

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Mag. Helga Preyer in der Beschwerdesache Bf., vom 13.03.2014 vertreten durch DR. VANA DR KOLBITSCH, Taborstraße 10 Tür Stg 2, 1020 Wien gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 2/20/21/22 vom 12.02.2014, betreffend Rückforderung Familienbeihilfe und Kindergeld für den Zeitraum Jänner 2009 bzw. März 2010 bis Juni 2013 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 27. November 2014 zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird dahingehend abgeändert, dass zu Unrecht bezogene Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum April 2012 bis Juni 2013 gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 zurückgefordert werden.

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

Entscheidungsgründe

Die Beschwerdeführerin (Bf.) ist österreichische Staatsbürgerin und bezog für die beiden Kinder S. (=S.), geb. xx.xx.2005 und M.(=M.), geb. yy.yy.2010 Familienbeihilfe. Beide Kinder sind in T. geboren und besitzen die österreichische Staatsbürgerschaft. Die Bf. ist in Österreich nicht beschäftigt.

Im Rahmen einer Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe wurde vom Finanzamt für S. für den Zeitraum ab 1/2009 bis 6/2013 und für M. für den Zeitraum ab 3/2010 bis 6/2013 die Familienbeihilfe rückgefordert, da der ständige Inlandsaufenthalt der Bf. und ihrer Kinder angezweifelt wurde.

In der fristgerechten Beschwerde wurde eingewendet:

"Mit Bescheid des Finanzamtes Wien 2/20/21/22 vom 12.02.2014 wurde die Bf. von der belangten Behörde verpflichtet, die für ihre beiden Kinder bezogene Familienbeihilfe und die gewährten Kinderabsetzbeträge im Ausmaß von gesamt Euro 16.883,50 zurückzuzahlen.

Die Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Sohn, M., geb. yy.yy.2010, bet r i f f t den Zeitraum von März 2010 bis Juni 2013, die Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für die Tochter, S., geb. xx.xx.2005, bet r i f f t den Zeitraum von Jänner 2009 bis Juni 2013.

Die Bf. erachtet sich durch diesen Bescheid in ihren einfachgesetzlich gewährleisteten Rechten auf Bezug von Familienbeihilfe gemäß § 2 Abs 1 lit a FLAG und Gewährung eines Kinderabsetzbetrages von monatlich 58,40 Euro gemäß § 33 Abs. 3 EStG sowie in ihrem Recht auf Parteigehör als verletzt.

Die Bf. erhebt daher gegen den Bescheid vom 12.02.2014 nachstehende Bescheidbeschwerde wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften und inhaltlicher Rechtswidrigkeit und führt dazu aus wie folgt:

a) Sachverhalt:

Die Bf. hält sich seit 1988 durchgehend im Bundesgebiet auf und ist seit 2008 österreichische Staatsbürgerin.

Beweis: Kopie Reisepass (Blg./A)

Auch die beiden Kinder der Bf. besitzen die österreichische Staatsbürgerschaft.

Beweis: Kopie Reisepass S. (Blg./B)

Kopie Reisepass M. (Blg./C)

Sowohl der ordentliche Wohnsitz, als auch der Lebensmittelpunkt der Bf. befinden sich seit 1988 in W i e n. Zurzeit ist die Bf. mit ihren Kindern in der Straße mit Hauptwohnsitz gemeldet.

Beweis: Kopie Meldezettel (Blg./D)

Die am xx.xx.2005 geborene Tochter, S.S., besuchte ab dem Jahr 2009 den Kindergarten „XY“ in 1220 Wien. Der am yy.yy.2010 geborene Sohn, M.S., besucht seit 26.09.2013 denselben Kindergarten.

Beweis: Aufnahmevertrag S. (Blg./E)

Aufnahmevertrag M. (Blg./F)

Das Finanzamt Wien hat jedes Jahr zwecks Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe umfangreiche Bestätigungen von der Bf. angefordert (Mutter-Kind-Pass, Untersuchungen, Kindergartenbestätigung), die immer termingerecht abgegeben wurden.

Beweis: Auszug aus dem Mutter-Kind-Pass (Blg./C)

Im Jahr 2011 suchte die Bf. die Schule der Stadt Wien in der W. 27 auf, um eine Schulreifefeststellung für die Tochter, S., vorzunehmen. Nach dem Test empfahl die Direktorin der Bf., die Tochter erst ein Jahr später einzuschulen. Aus diesem Grund entschied sich die Bf., die Tochter in die Vorschulgruppe des bisherigen Kindergartens zu schicken.

Im Jahr 2012 hat die Bf. ihre Tochter in einer Eliteschule im Iran angemeldet, wo sie die Möglichkeit hat, die Inhalte der Unterrichtsgegenstände im Hausunterricht zu erlernen und zweimal jährlich an den Prüfungen im Iran teilzunehmen.

Die entsprechenden Schulbestätigungen wurden von der Bf. immer zeitgerecht an das Finanzamt weitergeleitet.

Beweis: Zeugnisse der T.Schule (=T.Schule) in T. (=T.)(Blg./H)

Die Bf. hält sich mit ihren Kindern nur während der Prüfungszeit in T. auf und wohnt in diesen Zeiträumen bei Verwandten in T.

Im Juni 2013 wurde die Bf. vom Finanzamt darauf hingewiesen, dass das Endzeugnis der ersten Klasse vom Stadtschulrat bestätigt werden muss. Der Stadtschulrat war jedoch nicht bereit, eine entsprechende Bestätigung auszustellen. Aus diesem Grund suchte die Bf. das Finanzamt zwischen Juni und Dezember mehrmals auf, um die weitere Vorgehensweise zu besprechen, es wurde der Bf. jedoch nur mitgeteilt, dass der Fall noch untersucht wird.

Beweis: Einvernahme der Bf.

Erst Ende Dezember wurde die Bf. mit ihren Kindern zu einem persönlichen Gespräch beim Finanzamt vorgeladen. In der Verständigung des Finanzamtes stand ausdrücklich geschrieben, dass die Bf. sich melden sollte falls sie den Termin nicht einhalten könne. Die Bf. rief am 07.01.2014 beim Finanzamt an, um den Termin für den 08.01.2014 zu verschieben, da sie zu diesem Zeitpunkt verhindert war. Ein Sachbearbeiter mit dem Nachnamen X. teilte ihr mit, dass sie sich jeder Zeit einen neuen Termin ausmachen könne und es ausreichen würde, wenn sie sich eine Woche vorher beim Finanzamt meldet, um einen Termin zu vereinbaren.

Beweis: Brief des Finanzamtes vom 19.12.2013 (Blg./I)

Einvernahme der Bf.

Beim nächsten Anruf der Bf. am Finanzamt Anfang Februar wurde ihr mitgeteilt, dass der Termin versäumt wurde, weshalb das Finanzamt den Fall mittlerweile abgeschlossen habe und zum Ergebnis gekommen sei, dass ein Teil der Familienbeihilfe zurückzuzahlen ist.

Beweis: Einvernahme der Bf.

b) Beschwerdegründe:

Verletzung von Verfahrensvorschriften:

Das in § 45 Abs 3 AVG verankerte Recht der Parteien auf Parteiengehör, gehört zu den fundamentalen Grundsätzen jedes rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens.

Unter Verweis auf VfSlg 2038/1950 vertritt der VwGH die Auffassung, dass dem Parteiengehör daher auch in behördlichen Verfahren Rechnung zu tragen ist, auf die das AVG keine Anwendung findet (vgl. VwGH 30.09.1969, 289/69). Gegenstand des Parteiengehörs ist der von der Behörde festzustellende Sachverhalt, das Ergebnis des Ermittlungsverfahrens (VwGH 06.09.1993, 93/09/0124). Das Parteiengehör umfasst nicht

nur das Recht, vom Ergebnis einer Beweisaufnahme Kenntnis und dazu Stellung zu nehmen, sondern es muss den Parteien ausdrücklich Gelegenheit geboten werden, -im Ermittlungsverfahren ihre Rechte und rechtlichen Interessen geltend zu machen, -Beweisanträge zu stellen, -ergänzende Tatsachenbehauptungen aufzustellen sowie auch -eine Äußerung zu den rechtlichen Konsequenzen der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens für die Lösung des Rechtsfalles abzugeben (VwGH 11.03.1980,1547/79)

Die Behörde ist zur Gewährung des Parteiengehörs von Amts wegen verpflichtet und darf nur solche Tatsachen für die Begründung ihrer Entscheidung heranziehen, die der Partei vorher zur Stellungnahme zwecks Wahrung und Geltendmachung ihrer Rechte ausdrücklich vorgehalten worden sind (Überraschungsverbot; VwGH 23.02.1993, 91/08/0142).

Die Verletzung des Parteiengehörs führt nur dann zur Aufhebung des Bescheides wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften, wenn die Behörde bei Vermeidung dieses Fehlers zu einem anderen Bescheid hätte kommen können. Daher reicht es nicht, nur diesen Mangel aufzuzeigen, der Betroffene muss vielmehr jene entscheidenden Tatsachen anführen, die er vorgebracht hätte, wäre ihm das Parteiengehör gewährt worden (VwGH 28.03.1996,95/07/0175).

Obwohl die Bf. zwischen Juni und Dezember 2013 mehrmals persönlich bei der belangten Behörde vorsprach und im Jänner 2014 die belangte Behörde anrief, wurde ihr keine Gelegenheit gegeben, sich zur geplanten Rückforderung der Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge zu äußern. Da die Bf. wesentliche Tatsachen (siehe Punkt a.) vorbringen hätte können, die die Behörde bei ihrer Entscheidung berücksichtigen hätte müssen, erachtet sie sich jedenfalls in ihrem Recht auf Parteiengehör verletzt.

-Inhaltliche Rechtswidrigkeit:

Als Begründung für die Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen führt die belangte Behörde lediglich an, dass gemäß § 2 Abs 8 FLAG 1967 Personen nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe haben, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Inland haben. Eine Person habe den Mittelpunkt der Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen aufweise. Bei der Beurteilung, ob eine Person den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Bundesgebiet hat, seien nicht so sehr die wirtschaftlichen Interessen dieser Person, sondern vielmehr die persönlichen Beziehungen dieser Person, die sie zum Bundesgebiet hat, von ausschlaggebender Bedeutung.

Unklar bleibt jedoch, aufgrund welcher Erwägungen die belangte Behörde zu dem Schluss kommt, dass die Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge für die genannten Zeiträume zurückzuzahlen sind. Weder hat die Behörde entsprechende Sachverhaltsfeststellungen getroffen, noch hat sie ausgeführt, inwiefern der

gegenständliche Sachverhalt unter die gesetzlichen Tatbestände des § 26 Abs 1 FLAG in Verbindung mit § 33 Abs 3 EStG subsumiert werden kann.

Die von der belangten Behörde getroffenen Feststellungen ergeben sich nicht aus dem Bescheid und es liegen diesem keine entsprechenden Beweisergebnisse zugrunde. Da Sachverhaltsfeststellungen fehlen, die für die rechtliche Beurteilung wesentlich sind, und dies Umstände betrifft, die von Amts wegen zu prüfen gewesen wären, liegt somit ein sekundärer Feststellungsmangel und damit inhaltliche Rechtswidrigkeit vor.

Obwohl der Bescheid keine entsprechenden Feststellungen enthält, geht die belangte Behörde offensichtlich implizit davon aus, dass die Bf. den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen nicht im Inland hat. Dem ist folgendes entgegen zu halten:

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

Personen haben gemäß § 2 Abs 8 FLAG nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den **M i t t e l p u n k t** der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben. Eine Person hat nach dieser Bestimmung den **M i t t e l p u n k t** ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes besteht bei verheirateten Personen, die einen gemeinsamen Haushalt führen, die stärkste persönliche Beziehung in der Regel zu dem Ort, an dem sie mit ihrer Familie leben. Dies setzt das Fehlen einer ausschlaggebenden und stärkeren Bindung zu einem anderen Ort, etwa aus beruflichen oder gesellschaftlichen Gründen, voraus (z.B. VwGH 27.9.2012, 2010/16/0127).

Bestehen Beziehungen zu mehreren Staaten, so ist das Gesamtbild der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse maßgebend, wobei das Überwiegen der Beziehungen zum einen oder anderen Staat den Ausschlag gibt (vgl. VwGH 28.10.2008, 2008/15/0114).

Unbestritten ist, dass die Lebensweise der Familie trotz des Aufenthalts in Österreich starke persönliche Beziehungen zum Iran aufweist. Die Tatsache, dass die Schulausbildung der Tochter mittels häuslichem Unterricht bzw. Fernstudium erfolgt, lässt jedoch aus Sicht der Bf. noch nicht den Schluss zu, dass der Lebensmittelpunkt in den Iran verlagert wurde.

Insbesondere aus der Tatsache, dass die Kinder die meiste Zeit in Österreich verbringen, lässt sich entnehmen, dass das Familienleben der Bf. sich in Österreich befindet.

Demgegenüber stehen die persönlichen Bindungen, die die Bf. noch an ihre im Iran lebende Familie habe, im Hintergrund. Alle Familienmitglieder haben die österreichische Staatsbürgerschaft. Die Auffassung der belangten Behörde, dass der Lebensmittelpunkt der Bf. nicht im Inland liegt, ist daher nicht nachvollziehbar. Der Bescheid ist daher inhaltlich rechtswidrig."

Das Finanzamt wies die Beschwerde mit Berufungsvorentscheidung ab und führte zur Begründung dahingehend aus:

"Gemäß § 2 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) haben Personen Anspruch auf Familienbeihilfe, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben .

Einen Wohnsitz im Sinne der Abgabenvorschriften hat jemand dort, wo er eine Wohnung innehat unter Umständen, die darauf schließen lassen, dass er die Wohnung beibehalten und benutzen wird.

Den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinn der Abgabenvorschriften hat jemand, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt. Der Aufenthalt gilt nicht als nur vorübergehend, wenn der Aufenthalt im Inland länger als sechs Monate dauert.

Im vorliegenden Fall besuchen M. ab März 2010 und S. ab Jänner 2009 die Schule in T. und befinden sich laut Ihrer Erklärung nur im März eines Kalenderjahres in Österreich, um sämtliche ärztliche Behandlungen in Anspruch zu nehmen und notwendige Amtswegen zu tätigen. Somit liegt der überwiegende Aufenthalt Ihrer Kinder in T. und nicht im Österreichischen Bundesgebiet.

Betreffend Nichtwahrnehmung des Parteienghört ist zu erklären, dass Sie einen Termin zur persönlichen Vorsprache am 8. Jänner 2014 um den Sachverhalt zu klären nicht wahrgenommen haben. Auf Grund von nachträglichen Überprüfungen stellte sich heraus, dass auf Grund des nur vorübergehenden Aufenthalts Ihrer Kinder in Österreich sowieso kein Familienbeihilfenanspruch begründet wird, sodass eine persönliche Vorsprache ihrerseits für einen etwaigen Familienbeihilfenanspruch unerheblich war.

Im Sinne der obigen Ausführungen besteht für einen nur vorübergehenden Aufenthalt im Inland kein Anspruch auf Familienbeihilfe. Die Rückforderung zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe ab dem Monat Jänner 2009 besteht demnach zu Recht."

Im Vorlageantrag vom 4.8.2014 wird ergänzend ausgeführt:

"Der bekämpfte Bescheid und die Beschwerdeentscheidung sind insofern mangelhaft geblieben, als die belangte Behörde kein Ermittlungsverfahren im Sinne der Bestimmungen der §§ 37 ff AVG durchgeführt hat. Die belangte Behörde hat sich in ihrer Beschwerdeentscheidung in keiner Weise mit den Argumenten und Beweisen der Bf. auseinander gesetzt.

So hat die belangte Behörde gänzlich außer Acht gelassen, dass die am xx.xx.2005 geborene Tochter, S., nachweislich im Zeitraum Mai 2009 bis August 2012 den Kindergarten „XY" in 1220 Wien besucht hat. Weiters hat die Behörde die Tatsache ignoriert, dass der am yy.yy.2010 geborene Sohn, M., seit 26.09.2013 denselben Kindergarten besucht.

Beweis: Bestätigung des Kindergartens „XY" vom 31.07.2014 (Blg./J) Aufnahmevertrag S. (bereits als Blg./E vorgelegt) Aufnahmevertrag M. (bereits als Blg./F vorgelegt) Darüber

hinaus weist die Bf. erneut darauf hin, dass das Finanzamt Wien jedes Jahr zwecks Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe umfangreiche Bestätigungen von der Bf. angefordert (Mutter-Kind-Pass, Untersuchungen, Kindergartenbestätigung) hat, die immer termingerecht abgegeben wurden. Aus diesen Auszügen geht klar hervor, dass die Bf. regelmäßig - und nicht nur im März eines Kalenderjahres - die notwendigen Untersuchungen Ihrer Kinder durchführen ließ.

Beweis: Auszug aus dem Mutter-Kind-Pass (Blg./K)

Wie bereits in der Bescheidbeschwerde vom 13.03.2014 ausgeführt, suchte die Bf. im Jahr 2011 die Schule der Stadt Wien in der W. 27 auf, um eine Schulreifefeststellung für die Tochter, S., vorzunehmen. Nach dem Test empfahl die Direktorin der Bf., die Tochter erst ein Jahr später einzuschulen. Aus diesem Grund entschied sich die Bf., die Tochter in die Vorschulgruppe des bisherigen Kindergartens zu schicken.

Im Jahr 2012 hat die Bf. ihre Tochter in einer T.Schule im Iran angemeldet, wo sie die Möglichkeit hat, die Inhalte der Unterrichtsgegenstände im Hausunterricht zu erlernen und zweimal jährlich an den Prüfungen im Iran teilzunehmen.

Die entsprechenden Schulbestätigungen wurden von der Bf. immer zeitgerecht an das Finanzamt weitergeleitet.

Beweis: Zeugnisse der T.Schule in T. (bereits als Blg./H vorgelegt)

Die Bf. hält sich mit ihren Kindern nur während der Prüfungszeit in T. auf und wohnt in diesen Zeiträumen bei Verwandten in T.. Zu keinem Zeitpunkt hat die Bf. eine Erklärung abgegeben, wonach ihre Kinder sich nur im März eines Kalenderjahres in Österreich befinden, um sämtliche ärztliche Behandlungen in Anspruch zu nehmen und notwendige Amtswege zu tätigen.

Im Juni 2013 wurde die Bf. vom Finanzamt darauf hingewiesen, dass das Endzeugnis der ersten Klasse vom Stadtschulrat bestätigt werden muss. Der Stadtschulrat war jedoch nicht bereit, eine entsprechende Bestätigung auszustellen. Aus diesem Grund suchte die Bf. das Finanzamt zwischen Juni und Dezember mehrmals auf, um die weitere Vorgehensweise zu besprechen, es wurde der Bf. jedoch nur mitgeteilt, dass der Fall noch untersucht wird.

Beweis: Einvernahme der Bf.

Erst Ende Dezember wurde die Bf. mit ihren Kindern zu einem persönlichen Gespräch beim Finanzamt vorgeladen. In der Verständigung des Finanzamtes stand ausdrücklich geschrieben, dass die Bf. sich melden sollte falls sie den Termin nicht einhalten könne. Die Bf. rief am 07.01.2014 beim Finanzamt an, um den Termin für den 08.01.2014 zu verschieben, da sie zu diesem Zeitpunkt verhindert war. Ein Sachbearbeiter mit dem Nachnamen X. teilte ihr mit, dass sie sich jeder Zeit einen neuen Termin ausmachen könne und es ausreichen würde, wenn sie sich eine Woche vorher beim Finanzamt meldet, um einen Termin zu vereinbaren.

Beweis: Brief des Finanzamtes vom 19.12.2013 (bereits als Blg./I vorgelegt)

Einvernahme der Bf.

Die Bf. bestreitet die Darstellung der belangten Behörde, wonach sie einen Termin zur persönlichen Vorsprache am 08.01.2014 nicht wahrgenommen habe. Im Gegenteil hat die Bf. versucht, einen neuen Termin für Anfang Februar zu vereinbaren. Bei ihrem nächsten Anruf der Bf. am Finanzamt Anfang Februar wurde ihr jedoch mitgeteilt, dass der angeblich vereinbarte Termin versäumt wurde, weshalb das Finanzamt den Fall mittlerweile abgeschlossen habe und zum Ergebnis gekommen sei, dass ein Teil der Familienbeihilfe zurückzuzahlen ist.

Beweis: Einvernahme der Bf.

b) Beschwerdegründe:

Mangelhafte Begründung:

Gemäß § 60 AVG sind in der Begründung eines Bescheides die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens, die bei der Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen und die darauf gestützte Beurteilung der Rechtsfrage klar und übersichtlich zusammenzufassen.

Willkürliches (also gleichheitswidriges) Vorgehen und damit eine in die Verfassungssphäre reichende Mangelhaftigkeit des Verfahrens nimmt der VfGH dann an, wenn die erforderliche Begründung völlig fehlt oder den Ausführungen in der Begründung kein Begründungswert zukommt (VfSlg 12.101/1989).

Die belangte Behörde begnügt sich in ihrer Beschwerdevorentscheidung mit folgender Begründung:

„Im vorliegenden Fall besuchen M. ab März 2010 und S. ab Jänner 2009 die Schule in T. und befinden sich laut ihrer Erklärung nur im März eines Kalenderjahres in Österreich um sämtliche ärztliche Behandlungen in Anspruch zu nehmen und notwendige Amtswege zu tätigen.

Somit liegt der überwiegende Aufenthalt Ihrer Kinder in T. und nicht im österreichischen Bundesgebiet.“

Unklar bleibt in dieser Begründung, auf welche „Erklärung“ der Bf. sich die belangte Behörde hier bezieht. Darüber hinaus unterlässt die belangte Behörde genauere Angaben zum Zeitpunkt und zum konkreten Inhalt dieser angeblichen Erklärung, sodass aus Sicht der Bf. nicht einmal die Mindestanforderungen eines tauglichen Beweismittels erfüllt sind. Wie bereits weiter oben erwähnt, bestreitet die Bf., jemals eine solche Erklärung gegenüber der belangten Behörde abgegeben zu haben.

Obwohl die Bf. in ihrer Bescheidbeschwerde vom 13.03.2014 zahlreiche Gegenargumente und Beweise vorgebracht hat, hat es die Behörde überhaupt nicht der Mühe wert gefunden, sich mit den Rechtfertigungsangaben der Bf. auch nur annähernd auseinanderzusetzen, sodass letztlich völlig unklar bleibt, aufgrund welcher Erwägungen die belangte Behörde zur Ansicht gelangt ist, dass der unterstellte Sachverhalt vorliegt. Aus Sicht der Bf. kommt den Ausführungen der belangten Behörde in der Begründung

keinerlei Begründungswert zu, sodass bereits eine in die Verfassungssphäre reichende Mangelhaftigkeit des Verfahrens vorliegt.

Verletzung von Verfahrensvorschriften:

Das in § 45 Abs 3 AVG verankerte Recht der Parteien auf Parteiengehör, gehört zu den fundamentalen Grundsätzen jedes rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens. Unter Verweis auf VfSlg 2038/1950 vertritt der VwGH die Auffassung, dass dem Parteiengehör daher auch in behördlichen Verfahren Rechnung zu tragen ist, auf die das AVG keine Anwendung findet (vgl. VwGH 30.09.1969, 289/69). Gegenstand des Parteiengehörs ist der von der Behörde festzustellende Sachverhalt, das Ergebnis des Ermittlungsverfahrens (VwGH 06.09.1993, 93/09/0124). Das Parteiengehör umfasst nicht nur das Recht, vom Ergebnis einer Beweisaufnahme Kenntnis und dazu Stellung zu nehmen, sondern es muss den Parteien ausdrücklich Gelegenheit geboten werden, im Ermittlungsverfahren ihre Rechte und rechtlichen Interessen geltend zu machen, Beweisanträge zu stellen, ergänzende Tatsachenbehauptungen aufzustellen sowie auch eine Äußerung zu den rechtlichen Konsequenzen der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens für die Lösung des Rechtsfalles abzugeben (VwGH 11.03.1980, 1547/79).

Die Behörde ist zur Gewährung des Parteiengehörs von Amts wegen verpflichtet und darf nur solche Tatsachen für die Begründung ihrer Entscheidung heranziehen, die der Partei vorher zur Stellungnahme zwecks Wahrung und Geltendmachung ihrer Rechte ausdrücklich vorgehalten worden sind (Überraschungsverbot; VwGH 23.02.1993, 91/08/0142).

Die Verletzung des Parteiengehörs führt nur dann zur Aufhebung des Bescheides wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften, wenn die Behörde bei Vermeidung dieses Fehlers zu einem anderen Bescheid hätte kommen können. Daher reicht es nicht, nur diesen Mangel aufzuzeigen, der Betroffene muss vielmehr jene entscheidenden Tatsachen anführen, die er vorgebracht hätte, wäre ihm das Parteiengehör gewährt worden (VwGH 28.03.1996, 95/07/0175).

Obwohl die Bf. zwischen Juni und Dezember 2013 mehrmals persönlich bei der belangten Behörde vorsprach und im Jänner 2014 die belangte Behörde anrief, wurde ihr keine Gelegenheit gegeben, sich zur geplanten Rückforderung der Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge zu äußern. Da die Bf. wesentliche Tatsachen (siehe Punkt a.) vorbringen hätte können, die die Behörde bei ihrer Entscheidung berücksichtigen hätte müssen, erachtet sie sich jedenfalls in ihrem Recht auf Parteiengehör verletzt.

Die belangte Behörde begnügt sich jedenfalls mit folgender Feststellung:

„Betreffend Nichtwahrnehmung des Parteiengehörs ist zu erklären, dass Sie einen Termin zur persönlichen Vorsprache am 8. Jänner 2014 um den Sachverhalt zu klären nicht wahrgenommen haben. Auf Grund von nachträglichen Überprüfungen stellte sich heraus, dass auf Grund des nur vorübergehenden Aufenthalts Ihrer Kinder in Österreich sowieso kein Familienbeihilfenanspruch begründet wird, sodass eine persönliche Vorsprache ihrerseits für einen etwaigen Familienbeihilfenanspruch unerheblich war.“

Wie bereits weiter oben ausgeführt, bestreitet die Bf. die Darstellung der belangten Behörde, wonach sie einen Termin zur persönlichen Vorsprache am 08.01.2014 nicht wahrgenommen habe. Im Gegenteil hat die Bf. versucht, einen neuen Termin für Anfang Februar zu vereinbaren. Beim nächsten Anruf der Bf. am Finanzamt Anfang Februar wurde ihr jedoch mitgeteilt, dass der angeblich vereinbarte Termin versäumt wurde, weshalb das Finanzamt den Fall mittlerweile abgeschlossen habe und zum Ergebnis gekommen sei, dass ein Teil der Familienbeihilfe zurückzuzahlen ist.

Weiters rügt die Bf., dass die belangte Behörde in ihrer Begründung keinerlei Angaben zu den angeblichen „nachträglichen Überprüfungen“ macht. Da es die Behörde auch diesbezüglich nicht der Mühe wert gefunden hat, genauere Angaben zu diesen Überprüfungen zu machen, erachtet sich die Bf. weiterhin als in ihrem Recht auf Parteigehör verletzt.

Inhaltliche Rechtswidrigkeit:

Als Begründung für die Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen führt die belangte Behörde lediglich an, dass gemäß § 2 Abs 8 FLAG 1967 Personen nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe haben, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Inland haben. Eine Person habe den Mittelpunkt der Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen aufweise. Bei der Beurteilung, ob eine Person den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Bundesgebiet hat, seien nicht so sehr die wirtschaftlichen Interessen dieser Person, sondern vielmehr die persönlichen Beziehungen dieser Person, die sie zum Bundesgebiet hat, von ausschlaggebender Bedeutung.

Unklar bleibt jedoch, aufgrund welcher Erwägungen die belangte Behörde zu dem Schluss kommt, dass die Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge für die genannten Zeiträume zurückzuzahlen sind. Weder hat die Behörde entsprechende Sachverhaltsfeststellungen getroffen, noch hat sie ausgeführt, inwiefern der gegenständliche Sachverhalt unter die gesetzlichen Tatbestände des § 26 Abs 1 FLAG in Verbindung mit § 33 Abs 3 EStG subsumiert werden kann.

Die von der belangten Behörde getroffenen Feststellungen ergeben sich nicht aus dem Bescheid und es liegen diesem keine entsprechenden Beweisergebnisse zugrunde. Da Sachverhaltsfeststellungen fehlen, die für die rechtliche Beurteilung wesentlich sind, und dies Umstände betrifft, die von Amts wegen zu prüfen gewesen wären, liegt somit ein sekundärer Feststellungsmangel und damit inhaltliche Rechtswidrigkeit vor.

Die belangte Behörde geht jedenfalls davon aus, dass die Bf. den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen nicht im Inland hat. Dem ist folgendes entgegen zuhalten:

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

Personen haben gemäß § 2 Abs 8 FLAG nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben. Eine Person hat nach dieser Bestimmung den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes besteht bei verheirateten Personen, die einen gemeinsamen Haushalt führen, die stärkste persönliche Beziehung in der Regel zu dem Ort, an dem sie mit ihrer Familie leben. Dies setzt das Fehlen einer ausschlaggebenden und stärkeren Bindung zu einem anderen Ort, etwa aus beruflichen oder gesellschaftlichen Gründen, voraus (z.B. VwGH 27.9.2012, 2010/16/0127).

Bestehen Beziehungen zu mehreren Staaten, so ist das Gesamtbild der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse maßgebend, wobei das Überwiegen der Beziehungen zum einen oder anderen Staat den Ausschlag gibt (vgl. VwGH 28.10.2008, 2008/15/0114).

Unbestritten ist, dass die Lebensweise der Familie trotz des Aufenthalts in Österreich starke persönliche Beziehungen zum Iran aufweist. Die Tatsache, dass die Schulausbildung der Tochter mittels häuslichem Unterricht bzw. Fernstudium erfolgt, lässt jedoch aus Sicht der Bf. noch nicht den Schluss zu, dass der Lebensmittelpunkt in den Iran verlagert wurde.

Insbesondere aus der Tatsache, dass die Kinder die meiste Zeit in Österreich verbringen, lässt sich entnehmen, dass das Familienleben der Bf. sich in Österreich befindet.

Demgegenüber stehen die persönlichen Bindungen, die die Bf. noch an ihre im Iran lebende Familie habe, im Hintergrund. Alle Familienmitglieder haben die österreichische Staatsbürgerschaft. Die Auffassung der belangten Behörde, dass der Lebensmittelpunkt der Bf. nicht im Inland liegt, ist daher nicht nachvollziehbar. Der Bescheid ist daher inhaltlich rechtswidrig."

In der mündlichen Verhandlung vom 27.11.2014 wurde vom steuerlichen Vertreter ausgeführt, dass die Bf. und auch die Kinder österreichische Staatsbürger sind und daher an der österreichischen Grenze keine Ein- und Ausreisestempel bekommen. Hinsichtlich der iranischen Visa wird vorgebracht, dass die Ausstellung einer Visa bei der iranischen Botschaft sehr lange Zeit in Anspruch nimmt und die Bf. daher im kurzen Weg jeweils an der iranischen Grenze eine schriftliche Einreisebewilligung erwirken würde, die bei der Ausreise wiederum abgegeben wird. Diese Vorgangsweise stellt eine Erleichterung dar und hat den Zweck Einreisen in andere Länder nicht zu behindern. Weiters hätte der Termin am 8.1.2014 nicht eingehalten werden können, da sich die Bf. nicht in Österreich aufhielt. Sie war erst wieder im Februar in Österreich und hat unmittelbar danach die Stellungnahme abgegeben.

Die Finanzamtsvertreterin entgegnete zu diesem Vorbringen, dass es die Möglichkeit von Ersatzreisepässe gibt und beantragt die Überprüfung dieses Sachverhaltes.

Ergänzend zu den bereits vorgelegten Kopien wird der Mutter-Kind-Pass vorgelegt und von den Untersuchungen 2009 Kopien angefertigt. Kindergartenbestätigungen gäbe es für den Zeitraum September 2009 – Jänner 2010, März/April 2010, September 2010 bis Februar 2012 und wurde dazu ergänzend eine Bestätigung des Kindergartens vom 31.7.2014 und eine Bestätigung der Gemeinde Wien vom 18.5.2009 über den Zuschuss zum Elternbeitrag einer privaten Betreuungseinrichtung beginnend mit 1.5.2009 bis 31.8.2009 vorgelegt.

FA-Vertreterin führt aus, dass eine genauere Abfrage des Kindergartenbesuches vorgenommen wurde und die Tochter S. beginnend von September 2009 mit Unterbrechungen bis Februar 2012 den Kindergarten besuchte. Diese Bestätigung wurde vorgelegt. Der Sohn M. war nur im Zeitraum März-Juni 2014 im Kindergarten anwesend, das ist ebenfalls aktenkundig.

Auf die Frage, ob der Kindergarten nur tageweise besucht wurde, gibt die Bf. an, dass es kein Problem darstellt, wenn Kinder nicht jeden Tag den Kindergarten besuchen und es Phasen gegeben hat, wo z.B. der Sohn nicht in den Kindergarten gehen wollte.

Die FA-Vertreterin wendet ein, dass ab dem 5. Lebensjahr eine Kindergartenpflicht besteht. Dies sei nur relevant für den Sohn ab 2015. Zum Schulbesuch der Tochter S. führt die FA-Vertreterin aus, dass der Stadtschulrat Anfang Februar 2014 Strafanträge gestellt habe und das Kind S. erst nachträglich nur für das Schuljahr 2013/14 zum häuslichen Unterricht abgemeldet wurde, nicht jedoch für das Schuljahr 2012/2013. Der steuerliche Vertreter legt eine Abmeldung vom häuslichen Unterricht vom 15.3.2012 betreffend das Schuljahr 2013/2014 vor.

Die Finanzamtsvertreterin verweist auf die Ausführungen des Stadtschulrates, dass für das Schuljahr 2012/2013 eine Bestätigung der Eltern über den Schulbesuch im Ausland vorliegt.

Der steuerliche Vertreter ersucht um eine Frist von zwei Wochen zur Aufklärung dieses Sachverhaltes, verweist jedoch auf die Bestätigung vom 7.3.2013 betreffend das Schuljahr 2012/2013 (Schüler die im Ausland wohnhaft sind).

Die Finanzamtsvertreterin verweist nochmals ausdrücklich darauf, dass es keine Abmeldung zum häuslichen Unterricht für das Jahr 2012/2013 gibt. Es gäbe keine Nachweise, dass die Bf. und die Kinder ab April 2012 in Österreich waren. Die Finanzamtsvertreterin ersucht des Weiteren um die Vorlage von Online-Unterrichtsunterlagen die namentlich das Kind S. betreffen.

Der steuerliche Vertreter ersuchte diesen Sachverhalt betreffend Abmeldung zum Unterricht ab 15.3.2012 für das Schuljahr 2013/2014 nach Akteneinsicht beim Stadtschulrat aufklären zu dürfen und bezüglich dem Online-Unterricht innerhalb einer Frist von zwei Wochen Bestätigungen, Unterlagen usw. vorzulegen.

Mit Eingabe vom 11.12.2014 legte der steuerliche Vertreter die Unterlagen

- Anzeige der Teilnahme am häuslichen Unterricht im Schuljahr 2011/2012 (Blf./L.),
- Konvolut an Schulunterlagen für den Online-Unterricht (Blg.M.),
- Whatsapp Chat-Protokolle zwischen der Bf. und einem Lehrer der T.Schule in T. (Blg./N.),
- Absolvierte Hausaufgaben der Tochter S. (Blg./O),
- Externistenprüfungszeugnis über die 2. Klasse Volksschule vom 17.6.2014 (Blg./P)

vor und führte ergänzend aus:

"Wie aus der Blg./L hervorgeht, hat die Bf. am 15.3.2012 einen Antrag auf Abmeldung zum häuslichen Unterricht für das Schuljahr 2011/2012 gestellt. Wie aus dem Aktenvermerk auf S.3 der Blg./L hervorgeht, wurde die Tochter der Bf. von der Direktorin der Volksschule W., Fr. OSR L., für nicht schulreif erklärt. Aus diesem Grund nahm die Tochter der Bf. den häuslichen Unterricht in der Vorschulstufe in Anspruch, weshalb auch die Verpflichtung entfiel, am Ende des Schuljahres eine Externistenprüfung abzulegen.

Die Tochter der Bf. befand sich daher bis August 2012 im Kindergarten. Es wird in diesem Zusammenhang noch einmal ausdrücklich darauf hingewiesen, dass bereits eine Bestätigung des Kindergartenbesuches ihrer Tochter im Zeitraum Mai 2009 bis August 2012 vorgelegt wurde (siehe Blg./J).

Wie bereits in der Beschwerde vom 13.3.214 vorgebracht, hat die Bf. ihre Tochter im Herbst 2012 zum Online-Unterricht in der T.Schule in T. angemeldet, wo sie die Möglichkeit, die Inhalte der Unterrichtsgegenstände im Hausunterricht zu erlernen. Die Bf. räumt zwar ein, dass sie die dafür erforderliche Abmeldung zum häuslichen Unterricht für das Schuljahr 2012/13 verabsäumte, es wird jedoch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die sich mit ihrer Tochter nur während der Prüfungszeit in T. aufhielt und der häusliche Unterricht ausschließlich in Österreich erfolgte.

Aus der Blg./M geht hervor, dass die Inhalte des Unterrichts über eine Homepage abrufbar sind (S.1). Ab S.2 der Blg./M sind die einzelnen Unterrichtsgegenstände und ein konkreter Zeitplan für die Vermittlung der Inhalte angeführt. In der rechten Spalte befinden sich die Angaben zum Zeitplan, in der mittleren Spalte werden die verschiedenen Unterrichtsgegenstände (Mathematik, Sachunterricht, Religion, etc.) benannt und in der linken Spalte die einzelnen Aufgabenstellungen beschrieben. Mit der Blg./N wird bescheinigt, dass die Bf. über Whatsapp regelmäßig mit den Lehrern der T.Schule kommuniziert und sich so die Durchführung der einzelnen Hausaufgaben und -übungen erklären lässt. Ein Konvolut an absolvierten Hausaufgaben wird als Blg./O dieser Stellungnahme beigelegt.

Die Bf. hielt sich im verfahrensgegenständlichen Zeitraum (März 2010 bis Juni 2013) ständig in Österreich auf. Hätte sich die Bf. mit ihren Kindern nicht in Österreich aufgehalten, hätte ihre Tochter bei der Externistenprüfung über die 2. Klasse der Volksschule am 17.6.2014 im Pflichtgegenstand "Deutsch, Lesen, Schreiben" nie die Note 3 erhalten."

Laut einer Anfrage des Finanzamtes bei der Zentralen Pass-Servicestelle wurde erhoben und dem steuerlichen Vertreter der Bf. mitgeteilt, dass es Ersatzreisepässe nicht gibt.

Über die Beschwerde wurde erwogen:

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

Die Bf. hat für die Tochter S. von 1/2009 bis 6/2013 und für den Sohn M. vom 3/2009 bis 6/2013 laufend Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge bezogen.

Die in Österreich geborene Bf. und Kinder sind österreichische Staatsbürger.

Strittig ist, ob lt. Angaben des Wiener Stadtschulrates das Kind S. im Streitzeitraum 2012/2013 eine Schule im Ausland besuchte.

Das Finanzamt führte mehrere Ermittlungen durch. Der Kindergarten in Wien übersandte ein Schreiben, demzufolge S. ab 09/2009-1/2010, 3/2010-4/2010, 9/2010-12/2010, 1/2011, 3-4/2011, 6/2011 und 9/2011-2/2012 den Kindergarten besuchte.

Der Eintritt der Schulpflicht der Tochter S. war nicht im Jahr 2011, sondern erfolgte um ein Jahr verschoben im Schuljahr 2012/2013. Es wurde folgende Bescheinigung und Zeugnisse vorgelegt:

- eine Bescheinigung des Schulbesuches in T. per On-line für 2012/2013 vom 5.3.2013,
- Schulzeugnis (T.) Jahrgangsstufe 1 vom 25.7.2013
- Schulbescheinigung in T. betreffend das Schuljahr 2013/2014 vom 17.2.2014
- Schulzeugnis (T.) 2013/2014 vom 17.2.2014
- Externistenprüfung vom 17.6.2014 für die zweite Klasse

Das Finanzamt richtete ein Auskunftersuchen an den Stadtschulrat für Wien, in dem es die Antwort erhielt, dass Anfang Februar 2014 Strafanträge gestellt wurden; das Kind sei jedoch nachträglich mit 28.2.2014 für das Schuljahr 2013/2014 zum häuslichen Unterricht abgemeldet worden. Für das Schuljahr 2012/2013 liege eine Bestätigung der Eltern über einen Schulbesuch im Ausland vor.

Strittig ist weiters, ob das Kind M. entsprechend in Österreich aufhältig war. Lt. Kindergartenbestätigung war dieser im Zeitraum 3-6/2014 anwesend. Lt. Mutter-Kind-Pass gab es Untersuchungen im Zeitraum 2010 bis 2013 wie folgt: 5.10.2010, 1.2.2011, 22.3.2011, 22.3.2012, 24.3.2012 und 2.4.2013.

Im Zuge des Beschwerdeverfahrens wurden ergänzend vorgelegt:

Österreichische Pässe der Bf. und Kinder ohne Eintragungen

Online- Unterlagen betreffend den Besuch der ausländischen Schule

Rechtslage:

Gemäß § 5 Abs. 4 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) in der für den Streitzeitraum geltenden Fassung besteht grundsätzlich kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

Die Abgabenbehörde hat unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht (§ 167 Abs. 2 BAO). Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. für viele VwGH 9.9.2004, 99/15/0250) ist von mehreren Möglichkeiten jene als erwiesen anzunehmen, die gegenüber allen anderen Möglichkeiten eine überragende Wahrscheinlichkeit für sich hat und alle anderen Möglichkeiten ausschließt oder zumindest weniger wahrscheinlich erscheinen lässt.

Das Bundesfinanzgericht nimmt es als erwiesen an, dass sich die Kinder der Bf. im Streitzeitraum 4/2012 bis 6/2013 ständig im Ausland aufgehalten haben. Diese Beurteilung gründet sich auf folgende Beweiswürdigung:

Für den Standpunkt der Bf. spricht ausschließlich bloß ihr eigenes Vorbringen, demzufolge das Kind S. On-line Unterricht erhalten haben soll.

Gegen ihren Standpunkt sprechen aber folgende Indizien; so ist darauf zu verweisen, dass laut Stadtschulrat eine Bestätigung der Eltern über den Schulbesuch für das Schuljahr 2012/2013 im Ausland vorliegt. Dazu gibt es keine gegenteilige Bestätigung oder Äußerung der Bf., sondern nur die Vorlage einer Anzeige des häuslichen Unterrichtes für das Vorschuljahr 2011/2012 vom 15.3.2012, jedoch wurde kein Antrag auf häuslichen Unterricht für das Schuljahr 2012/2013 beim Stadtschulrat gestellt. Weiters wurde der Kindergarten der Tochter S. nur bis Februar 2012 besucht. Auch Arztbesuche betreffend den Sohn M. sind in diesen Unterrichtsmonaten nur bis/am 22. und 24.3.2012 und im April 2013 nachgewiesen worden. Dieser Sachverhalt wurde von der Bf. nicht entkräftet.

In dieses Bild fügt sich auch ein, dass es einen Antrag auf häuslichen Unterricht erst wieder für das Schuljahr 2013/2014 gestellt wurden und der Besuch eines Kindertagesheimes erst wieder ab 3/2014 erfolgte, also zu einem Zeitpunkt, als sich die Kinder tatsächlich wieder im Inland aufgehalten haben. Somit kann auch bezüglich dem Sohn M. als erwiesen angenommen werden, dass dieser sich im Streitzeitraum ebenso im Ausland aufgehalten hat.

Weiters wird festgestellt:

Bei der Frage des ständigen Aufenthaltes iSd § 5 Abs 4 FLAG geht es um objektive Kriterien, die nach den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs 2 BAO zu beurteilen sind (vgl. etwa VwGH 22.4.2009, 2008/15/0323; 28.11.2007, 2007/15/0055; 15.11.2005, 2002/14/0103). Diese Beurteilung hat nicht auf den subjektiven Gesichtspunkt des Mittelpunktes der Lebensinteressen abzustellen, sondern auf das objektive Kriterium der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs 4 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. 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 aufrechtzuerhalten, 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. VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103).

Das (teilweise) Verbringen der Ferien in Österreich ist jeweils als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, wodurch der ständige Aufenthalt der Kinder im Ausland nicht unterbrochen wird (VwGH 27.4.2005, 2002/14/0050; 20.6.2000, 98/15/0016; 8.6.1982, 82/14/0047; 28.11.2002, 2002/13/0079; 2.6.2004, 2001/13/0160).

In freier Beweiswürdigung des vorliegenden Sachverhaltes kann davon ausgegangen werden, dass sich die Kinder der Bf. im Zeitraum April 2012 bis Juni 2013 nicht in Österreich aufgehalten haben. An dieser Beurteilung würde es auch nichts ändern, wenn sie ihre Ferien im Inland verbracht oder gelegentlich Ärzte im Inland besucht haben.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zulässigkeit einer Revision

Gegen diese Entscheidung ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG eine Revision nicht zulässig, da das Erkenntnis nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis nicht von der Rechtssprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Wien, am 30. Dezember 2014