht geprüft zu werden, ob und inwieweit eine Fehlleistung des Finanzamtes vorliegt.

Mit dem Familienbeihilfenanspruch verbunden ist der Anspruch auf den Kinderabsetzbetrag ([§ 33 Abs. 4 Z 3 EStG 1988](#)). Auch dieser wurde daher im Streitzeitraum zu Unrecht bezogen.

Der Kinderabsetzbetrag ist nach [§ 33 Abs. 4 Z 3 lit. a EStG 1988](#) iVm [§ 26 FLAG 1967](#) unter den gleichen Voraussetzungen wie die Familienbeihilfe zurückzufordern.

Die Rückforderung der Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbeträge erfolgte somit zu Recht. Soweit der Bw. mit seinen Berufungsausführungen auf eine Abgabennachsicht abzielt, ist darauf hinzuweisen, dass eine derartige Maßnahme einen Antrag erfordert, über welchen die Abgabenbehörde erster Instanz (das Finanzamt) zu entscheiden hat. Der angefochtene Bescheid spricht jedenfalls nicht eine Abweisung eines derartigen Antrages aus, weshalb die auf Abgabennachsicht gerichteten Ausführungen des Bw. ins Leere gehen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 24. April 2012