



UNABHÄNGIGER
FINANZSENAT

Außenstelle Graz
Senat 6

GZ. RV/0852-G/11

Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 28. Oktober 2010, gerichtet gegen den Bescheid des Finanzamtes Graz-Stadt vom 27. September 2010, betreffend die Rückforderung der für das Kind XY., für den Zeitraum vom 1. September 2009 bis 31. März 2010 ausgezahlten Familienbeihilfe und der entsprechenden Kinderabsetzbeträge (Gesamtrückforderungsbetrag 1.354,40 Euro), entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Im Zuge der Überprüfung des Familienbeihilfenanspruchs wurde dem Finanzamt durch mehrere anonyme Anzeigen zur Kenntnis gebracht, dass sich das im Spruch genannte Kind seit dem Jahr 2009 ständig im Ausland aufhalten soll.

Der Berufungswerber wurde daraufhin mit Schreiben vom 31. März 2010 aufgefordert, die in diesem Schreiben bezeichneten Unterlagen vorzulegen.

Diesem Ersuchen leistete der Berufungswerber nach erfolgter Erinnerung dahin gehend Folge, dass er am 25. Juni 2010 den Reisepass seiner Ehegattin, den Mutter – Kind – Pass mit im hier maßgeblichen Zeitraum ausgewiesenen Untersuchungen am 9. Juni 2010 und am 25. Juni 2010 vorlegte.

Inzwischen hatte das Finanzamt zum einen das zuständige Bezirksamt „um Erhebung und Mitteilung ersucht, welche und wie viele Personen sich im gemeinsamen Haushalt“ des Berufungswerbers aufhalten.

Dazu teilte das Bezirksamt mit Schreiben vom 10. August 2010 mit, dass „d. Genannte bei mehreren Erhebungsversuchen nicht anzutreffen war“.

Schließlich teilte es mit Schreiben vom 17. September 2010 auf Grund neuerlichen Ersuchens durch das Finanzamt mit, dass die in diesem Schreiben namentlich genannten Personen an der angegebenen Anschrift mit Hauptwohnsitz gemeldet waren und sich zur Zeit der Erhebung auch in der Wohnung aufhielten. Das im Spruch genannte Kind befand sich nicht unter diesen angetroffenen Personen.

Das Finanzamt hat auch die Leitung der Schule, welche ein weiteres Kind des Berufungswerbers besuchte, ersucht, bekanntzugeben, ob dieses Kind (im Schuljahr 2009/2010) tatsächlich ständig die Schule besucht hat.

Dazu gab die Schulleitung mit elektronischer Nachricht vom 24. Juni 2010 bekannt:
„Herr ... war in diesem Schuljahr alleine mit seinem Sohn ..., der bei uns die erste Klasse besucht, in Graz.

Seine Frau und die anderen Kinder waren in Kairo, sind aber seit Mai auch hier. ...“

Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid hat das Finanzamt die für den Zeitraum vom 1. September 2009 bis 31. März 2010 ausgezahlte Familienbeihilfe und die entsprechenden Kinderabsetzbeträge im Wesentlichen mit der Begründung zurückgef ordert, das genannte Kind habe sich in diesem Zeitraum ständig im Ausland aufgehalten.

In der dagegen fristgerecht eingebrachten Berufung verweist der Berufungswerber auf weitere, von ihm noch vorzulegende, Unterlagen.

Der Berufungsschrift angeschlossen ist eine ärztliche Bestätigung, wonach das Kind (im hier interessierenden Zeitraum) am 9. Februar 2010 in der Praxis des Arztes behandelt worden war.

Nachgereicht wurden ein Schreiben der Schwägerin und des Schwagers des Berufungswerbers vom 16. November 2010, in welchem diese bestätigen, dass sich die im Spruch genannte Tochter ständig bei ihnen aufgehalten habe und die Schwägerin das Kind in der Zeit von Ende Juli 2009 bis 31. Mai 2010 betreut habe.

Mit Schreiben vom 15. Februar 2011 ersuchte das Finanzamt den Berufungswerber, näher bezeichnete Unterlagen, darunter auch den Reisepass seiner Ehegattin, vorzulegen.

Dazu wurde eine im Fundbüro der Stadt Graz erstattete Verlustmeldung der Ehegattin des Berufungswerbers vom 21. Februar 2011 eingereicht, wonach diese ihren Reisepass am 2. Februar 2011 verloren habe.

Der vorgelegte Reisepass des Kindes wies das Ausstellungsdatum 16. Juni 2010 auf.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 30. August 2011 hat das Finanzamt die Berufung mit auszugsweise nachstehender Begründung abgewiesen:

„Mit Bescheid vom 27.09.2010 wurden die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag für Ihre Tochter ... für die Zeit von September 2009 bis März 2010 Bezug nehmend auf § 5 Abs. 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 rückgefordert, da der ständige Aufenthalt Ihrer Tochter in Österreich trotz Aufforderung nicht nachgewiesen wurde.“

Mit Ihrem Berufungsschreiben vom 28.10.2010 reichten Sie eine ärztl. Bestätigung ein, mit der Untersuchungen von ... am 18.08.2009 und am 09.02.2010 bestätigt wurden.

Des Weiteren gaben Sie bekannt, dass noch Bestätigungen der Schwägerin und von Nachbarn nachgereicht werden können.

Am 04.01.2011 reichten Sie eine Bestätigung vom 16.11.2010 von Ihrer Schwägerin, Frau ... und deren Gatten Herrn ... (kein Geburtsdatum) nach.

Frau ... bestätigt mit diesem Schreiben, dass Sie das Kind ... in der Zeit von Ende Juli 2009 bis 31.05.2010 betreut bzw. dass sich ... ständig bei Ihr in der Wohnung aufgehalten hat.

Ebenso wurde ein Bericht vom 30.11.2010 über eine Behandlung Ihrerseits im Unfallkrankenhaus Graz vorgelegt.

Bei der Beurteilung des vorliegenden Sachverhaltes sind folgende gesetzliche Bestimmungen zu beachten:

Gem. § 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 nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes um objektive Kriterien, die nach den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2 BAO zu beurteilen sind.

Diese Beurteilung hat auf das objektive Kriterium der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit abzustellen.

Nach § 167 Abs. 2 BAD 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 der ständigen Rechtsprechung genügt es, von mehreren Möglichkeiten jene als erwiesen anzunehmen, die gegenüber allen anderen Möglichkeiten eine überragende Wahrscheinlichkeit oder gar die Gewissheit für sich hat und alle anderen Möglichkeiten absolut oder mit

Wahrscheinlichkeit ausschließt oder zumindest weniger wahrscheinlich erscheinen lässt (VwGH 25.4.1996, 95/16/0244).

Während des Verwaltungsverfahrens versuchte das Finanzamt den tatsächlichen Sachverhalt zu klären:

Im Finanzamt Graz Stadt wurden am 02.03.2009, 03.03.2009 und am 23.03.2010 anonyme Anzeigen über den ständigen Aufenthalt Ihrer Gattin und Ihrer Kinder in Ägypten eingebracht, Mutter und Kinder würden nur zu Mutter-Kind-Pass Untersuchungen und Impfungen nach Österreich kommen und anschließend sofort wieder nach Ägypten fliegen.

Im Zuge dieser Anzeigen wurden Erhebungen von Amts wegen getätigt.

Sie wurden mit dem Überprüfungsschreiben vom 31.03.2010 und der Erinnerung vom 14.05.2010 aufgefordert, bekannt zu geben, ob Ihre Gattin und Ihre Kinder ständig in Österreich wohnhaft sind.

Als Nachweis des ständigen Aufenthalts wurden der Reisepass der Gattin mit Ein- und Ausreisestempel, samt Nachweisen über den ständigen Aufenthalt von ... seit Jänner 2009 und die Schulbesuchsbestätigung bzw. Zeugnisse von ... aus dem Schuljahr 2009/10 angefordert. Auf diese Schreiben reagierten Sie erst am 25.06.2010 mit Einreichen des Überprüfungs-schreibens vom 31.03.2010.

Vorgelegt wurden

- der Reisepass Ihrer Gattin mit verschiedenen Ein- und Ausreisestempeln. Sie weigerten sich jedoch diese Eintragungen ins Deutsche zu übersetzen.
- Der Mutter-Kind-Pass von ... mit Untersuchungen vom April, Juni und August 2009 und vom Juni 2010.
- Die angeforderten Unterlagen betreffend den Schulbesuch von....

Hier Amts liegen Bestätigungen seitens der Schule auf, dass Sie sich im Schuljahr 2009/10 alleine mit Ihrem Sohn Z. in Graz aufgehalten haben. Ebenso wurde in der Schule Ihrerseits bekannt gegeben, dass sich die gesamte Familie seit Mai 2010 wieder in Graz aufhält und dass die Ausreise der gesamten Familie im September 2010 geplant sei.

Im Zuge dessen wurden Erhebungen durch die Meldebehörde getätigt.

Am 16.08.2010 teilte die Meldebehörde mit, dass Sie trotz mehrmaliger Erhebungsversuche nicht anzutreffen waren.

Am 20.09.2010 teilte die Meldebehörde mit, dass Sie, Ihre Gattin und die drei Kinder ... zum Zeitpunkt der Erhebungen in der Wohnung angetroffen wurden.

Aufgrund dieser Erhebungen wurde am 27.09.2010 die Familienbeihilfe für ... für die Zeit von März 2009 bis März 2010 rückgefordert.

Im Zuge des Berufungsverfahrens wurden Sie mit Schreiben vom 15.02.2011 aufgefordert

- Flugtickets bzw. Buchungsbestätigungen von Ihrer Gattin und ... für den Streitzeitraum

- Reisepass Ihrer Gattin und ... (Vorlage im Original, jede Seite kopiert und übersetzt) - Originale werden retourniert
- Nachweis des ständigen Aufenthalts von ... in Österreich im Streitzeitraum
- Stellungnahme, wo sich ... im Zeitraum ab September ständig aufgehalten hat vorzulegen.

Am 10.03.2011 sprachen Sie persönlich im Infocenter des Finanzamtes vor und legten folgende Nachweise vor:

Die Verlustmeldung des Reisepasses Ihrer Gattin vom 21.02.2011, dass der Reisepass am 02.02.2011 erneut verloren gegangen ist

Den Reisepass von..., ausgestellt am 16.06.2010 ohne Ein- und Ausreisestempel. Weitere Nachweise könnten lt. Ihren Aussagen nicht vorgelegt werden.

Im vorliegenden Fall ist die Frage der Feststellung des ständigen Aufenthalts von ... im Ausland, aufgrund der mangelhaft vorgelegten Unterlagen und der widersprüchlichen Ergebnisse der Erhebungen eine solche der freien Beweiswürdigung gem. § 167 Abs. 2 BAO.

Aufgrund des vorliegenden Sachverhaltes wird daher seitens des Finanzamtes in freier Beweiswürdigung festgestellt, dass der ständige Aufenthalt von ... im Bundesgebiet erst ab Mai 2010 nachgewiesen wurde, für den Streitzeitraum wird jedoch festgestellt, dass sich Nuran ständig im Drittstaat aufgehalten hat, wodurch kein Anspruch auf Familienbeihilfe gem. § 5 Abs. 3 FLAG 1967 vorlag und spruchgemäß zu entscheiden war."

Die Berufung gilt zufolge des fristgerecht eingebrachten Vorlageantrags wiederum als unerledigt.

Über die Berufung wurde erwogen:

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

Der unabhängige Finanzsenat hat daher vorerst zu prüfen, ob der Aufenthalt des Kindes im Ausland als erwiesen anzusehen ist, und zutreffendenfalls, ob dieser Aufenthalt als „ständiger“ Aufenthalt“ im Sinn des § 5 Abs.3 FLAG anzusehen ist.

Gemäß § 166 BAO kommt als Beweismittel im Abgabenverfahren alles in Betracht, was zur Feststellung des maßgebenden Sachverhaltes geeignet und nach der Lage des einzelnen Falles zweckdienlich ist.

Nach § 167 Abs. 1 BAO bedürfen Tatsachen, die bei der Abgabenbehörde offenkundig sind, und solche, für deren Vorhandensein das Gesetz eine Vermutung aufstellt, keines Beweises.

Nach dessen Abs. 2 hat die Abgabenbehörde im Übrigen unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht.

Dafür, dass sich das Kind im maßgeblichen Zeitraum tatsächlich (von bereits in den anonymen Anzeigen erwähnten Kurzbesuchen zu Arztterminen abgesehen) ständig im Ausland aufhielt, sprechen insbesondere die Tatsachen, dass das im Spruch genannte Kind bei keiner der Erhebungen durch das zuständige Bezirksamt angetroffen wurde, und dass auch die Leitung der Schule bekanntgab, dass sich nur der Berufungswerber mit einem Sohn in Graz aufhielt, während (unter anderem) das im Spruch genannte Kind sich ständig in Kairo aufhielt.

Dafür, dass sich das Kind auch im maßgeblichen Zeitraum im Bundesgebiet aufhielt, spricht die erwähnte Bestätigung der Schwägerin und des Schwagers des Berufungswerbers, wonach sich das Kind ständig bei ihnen aufgehalten habe und die Schwägerin das Kind betreut habe.

Von Bedeutung ist auch die Tatsache, dass sich der Berufungswerber geweigert hatte, die im – damals noch vorhandenen – Reisepass seiner Ehegattin angebrachten Ein- und Ausreisestempel in die deutsche Sprache zu übersetzen. Weitere Versuche des Finanzamtes, zu Ein- und Ausreisedaten der Ehegattin des Berufungswerbers und des im Spruch genannten Kindes zu gelangen, schlugen fehl, weil der Reisepass der Ehegattin des Berufungswerbers in zwischen verloren worden war, und die erbetenen Flugtickets bzw. Buchungsbestätigungen nicht vorgelegt wurden.

Das Finanzamt hat es bei dieser Beweislage als erwiesen angenommen, dass sich das im Spruch genannte Kind im maßgeblichen Zeitraum ständig im Ausland aufgehalten hat.

Der unabhängige Finanzsenat schließt sich diesem Ergebnis der freien Beweiswürdigung an, weil dieses Ergebnis auf Grundlage der genannten Beweise den wesentlich höheren Grad der Wahrscheinlichkeit für sich hat, als das gegenteilige Ergebnis, welches sich im Grunde nur auf die Bestätigung der Schwägerin und des Schwagers des Berufungswerbers stützen könnte.

Es bleibt nun noch zu prüfen, ob der Aufenthalt des Kindes im Ausland in der Zeit von (mindestens) September 2009, wahrscheinlich bereits seit März 2009, bis Mai 2010 als dauernder Aufenthalt im Sinn des § 5 Abs.3 FLAG anzusehen ist.

Nach § 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. 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. In diesem Fall erstreckt sich die Abgabepflicht auch auf die ersten sechs Monate.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs. 3 FLAG unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2 BAO zu beurteilen (vgl. z.B. das Erkenntnis vom 24.6.2010, 2009/16/0133, mwN).

Dem Wortlaut des § 26 Abs. 2 erster Satz BAO ist zunächst zu entnehmen, dass ein nicht nur vorübergehendes Verweilen in einem Land keinen eigenen Begriff darstellt, sondern als ständiger Aufenthalt zu sehen ist.

Die Frage des ständigen Aufenthaltes iSd § 5 Abs. 3 FLAG ist nicht nach subjektiven Gesichtspunkten, sondern nach den objektiven Kriterien der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit zu beantworten (vgl. das erwähnte Erkenntnis vom 24.6.2010, sowie Nowotny, aaO, Rz 9 erster Absatz zu § 5).

Ein Aufenthalt ist nicht schon dann vorübergehend im Sinne der Rechtsprechung zu § 5 Abs. 3 FLAG, wenn er zeitlich begrenzt ist (vgl. das Erkenntnis vom 18.11.2009, 2008/13/0072).

Lassen objektive Gesichtspunkte erkennen, dass ein Aufenthalt nicht nur vorübergehend währen wird, dann liegt schon ab dem Vorliegen dieser Umstände, allenfalls ab Beginn des Aufenthaltes, ein ständiger Aufenthalt vor (zum Wechsel eines zunächst vorübergehenden Aufenthaltes zu einem ständigen Aufenthalt nach Hervorkommen solcher Umstände vgl. das erwähnte Erkenntnis vom 24.6. 2010).

In diesem Erkenntnis vom 24.6.2010 hat der Verwaltungsgerichtshof bei den in jenem Be schwerdefall gegebenen Rahmenbedingungen eine Aufenthaltsdauer von fünfeinhalb Monaten im Ausland gerade noch als vorübergehenden Aufenthalt angesehen. Bei einem Aufenthalt zum Zwecke des Schulbesuches vom Herbst 1991 bis zum Jänner 1993 ging der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 20.6.2000, 98/15/0016, von einem ständigen Aufenthalt im Ausland aus. Ein einjähriger Auslandsaufenthalt etwa zum Zwecke eines einjährigen Schulbesuches im Ausland ist nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes als ständiger Aufenthalt im Ausland anzusehen (vgl. auch Kuprian, Kein Familienbeihilfenanspruch bei Ausbildung eines Kindes in einem "Drittland", in UFS Journal 2011/10, 371).

Der unabhängige Finanzsenat vertritt im Hinblick auf die oben zitierte ständige Rechtsprechung die Auffassung, dass es sich beim Aufenthalt des Kindes im Ausland um einen dauernden handelte, sodass der angefochtene Bescheid des Finanzamtes der anzuwendenden

Rechtslage entspricht und die dagegen gerichtete Berufung, wie im Spruch geschehen, als unbegründet abgewiesen werden musste.

Graz, am 5. Juni 2013