



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des NN, geb. GebDatV, Adresse, vertreten durch Mag. Nadja Lorenz, Rechtsanwältin, 1070 Wien, Kirchengasse 19, vom 5. Juni 2008 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 6/7/15 vom 2. Mai 2008 betreffend Rückforderung der für die Kinder Kd1N, geboren am Gebdat1, sowie Kd2N, geboren am GebDat2, ausbezahlten Familienbeihilfe und des für diese Kinder ausbezahlten Kinderabsetzbetrages jeweils für den Zeitraum Juli 2006 bis Februar 2008 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Mit Bescheid vom 2. Mai 2008 forderte das Finanzamt von NN, in der Folge mit Bw. bezeichnet die Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag für die Kinder Kd1N, geboren am Gebdat1, und Kd2N, geboren am GebDat2, für den Zeitraum Juli 2006 bis Februar 2008 zurück und führte begründend aus, die schulpflichtigen Kinder Kd1 und Kd2 hätten die Schule vom Juli 2006 bis März 2008 nicht in Österreich besucht, weshalb kein ständiger Aufenthalt im Bundesgebiet gegeben gewesen sei. Die Familienbeihilfe für den Zeitraum Juli 2006 bis März 2008 sei zu Unrecht angewiesen worden und daher zurückzuzahlen.

Gegen diesen Bescheid erhob der Bw. Berufung und erklärte, die Kinder seien immer in Österreich gewesen und nach Land gefahren vom 21.8.2007 bis 1.4.2008 und nicht vom Juli

2006 bis März 2008. Der Bw. habe alle Unterlagen, die das bewiesen und werde sie nachbringen.

Die Berufung wurde nach Beauftragung eines Rechtsvertreters ergänzt und ausgeführt, der Bescheid werde hinsichtlich der Rückforderung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages für den Zeitraum Juli 2006 bis August 2007 bekämpft. Die beiden schulpflichtigen Kinder des Bw. hätten sich bis zum 21.8.2007 ständig in Österreich aufgehalten. Erst an diesem Tag seien sie nach Land gereist und dort bis zum 1.4.2008 geblieben. Es habe daher für den Zeitraum Juli 2006 bis August 2007 ein Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag bestanden. Vor dieser längeren Reise nach Land hätten sich Kd1 und Kd2 in Österreich befunden und seien am 13.8.2007 für beide Kinder neue Pässe ausgestellt und von den Kindern im August 2007 persönlich in Wien unterschrieben worden. Richtig sei, dass Kd1 und Kd2 im Schuljahr 2006/2007 nicht die Volksschule besucht hätten. Die Familie habe nämlich geplant, nach Land zurück zu kehren. Für eine solche Rückkehr sei es notwendig gewesen, dass die Kinder intensiv in der landsprachl. Sprache unterrichtet würden. Dies sei durch einen Privatlehrer erfolgt. Darüber hinaus hätten die Kinder den Privat Hort in der X-Straße in Wien besucht, für den vom Magistrat der Stadt Wien für den Zeitraum vom 1.9.2006 bis 31.8.2007 ein Zuschuss gewährt worden sei. Die Ausbildung in der landsprachl. Sprache durch einen Privatlehrer sei erfolgreich gewesen, weil die Kinder im Zeitraum zwischen dem 21.8.2007 und dem 1.4.2008 die Einstufungsprüfungen in Land bestanden und die AuslSchule in der dritten bzw. fünften Schulstufe besucht hätten. Der Bw. stellte daher den Antrag, den Bescheid hinsichtlich des Zeitraumes von Juli 2006 bis August 2007 ersatzlos zu beheben und in eventu den Bescheid dahin gehend abzuändern, dass die zu Unrecht bezogenen Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag lediglich für den Zeitraum September 2007 bis Februar 2008 zurückgefordert werden.

Vorgelegt wurden u.a. Flugtickets für den Zeitraum 21. August 2007 bis 15. Juni 2008 für die beiden Kinder, sowie Boardkarten für den 1. April, weiters Kopien der am 13.8.2007 ausgestellten Reisepässe.

Über Vorhalt ergänzte der Bw. sein Vorbringen dahin gehend, dass eine Bestätigung des Stadtschulrates für Wien über die Schulbefreiung im Schuljahr 2006/2007 dem Bw. nicht vorliege. Die Kinder Kd1 und Kd2 seien jedoch im Schuljahr 2006/2007 vom 1.9.2006 bis 30.6.2007 in den Hort der Privat Privatschule, AdresseSch gegangen, um landsprachlUnterricht zu erhalten. Vorgelegt wurden Jahreszeugnisse der Privat Schule für das Schuljahr 2007/2008 sowie eine Bestätigung des Kindergartens für y-Kinder, wonach Kd1 und Kd2 im Schuljahr 2006/2007 von 1.9.2006 bis 30.6.2007 sich im Hort wegen landsprachl\_Unterricht angemeldet hätten. Die Kinder hätten sich von Juli 2006 bis August 2007 in Österreich befunden und seien erst ab dem 21.8.2007 bis zum 1.4.2008 nach Land

gereist. Von 1.4.2008 bis 1.9.2008 hätten sich die Kinder abermals in Österreich befunden und habe der Bw. eine Meldung am 4.9.2008 beim Finanzamt abgegeben, wonach beide Kinder seit 1.9.2008 wiederum nach Land gereist seien.

Das Finanzamt erließ eine abweisende BVE.

Der Bw. stellte einen Vorlageantrag.

Der Vorlageantrag wurde in der Folge dahin gehend ergänzt, dass der fünfmonatige Aufenthalt von Kd1 und Kd2 von April 2008 bis zum Schulbeginn im September 2008 und der Besuch der Privat Privatschule für den Rest des Schuljahres 2007/2008 nicht als nur gelegentlicher Aufenthalt der Kinder zu betrachten sei. Der fünfmonatige Aufenthalt der Kinder und Schulbesuch in Wien seien Aufenthaltsumstände, die erkennen ließen, dass die Minderjährigen in Österreich nicht nur vorübergehend verweilten, sondern gemäß § 26 Abs. 2 FLAG zu dieser Zeit ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland gehabt hätten. Es habe daher für den Zeitraum Juli 2006 bis August 2007 für die Kinder jedenfalls Anspruch auf Gewährung von Familienbeihilfe bestanden und sei die Rückforderung zu Unrecht erfolgt.

Der Unabhängige Finanzsenat führte ein ergänzendes Ermittlungsverfahren durch.

XX von der Magistratsabteilung 10 – Wiener Kindergärten, teilte auf Anfrage mit, dass für Kd1 und Kd2 zunächst für den Zeitraum von Juli 2006 bis September 2007 monatliche Zuschüsse für den Kindergarten- bzw. Hortbesuch im privaten Kindergarten KiGa gewährt worden waren. Im September 2008 sei der gesamte, dem privaten Betreiber ausbezahlte Betrag von der Aufstellung über die bewilligten Zuschüsse für den Monat September 2008 in Abzug gebracht worden, d.h. dem Verein sei ein um diesen Betrag verringerter Gesamtzuschuss ausbezahlt worden.

NameSchulleiter teilte für die Priva Schule mit, Kd1 und Kd2 seien im Schuljahr 2005/2006 ganzjährig angemeldet gewesen, im Schuljahr 2006/2007 abgemeldet und im Schuljahr 2007/2008 bis 6.4.2008 abgemeldet und am 7.4.2008 angemeldet worden. Im Schuljahr 2008/2009 seien sie nicht angemeldet worden. Im Zeitraum Juli 2006 bis Februar 2008 seien die Kinder nur von Juli 2006 bis Anfang September 2006 (Sommerferien) angemeldet gewesen, da erst nach den Hauptferien in der Schule gemeldet worden sei, dass diese Kinder in Land seien.

In einer weiteren E-Mail teilte NameSchulleiter mit, die Kinder seien in den genannten Zeiträumen nicht in der Schule angemeldet gewesen, sie könne allerdings nicht behaupten, dass sie in Land gewesen wären. Dies sei eine falsche Schlussfolgerung von ihr gewesen. Die Kinder seien von der Schule abgemeldet worden, sie wisse jedoch nicht, ob sich die Kinder weiterhin in Österreich aufgehalten hätten oder nicht.

Seitens der Fluglinie wurde die Auskunft erteilt, dass die Kinder am 21. August 2007 von Wien nach Stadt und am 1. April 2008 von Stadt nach Wien geflogen sind, weiters am 23. Juni 2006 von Wien nach Stadt. Kd2 habe dann noch einen Abflug am 2. Juli 2008 Wien-Stadt mit geplantem Rückflug am 15. Juni 2009.

NameSchulleiter teilte weiters namens der Schule mit, Kd1 und Kd2 seien in den genannten Zeiträumen von der Schule abgemeldet und somit am Vormittag nicht anwesend gewesen. Die Schülerinnen und Schüler der Schule besuchten nachmittags, sofern sie keinen Unterricht mehr hätten, den Hort. Im Schuljahr 2006/2007 sei KigaLeiterin die Leiterin des Kindergartens und Horts für y-Kinder gewesen. Da diese nicht mehr im Kindergarten und Hort beschäftigt sei, habe STV, der Stellvertreter des Kindergartenerhalters, mit drei Sprachlehrern, die im Hort arbeiteten, die beigelegte Bestätigung ausgestellt. Den Kindergarten und Hort für y-Kinder hätten insgesamt 300 Kinder besucht. Ein Zuschuss der MA 10 sei nur für 225 Kinder bewilligt worden. Der erhaltende Verein beziehe keine Gelder von den Eltern, es werde alles mit diesem Zuschuss finanziert und auch die 75 verbleibenden Kinder zahlten keine Beiträge und bekämen kostenlose Verpflegung und Betreuung. Aufgrund der großen Anzahl an Kindern sei es schwierig, insbesondere im Monat September eine zu geringe Zahlung zu bemerken.

Nachdem KigaLeiterin die im Akt erliegenden Reisepassbilder der Kinder übermittelt wurden, hat diese die Auskunft erteilt, dass sie sich nicht daran erinnern könne, dass diese Kinder jemals die Privatschule oder den Hort besucht hätten. Kinder, die nicht die Volksschule oder die Hauptschule besuchten, hätten nicht den schuleigenen Hort besuchen können. Von einem landsprachlUnterricht im Hort war Frau KiGaL nichts bekannt, dieser sei im Rahmen des Schulunterrichts von einem gewissen Herrn Z abgehalten worden.

Den Jahreszeugnissen 2005/2006 der Kinder ist zu entnehmen, dass diese in Landsprache mit der Note „Sehr gut“ beurteilt wurden. Den vorgelegten Zeugnissen der Privat Privatschule 2007/2008 ist zu entnehmen, dass die Kinder in verschiedenen Gegenständen nicht beurteilt wurden.

Mit Schreiben vom 2.6.2009 teilte der Rechtsvertreter des Bw. dem Finanzamt mit, ein weiteres Kind des Bw., Kd3 werde voraussichtlich bis Ende September 2009 in Österreich aufhältig sein und danach gemeinsam mit der Kindesmutter nach Land übersiedeln. Weiters wurde die Bestätigung für das Kind Kd4 übermittelt, wonach dieses per 26.4.2009 aus dem Kindergarten ausgetreten sei.

### ***Über die Berufung wurde erwogen:***

Gemäß § 5 Abs. 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

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

Gemäß § 33 Abs. 4 Z. 3 lit. a Einkommensteuergesetz 1988 (EStG) idgF steht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, kein Kinderabsetzbetrag zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes anzuwenden.

Streit besteht im gegenständlichen Fall darüber, wo die Kinder des Bw., Kd1 und Kd2, im Zeitraum Juli 2006 bis Februar 2008 ihren ständigen Aufenthalt hatten und ob für diesen Zeitraum die Familienbeihilfe sowie der Kinderabsetzbetrag zu Unrecht oder zu Recht zurück gefordert wurden.

Nach der 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. 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 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 (vgl. Verwaltungsgerichtshof vom 22.4.2009, 2008/15/0323).

Streit besteht zunächst darüber, wo sich die Kinder des Bw. im Zeitraum vom Juli 2006 bis August 2007 aufgehalten haben. Als einziger Nachweis dafür, dass sich die Kinder in diesem Zeitraum durchgehend in Österreich aufgehalten hätten, wurde eine Bestätigung des StV namens des Kindergartens der Privat Privatschule vorgelegt, gemäß welcher die Kinder des Bw. im dortigen Hort während des Schuljahres 2006/2007 landsprachlUnterricht erhalten hätten.

Der Unabhängige Finanzsenat geht aus folgenden Gründen davon aus, dass es sich bei dieser Bestätigung um eine Gefälligkeitsbestätigung handelt:

Der vom Magistrat der Stadt Wien für den Zeitraum von Juli 2006 bis September 2007 gewährte Zuschuss wurde zurückgefordert.

Die Direktorin der Privat Privatschule, NameSchulleiter, hat in einer ersten Stellungnahme erklärt, erst nach den Hauptferien sei in der Schule gemeldet worden, dass diese Kinder in Land seien. Die Stellungnahme wurde erst später widerrufen.

Die Aussage des Bw., wonach Kd1 und Kd2 im Hort landsprachlUnterricht erteilt worden sei, weil die Familie geplant habe, nach Land zurück zu kehren, steht im Widerspruch zu den Angaben der Leiterin des Kindergartens im Schuljahr 2006/2007, KigaLeiterin, welche sich nicht daran erinnern konnte, dass diese Kinder jemals die Privatschule oder den Hort besucht hätten. Kinder, die nicht die Volksschule oder die Hauptschule besuchten, hätten nicht den schuleigenen Hort besuchen können. Von einem landsprachlUnterricht im Hort war Frau KiGaL nichts bekannt, dieser sei im Rahmen des Schulunterrichts von einem gewissen Herrn Z abgehalten worden.

Die Kinder haben darüber hinaus nachweislich bereits vor dem Schuljahr 2006/2007 im Rahmen des regulären Schulunterrichts landsprachlUnterricht erhalten und wurden mit der Note „Sehr gut“ beurteilt. Eine Abmeldung vom regulären Schulunterricht der Schule, um bei einem namentlich nicht genannten Privatlehrer Unterricht im Hort zu erhalten ist daher nicht glaubhaft.

Schließlich hat die Fluglinie erklärt, dass die Kinder am 23. Juni 2006 von Wien nach Stadt geflogen sind. Hinsichtlich des Rückfluges konnten keine Daten gefunden werden, doch waren die Kinder in der Folge nachweislich in den Ferien in Österreich und haben hier Reisepässe erhalten. Sie waren unstrittig vom 21.8.2007 bis 1.4.2008 wieder in Land.

Während des hier zu beurteilenden Zeitraumes geht der Unabhängige Finanzsenat daher von einem ständigen Aufenthalt im Sinne des gewöhnlichen Aufenthaltes der Kinder in Land aus, welcher lediglich durch einen Besuch in Österreich, welcher zeitlich nicht genau eingegrenzt werden konnte, unterbrochen wurde.

Die Flüge der Kinder nach und deren Aufenthalte in Land stehen im Einklang damit, dass die Familie geplant hatte, nach Land zurück zu kehren. Ein möglicher Grund für die Verzögerung der Übersiedlung der Mutter nach Land mag in der Geburt des Kindes Kd3N am GebDat3 gelegen sein, zumal nunmehr die Absicht besteht, dass die Mutter mit Kd3 Ende September 2009 ebenfalls nach Land übersiedelt.

Laut Ergänzung der Berufung vom 17.9.2008 sind die Kinder Kd1 und Kd2 seit 1.9.2008 wieder nach Land gereist. Sie wurden in Österreich von der Schule wieder abgemeldet.

Unter diesen Umständen kann auch in dem nach dem verfahrensgegenständlichen Zeitraum gelegenen Aufenthalt in Österreich ab dem 1.4.2008 bis einschließlich August 2008 keine Rückkehr an den in Österreich gelegenen gewöhnlichen Aufenthaltsort erblickt werden, sondern liegt lediglich ein vorübergehender Aufenthalt in Österreich vor.

Der gewöhnliche Aufenthaltsort von Kd1 und Kd2 lag ab dem 1.7.2006 in Land.

Der Berufung konnte daher keine Folge gegeben werden.

Es war spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 20. Juli 2009