

## **IM NAMEN DER REPUBLIK**

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Mag. Ri in der Beschwerdesache BF, X, vertreten durch RÄ, Rechtsanwälte, K gegen den Bescheid des FA Klagenfurt vom 28.06.2012, betreffend Rückforderung der Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für die Kinder D (geb. 0) und A (geb. 2) für den Zeitraum September 2008 bis März 2012 zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Bescheid bleibt unverändert.

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

## **Entscheidungsgründe**

Vorbemerkung:

Es ist darauf hinzuweisen, dass die Berufung am 31. Dezember 2013 beim unabhängigen Finanzsenat anhängig war und nach § 323 Abs. 38 BAO als Beschwerde im Sinne des Art. 130 Abs. 1 B-VG vom Bundesfinanzgericht zu erledigen ist.

### **1. Akteninhalt:**

Die Beschwerdeführerin (Bf.) bezog im Streitzeitraum September 2008 – März 2012 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für die Kinder D , geb. 0 , und A , geb. 2 .

In Beantwortung des Ergänzungsersuchens vom 7. März 2012, teilte die Bf. mit, dass A und D die Schule in K. , Mazedonien, besuchten. Die Bf. legte den Bescheid über die Verleihung der österreichischen Staatsbürgerschaft für sich, ihren Ehegatten und die beiden Kinder ab 17. April 2007 vor. Aktenkundig sind Bescheinigungen der Grundschule KM " aus K. . Demnach besuchte A als ordentliche Schülerin im Schuljahr 2008/09 die erste Klasse. Eine weitere Schulbesuchsbestätigung bezieht sich auf D , die im Schuljahr 2008/09 die dritte Klasse der Schule besuchte.

Der Haushaltsbestätigung vom 19.10.2011 ist zu entnehmen, dass die Bf. und die Familie in P mit Hauptwohnsitz gemeldet ist.

Dem Versicherungsdatenauszug ist zu entnehmen, dass die Bf. in diversen Beschäftigungsverhältnissen gestanden ist. Dazwischen wurde regelmäßig Arbeitslosengeld, Notstandhilfe oder Krankengeld bezogen. Der Ehegatte der Bf. war im Streitzeitraum ebenfalls in diversen Beschäftigungsverhältnissen – mit zwischenzeitigen Bezug von Arbeitslosengeld und Notstandshilfe - beschäftigt.

In Beantwortung eines weiteren Ergänzungsersuchens vom 4. April 2012, teilte die Bf. mit, dass es ungewiss sei, ob die Kinder die Schule in Österreich besuchen werden. Die Kinder verbrachten die Ferien (Mitte Juni bis Ende August sowie Weihnachten) in Österreich.

Mit Bescheid vom 28. Juni 2012 forderte das Finanzamt die Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge für den Zeitraum September 2008 bis März 2012 für die Kinder D und A in Höhe von € 16.574,60 zurück. Begründet wurde der Bescheid mit § 26 Abs. 1 des Familienlastenausgleichsgesetzes (FLAG 1967), § 33 Abs. 3 Einkommensteuergesetz (EStG 1988), den §§ 2 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 8, 5 Abs. 3 FLAG 1967 sowie der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vom 22. Juni 1987, 86/15/0078. Darüber hinaus wurde ausgeführt, dass nach den vorliegenden Informationen und Nachweisen, die Kinder D und A seit dem Schuljahr 2008/2009 die Pflichtschule in Mazedonien besuchen. Die Kinder hielten sich nur während der längeren Schulferien in Österreich auf. Der überwiegende Aufenthaltsort der Kinder sei zumindest ab dem Schuljahr 2008/2009 in Mazedonien, weshalb ein Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge nicht bestanden habe.

Dagegen erhob die Bf. am 6. Juli 2012 Berufung. Als Begründung wurde ausgeführt, dass der Rückforderungsbetrag zu hoch sei. Die Kinder D und A verbrachten mindestens 3 ½ Monate im Jahr bei den Eltern und seien mit Hauptwohnsitz in Österreich gemeldet.

Der ergänzenden Stellungnahme des Vertreters der Bf. vom 14.09.2012, ist zu entnehmen:

*"Die bereits von der Berufungswerberin selbst eingebrachte Berufung wird nunmehr ergänzt wie folgt:*

*Das Finanzamt führt aus, dass die Kinder D und A seit dem Schuljahr 2008/2009 die Schule in der Republik Mazedonien besuchen und sich nur während der Schulferien in Österreich aufhalten. Es sei daher für den gesamten Zeitraum September 2008 kein Anspruch auf Familienbeihilfe gegeben. Dies ist unrichtig.*

*Nach der von Finanzamt ohnehin zitierten Rechtslage haben Personen Anspruch auf Familienbeihilfe, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben. D und A haben in Österreich Ihren Hauptwohnsitz ordnungsgemäß gemeldet. Des Weiteren ist geregelt, dass die Familienbeihilfe Personen zustehe, zu deren Haushalt das Kind gehört. Beide Kinder gehören zum Haushalt der Berufungswerberin und Ihres Ehegatten, des Herrn BD. Beide, Bi und BD sind Österreichische Staatsbürger, haben ihren Hauptwohnsitz in Österreich und leben durchgehend in*

*Österreich. Selbstverständlich liegt der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Ehegatten in Österreich. Es ist auszuschließen, dass minderjährige Kinder, für welche die Obsorge den Eltern zusteht, an einem anderen Ort den Mittelpunkt Ihrer Lebensinteressen haben können, als bei Ihren Eltern. Selbstverständlich verbringen die Kinder alle Ferien zu Hause in Österreich. Richtig ist lediglich, dass sie die Schule derzeit in Mazedonien besuchen. Dies hat aber pädagogische Gründe bzw. Gründe für die Erhaltung der bilingualen ethnischen Identität der Kinder.*

*Die Familie der Berufungswerberin möchte, dass die Kinder auch die mazedonische Sprache erlernen und beherrschen, nicht nur in Wort, sondern eben auch in Schrift. Es gibt in Österreich aber keine Möglichkeit Schulunterricht in mazedonischer Sprache zu erhalten. Deshalb ist die Absicht, dass die Kinder die Grundschule in Mazedonien absolvieren sollen, danach werden sie wieder nach Österreich zurückkehren und die Schule hier fortsetzen. Selbstverständlich lernen die Kinder gleichzeitig auch Deutsch. Bei einem solchen Sachverhalt ist der Anspruch auf Familienbeihilfe nicht anders zu beurteilen als bei einem Österreichischen Schüler, der etwa für ein Auslandssemester die Schule in die USA oder sonst wo besucht. Der Mittelpunkt der Lebensinteressen liegt weiterhin in Österreich und wird durch einen auswärtigen Schulbesuch nicht unterbrochen. Daran ändert auch nichts, dass die Kinder in Mazedonien während des Schulbesuches von den dort lebenden Großeltern betreut werden und sich nicht in einem Internat befinden.*

*Es ist daher die rechtliche Beurteilung, der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Kinder würde in Österreich liegen, völlig unrichtig. Es wäre schon notwendig zu begründen, warum bei Österreichischen Staatsbürgern der Mittelpunkt der Lebensinteressen nicht Österreich gelegen sein sollte."*

Mit Berufungsvorentscheidung vom 11.03.2013 wies das Finanzamt die Berufung als unbegründet ab. Es wurde begründend auf § 5 Abs. 3 FLAG 1967 und die Rechtsprechung des VwGH vom 24.06.2010, 2009/16/0131 verwiesen. Da die Kinder D und A seit dem Schuljahr 2008/2009 die Schule in Mazedonien besuchen und sich nur während der Schulferien in Österreich aufhalten, war ein Anspruch auf Familienbeihilfe nicht gegeben.

Im Schriftsatz vom 22.03.2013 beantragte die Vertretung die Vorlage der Berufung an die Abgabenbehörde zweiter Instanz.

## **2. Gesetzliche Grundlagen:**

Gemäß § 2 Abs. 1 FLAG 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder.

Den Anspruch auf Familienbeihilfe hat nach § 2 Abs. 2 FLAG 1967 die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf

Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.

Zum Haushalt einer Person gehört nach § 2 Abs. 5 FLAG 1967 ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltszugehörigkeit gilt uA dann nicht als aufgehoben, wenn sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält (lit. a), das Kind für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt (lit. b).

Für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, besteht gemäß § 5 Abs 3 FLAG 1967 kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

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. 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.

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

### **3. Sachverhalt:**

Als erwiesen angenommener Sachverhalt:

- Die Bf. ist Mutter der minderjährigen Kinder A (geb. 2 ) und D (geb. 0 ).
- Sowohl die Mutter wie auch die Kinder besitzen die österreichische Staatsbürgerschaft.
- Der Hauptwohnsitz der Familie befindet sich in P. .
- Die Kinder besuchten ab dem Schuljahr 2008/2009 als ordentliche Schüler die (Grund-)Schule K.M. in K. . Im Einzelnen besuchte D ab dem Schuljahr 2008/2009 die dritte und A die erste Klasse der Schule.
- Die Kinder wurden in Mazedonien von den dort lebenden Großeltern betreut und versorgt.
- Die Kinder hielten sich im Streitzeitraum in Österreich während der Ferien (rund 3 1/2 Monate) auf.

Die Feststellung des Sachverhaltes basiert auf den Akteninhalt, Ermittlungen des Finanzamtes sowie den Aussagen der Bf.

### **4. Rechtliche Würdigung:**

Nach der ständigen 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 (vgl VwGH 26.1.2012, 2012/16/0008, mwN, sowie Nowotny in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 5 Rz 9 zweiter Absatz).

Die Frage des ständigen Aufenthaltes iSd § 5 Abs 3 FLAG 1967 ist nicht nach subjektiven Gesichtspunkten, sondern nach den objektiven Kriterien der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit zu beantworten (vgl das zitierte Erkenntnis des VwGH vom 26.01.2012 und Nowotny, aaO, § 5 Rz 9 erster Absatz).

Ein Aufenthalt ist nicht schon dann nur vorübergehend im Sinne der Rechtsprechung zu § 5 Abs 3 FLAG 1967, wenn er zeitlich begrenzt ist. 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 (vgl ebenso das zitierte Erkenntnis vom 26.01.2012 mwN)

Im Erkenntnis vom 24.06.2010, 2009/16/0133, hat der Verwaltungsgerichtshof bei den in jenem Beschwerdefall gegebenen Rahmenbedingungen eine Aufenthaltsdauer von fünfeinhalb Monaten im Ausland gerade noch als vorübergehenden Aufenthalt angesehen.

Um einen gewöhnlichen Aufenthalt aufrechtzuerhalten, 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. In diesem Sinne haben etwa Personen, die sich während der Arbeitswoche ständig am Betriebsort aufhalten, nur dort ihren gewöhnlichen Aufenthalt und unterbricht auch das Verbringen der Ferien im Inland nicht den ständigen Aufenthalt im Ausland, sofern nicht im Einzelfall ein zeitliches Überwiegen der Aufenthalte in Österreich glaubhaft gemacht werden kann. (u.a. VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103, 28.11.2007, 2007/15/0055, 20.06.2000, 98/15/0016).

Entsprechend den von der Bf. vorgelegten Schulbestätigungen, besuchten die beiden Töchter der Bf. ab dem Schuljahr 2008/09 die Grundschule in K. , Mazedonien. Die Bf. führt in der Berufung selbst aus, dass sich die Kinder (lediglich) rund 3 ½ Monate im Jahr in Österreich aufhielten. Der Grund für die Schulausbildung in Mazedonien seien die mangelnden Ausbildungsmöglichkeiten im Inland. Aus pädagogischen Gründen und für die Erhaltung der bilingualen ethnischen Identität besuchten die Kinder die Grundschule in Mazedonien.

Damit ist aber das Schicksal der gegenständlichen Beschwerde entschieden. Die Kinder hielten sich lediglich während der Ferien im Inland auf, die übrige – weitaus überwiegende Zeit (8 ½ Monate) - besuchten sie die Grundschule in Mazedonien und hielten sich bei den Großeltern auf und wurden von ihnen versorgt und betreut.

Entsprechend der Rechtsprechung des VwGH ist der Aufenthalt in Mazedonien als ein ständiger Aufenthalt der Töchter im Ausland zu qualifizieren, welcher durch die jeweiligen bloß vorübergehenden Anwesenheiten zu Ferienzwecken im Inland nicht unterbrochen wird. Auf die Ansicht der Bf., dass die Kinder nach Absolvierung der Grundschule wieder nach Österreich zurückkehren und hier die Schule fortsetzen, kommt es für den Streitzeitraum, in dem die Kinder die Schule in Mazedonien besucht haben, nicht an.

Angesichts dieser Umstände ist ein Hauptwohnsitz (melderechtliche Bestätigung), oder die Staatsbürgerschaft nicht relevant für den Anspruch auf Familienbeihilfe. Nach Ansicht der Amtspartei und des Bundesfinanzgerichtes befindet sich der Lebensmittelpunkt der Kinder nicht in Österreich. Durch den Schulbesuch in Mazedonien, das dortige Zusammenleben mit den Großeltern während dieser Zeit liegen die engeren persönlichen Beziehungen der Kinder im streitgegenständlichen Zeitraum ohne Zweifel in Mazedonien. Es trifft nicht zu, dass der Lebensmittelpunkt der Kinder im Streitzeitraum in Österreich war.

Aus dem Vorbringen der Bf., dass der Familienbeihilfenanspruch bei Studenten, die ein Auslandssemester absolvierten, sehr wohl gegeben sei, kann für die gegenständliche Beschwerde nichts gewonnen werden. Zum einen ist auf das o. a. VwGH Erkenntnis vom 24.06.2010 hinzuweisen und zum anderen ist ein mehrjähriger Schulbesuch im Ausland keineswegs mit einem rund 4 – 5 monatigen Auslandssemester zu vergleichen. Der Einwand geht daher ins Leere.

Die Familienbeihilfe wurde in den Monaten September 2008 (Beginn der Schulausbildung in Mazedonien) bis März 2012 zu Unrecht bezogen und wurde gemäß § 26 FLAG 1967 zu Recht zurückgefordert. Gleiches gilt gemäß § 33 Abs 3 EStG 1988 für den gemeinsam mit der Familienbeihilfe ausbezahlten Kinderabsetzbetrag.

#### **5. Zulässigkeit einer Revision:**

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da mit dem gegenständlichen Erkenntnis keine Rechtsfrage zu lösen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die zu lösende Rechtsfrage ist durch die einheitliche Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hinreichend geklärt. (Siehe VwGH vom 20.06.2000, 98/15/0016; 24.06.2010, 2009/16/0133; 26.01.2012, 2012/16/0008).

Es war spruchgemäß zu entscheiden.

Klagenfurt am Wörthersee, am 13. November 2014