



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., W., xxx, vertreten durch Martin Unger, 1220 Wien, Hirschstettner Straße 19-21, vom 30. Oktober 2009 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 8/16/17, vertreten durch ADir. Mold, vom 30. September 2009 betreffend die Familienbeihilfe für den Zeitraum 1. August 2008 bis 31. Jänner 2009 entschieden:

Der Berufung wird teilweise stattgegeben.

Der Bescheid wird, insoweit er die Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den Monat August 2008 verfügt, aufgehoben.

### **Entscheidungsgründe**

Der Berufungswerber (Bw.) stammt aus dem Kosovo und ist österreichischer Staatsbürger. Er beantragte für seine Kinder S., R., A., J. und K. (serbische Staatsbürger), die Familienbeihilfe ab dem 1. September 2007.

Mit dem Antrag legte der Bw. für S., J., A. und R. NAG-Karten vor, die jeweils bis zum 27. August 2009 gültig waren. Der Bw übermittelte dem Finanzamt überdies Bestätigungen betreffend den Sohn R. über einen Schulbesuch während des Zeitraumes 31. August 2007 bis 30. Juni 2008 und für den Zeitraum ab 16. Februar 2009 vor, sowie hinsichtlich A., die im Schuljahr 2008/2009 ebenso die Schule besucht hat.

Weitere Unterlagen belegen, dass J. in der Zeit vom 2. August 2007 bis zum 11. Mai 2008 und sodann vom 6. April 2009 bis laufend als „Arbeit suchend“ vorgemerkt war, ohne einen

Anspruch auf eine Leistung nach dem Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977 zu haben oder eine Beihilfe zur Deckung des Lebensunterhaltes durch das Arbeitsmarktservice zu erhalten. K. hatte nach dem Arbeitsmarktservicegesetz in der Zeit vom 30. April 2008 bis zum 9. April 2009 Arbeitslosengeld bzw. Notstandshilfe bezogen.

Dem Akteninhalt ist auf Seite 20 eine schriftliche Erklärung von A. zu entnehmen, aus der hervorgeht, dass sie und ihre Geschwister S., R. und J. sich in der Zeit vom 3. August 2008 bis 15. Februar 2009 im Kosovo aufgehalten haben und dort auf den Erhalt eines Visums gewartet hätten. In dieser Zeit hätten sie demnach nicht die Schule in Österreich besucht, sondern haben sich gemeinsam mit ihrer Mutter im Kosovo aufgehalten. Ihr Vater habe währenddessen in Wien gearbeitet.

Auf Grundlage dieser Angaben erließ das Finanzamt am 30. September 2009 einen Bescheid, mit dem es Familienbeihilfe samt Kinderzuschlag für die beiden Kinder A. und S. in Höhe von insgesamt € 2.420,60 rückforderte.

Gegen diesen Rückforderungsbescheid er hob der Bw. vertreten durch seinen steuerlichen Vertreter Berufung und führte im Wesentlichen aus, dass die zurückgeforderten Familienbeihilfenbeträge, soweit sie S. betreffen (1.210,30 €), ungerechtfertigt erfolgt wären. Dies deshalb, da S. im Zeitraum August 2008 bis Jänner 2009 in Wien gewesen wäre, zumal sie noch nicht schulpflichtig gewesen sei, während A. im streitgegenständlichen Zeitraum eine Schule außerhalb Österreichs besucht habe.

Das Finanzamt ersuchte am 11. Mai 2010 den Bw. schriftlich um Vorlage sämtlicher Nachweise, die einen Aufenthalt von S. in Österreich darlegen, wie zB Bestätigungen über bei S. durchgeführte ärztliche Untersuchungen und Impfungen ab dem September 2007 sowie Schulbesuchsbestätigungen für S. betreffend das Schuljahr 2009/2010.

Am 4. Juni 2010 erließ das Finanzamt eine abweisende Berufungsvorentscheidung mit der Begründung, dass die mit Vorhalt vom 11. Mai 2010 erbetenen Beweismittel nicht beigebracht worden wären, und das Vorliegen der Voraussetzungen für eine antragskonforme Zuerkennung der Familienbeihilfe nicht festzustellen war. Die am 27. Mai 2010 dem Infocenter überreichten Aufenthaltstitel seien für die gegenständliche Entscheidung irrelevant gewesen.

Der Bw. übermittelte am 28. Juni 2010, nach dem Ergehen der abweisenden Berufungsvorentscheidung einen Meldezettel von S. sowie eine Kopie der am 30. April 2010 ausgestellten und für zwei Jahre gültigen NAG-Karte und eine Bestätigung, dass S. im Schuljahr 2009/2010 die erste Klasse der Volksschule besuchte.

Im Vorlageantrag führte der Bw. aus, dass die im besagten Vorhalt angesprochenen Beweismittel deshalb nicht vorgelegt werden konnten, da das minderjährige Kleinkind S. keinen Kindergarten besucht habe, sondern in der Obhut der ebenfalls in Wien lebenden Mutter gewesen wäre. Desgleichen habe das Kind keinerlei Impfungen erhalten. Der Bw. habe über die Inanspruchnahme von ärztlichen Leistungen bei der Wiener Gebietskrankenkasse um Übermittlung von Nachweisen angefragt und bis dato noch keine Bestätigung betreffend den Zeitraum 2007 bis 2010 erhalten. Der Bw. ersuchte demnach am 5. Juli 2010 um entsprechende Fristerstreckung für die Beibringung dieses Nachweises. Festgehalten wird, dass der Bw. die im Vorlageantrag angesprochene Bestätigung der Wiener Gebietskrankenkasse über die Inanspruchnahme ärztlicher Leistungen für den Zeitraum 2007 bis 2010 nicht vorgelegt hat.

Der steuerliche Vertreter bestätigte fernmündlich am 7. Oktober 2010 gegenüber dem Unabhängigen Finanzsenat, von der oben erwähnten schriftlichen Erklärung der A. Kenntnis zu haben.

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

Aus der Aktenlage geht als erwiesen hervor, dass S. sich im streitgegenständlichen Zeitraum August 2008 bis Jänner 2009 nicht in Österreich, sondern im Kosovo aufgehalten hat. Der Unabhängige Finanzsenat stützt sich dabei insbesondere auf die schriftliche Erklärung von A., wonach S. gemeinsam mit ihrer Mutter im Zeitraum 3. August 2008 bis 15. Februar 2009 nicht im Inland gelebt, sondern im Kosovo auf die Erteilung eines Visums gewartet hat. Das Finanzamt hat diese Erklärung den Begründungsausführungen des angefochtenen Rückforderungsbescheides zu Grunde gelegt und forderte den Bw. im weiteren Berufungsverfahren wiederholt auf, zur Untermalung seines Vorbringens Beweise vorzulegen, dass S. im fraglichen Zeitraum ärztliche Leistungen in Anspruch genommen hat. Diesem Ersuchen hat der Bw. nicht entsprochen und auch die im Vorlageantrag in Aussicht gestellte Bestätigung der Wiener Gebietskrankenkasse über allfällige ärztliche Leistungen für S. bis dato nicht vorgelegt. Die für S. übermittelte Schulbesuchsbestätigung für das Schuljahr 2009/2010 und die aktuell gültige NAG- Karte betreffen nicht den streitgegenständlichen Zeitraum und vermögen daher nicht die Feststellungen des Finanzamtes zu entkräften.

In rechtlicher Hinsicht ist auszuführen:

Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind hat nach § 2 Abs. 2 FLAG 1967 die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört. Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind nach § 2 Abs. 5 FLAG dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Nach § 3 Abs. 2 FLAG besteht Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die nicht

---

österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG) rechtmäßig in Österreich aufhalten. Kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht nach § 5 Abs. 3 FLAG für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist ein ständiger Aufenthalt eines Kindes im Ausland unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2 BAO zu beurteilen. (VwGH 18.11.2009, 2008/13/0072). Danach hat jemand den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinn 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 (VwGH 17.12.2009, 2009/16/0221). 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 (VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103, VwGH 28.11.2007, 2007/15/0055). Ein nicht nur vorübergehendes Verweilen liegt jedenfalls vor, wenn sich der Aufenthalt über einen längeren Zeitraum erstreckt. Die Beurteilung der Frage, wann ein längerer Zeitraum vorliegt, ist nicht nach dem im § 26 Abs 2 BAO für die unbeschränkte Steuerpflicht normierten Sechs-Monate Tatbestand zu lösen. Es kann jedenfalls nicht ausgeschlossen werden, dass auch eine geringere Aufenthaltsdauer einen gewöhnlichen Aufenthalt zu begründen vermag, wenn Umstände unter denen sich der Aufenthalt vollzieht, von der Art sind, dass aus ihnen eine Bindung der natürlichen Person zum Staatsgebiet abzuleiten ist (Stoll, BAO-Kommentar, 337).

Im gegenständlichen Fall ist erwiesen, dass sich S. und ihre Familie wegen Ablaufes einer Aufenthaltsbewilligung im fraglichen Zeitraum (mehr als sechs Monate) nicht in Österreich aufgehalten haben. Dieser Aufenthalt im Ausland war unbestrittenmaßen nicht mit einem Ferienaufenthalt oder einer Urlaubsreise zu vergleichen, zumal während dieses Zeitraumes A. im Ausland die Schule besucht hat und darüber hinaus zweifelsohne noch von einer Bindung der Familie zum ausländischen Staat auszugehen war, sodass schon aus diesen Gründen ihr Aufenthalt nicht als nur vorübergehend zu beurteilen war. Aus der Rechtsprechung des VwGH geht überdies hervor, dass das Bestehen eines Aufenthaltstitels und gleichermaßen insbesondere dessen Dauer für die Frage der Beurteilung des gewöhnlichen Aufenthaltes gem § 26 Abs 2 BAO unbeachtlich ist und es in diesem Zusammenhang nur auf die tatsächlichen Verhältnisse ankommt (VwGH 12.10.2009, 2009/16/0208). Auch vor diesem Hintergrund ist auf Basis der erwiesenen Tatsache, dass sich S. gemeinsam mit ihrer Familie für mehr als sechs Wochen nicht in Österreich aufgehalten hat, für diesen Zeitraum kein gewöhnlicher

Aufenthalt im Inland anzunehmen, weshalb der in Streit stehende Anspruch auf Familienbeihilfe nicht gegeben war.

§ 10 Abs. 2 FLAG legt fest, dass die Familienbeihilfe vom Beginn des Monats gewährt wird, in dem die Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt werden. Der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt mit Ablauf des Monats, in dem die Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschließungsgrund hinzukommt. Im konkreten Fall sind die Anspruchsvoraussetzungen für den Erhalt der Familienleistung im August 2008 weggefallen, weshalb der Anspruch auf Familienbeihilfe erst mit Ablauf dieses Monats erlischt. Der angefochtene Rückforderungsbescheid ist demnach, soweit er den Monat August 2008 betrifft, zu Unrecht erfolgt und in diesem Umfang aufzuheben.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 12. Oktober 2010