



## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch Stb., gegen den Bescheid des Finanzamtes x betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe für die Kinder K.undM., für die Zeit vom 1.1.1996 bis 31.3.2001 und des Kinderabsetzbetrages für diesen Zeitraum entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Das Finanzamt hat mit Bescheid vom 12.6.2001 die Familienbeihilfe für die Kinder K.u.M., für die Zeit vom 1.1.1996 bis 31.3.2001 in Höhe von ATS 205.425,00 und den Kinderabsetzbetrag für diesen Zeitraum in Höhe von ATS 66.000,00, insgesamt somit in Höhe von ATS 271.425,00, zurückgefordert, weil sich die Kinder seit 1994 ständig in Ägypten aufhalten würden und der Anspruch auf Familienbeihilfe gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 mit 31.12.1995 wegfallen würde.

Dagegen wurde eine Berufung eingebracht. Die Berufungswerberin sei österreichische Staatsbürgerin, deren Gatte sei von Geburt an ägyptischer Staatsbürger und habe 1985 zusätzlich die österreichische Staatsbürgerschaft verliehen erhalten. Die beiden ehelichen Kinder der Berufungswerberin, K. und M., beide in Österreich geboren, seien ebenfalls Doppelstaatsbürger. Seit 1985 seien alle angeführten Personen unter der in der Berufungsschrift angeführten Adresse (in Österreich) gemeldet. Dort befinde sich ihr Wohnsitz sowie der gewöhnliche Aufenthalt.

Die beiden Kinder der Berufungswerberin seien in Österreich aufgewachsen und hätten die gesamte Volksschulzeit ebenso wie das erste Jahr der Mittelschule in Österreich absolviert. Um bessere Chancen im nachfolgenden geplanten wirtschaftlichen bzw. technischen Studium in Österreich zu haben, sei vereinbart worden, ab dem zweiten Jahr in eine Mittelschule zu wechseln, in welcher auch die Sprache arabisch pflichtmäßig unterrichtet würde. Da dies in Österreich nicht möglich gewesen sei, sei nur die Möglichkeit übrig geblieben, lediglich zu Ausbildungszwecken in eine Mittelschule nach Ägypten zu wechseln. Obwohl für diese Schule ein jährliches Schulgeld von ATS 50.000,00 zu entrichten gewesen sei, hätten sich die Eltern im Sinne der bestmöglichen Ausbildung ihrer Kinder für diesen Schritt entschlossen. Mit den Schwiegereltern der Berufungswerberin sei diesbezüglich vereinbart worden, dass sich die beiden Kinder wochentags nach dem Schulbesuch bei ihnen aufhalten könnten. Aus persönlichen Gründen hätten die Schwiegereltern jedoch die maximale Aufenthaltsdauer der Kinder mit dem Datum der Reifeprüfung begrenzt.

Um keinerlei Nachteile in Österreich durch diesen Schulbesuch der Kinder befürchten zu müssen, habe die Berufungswerberin beim Schulunterrichtsministerium Erkundigungen eingeholt und sei darauf aufmerksam gemacht worden, dass der ausländische Schulbesuch nur eine Schulabmeldung in Österreich erfordere, damit jedoch "alles erledigt wäre".

Die Berufungswerberin habe daraufhin ihre Kinder ordnungsmäßig beim Schulunterrichtsminister von der Pflichtschule in Österreich abgemeldet.

Ab dem Schuljahr 1994/1995 hätten die Kinder der Berufungswerberin somit lediglich zu Ausbildungszwecken diese deutschsprachige Schule in Ägypten besucht. Infolge der räumlichen Verhältnisse seien nur die notwendigsten persönlichen Gegenstände der Kinder nach Ägypten verbracht worden. Die Kinder hätten sich ausschließlich für den Zeitraum des Schulbesuchs und ausschließlich zu Ausbildungszwecken in Ägypten aufgehalten. Während der Schuljahre sei in Fällen der Krankheit, aus persönlichen Gründen sowie familiären Anlässen stets der Rückflug nach Österreich erfolgt. Jedenfalls seien die Kinder regelmäßig jedes dritte Wochenende zu ihren Eltern nach Österreich zurückgekehrt. Die gesamten Ferienzeiten, darunter auch die während des Schuljahres, wie Oster-, Semester- und Weihnachtsferien, sowie sonstige in Ägypten bestehende Feiertage, hätten die Kinder im Kreise ihrer Familie und Freunde in Österreich verbracht, wo sich auch der Großteil ihrer persönlichen Gegenstände befände. Die Berufungswerberin sowie deren Gatte seien während dieser Jahre in Österreich verblieben und hätten aufgrund der Berufstätigkeit des Gatten sowie aufgrund der finanziellen Situation durch die Höhe des zu entrichtenden Schulgeldes nur die Möglichkeit gelegentlicher Besuche bei ihren Kindern in Ägypten gehabt. Die Kinder hätten die Schule mit der Reifeprüfung abgeschlossen, welche auch in Österreich als Matura anerkannt sei. In der Annahme eines ständigen Aufenthalts der Kinder der Berufungswerberin

in Ägypten liege eine unrichtige Subsumtion des gegenständlichen Sachverhaltes unter den Tatbestand des § 5 Abs. 4 FLAG vor. Wie bereits ausgeführt, hätten sich die Kinder ausschließlich zu Ausbildungszwecken vorübergehend in Ägypten aufgehalten. Die jeweiligen Aufenthalte in Ägypten wären zeitbegrenzt gewesen und wären jeweils nur für die Zeitdauer von 3 Wochen bzw. bis zu den jeweiligen Ferienzeiten erfolgt. Auch die Gesamtdauer der Ausbildung wäre mit dem Abschluss der Reifeprüfung begrenzt gewesen. Wie aus Stellungnahmen des Bundesministeriums für Umwelt, Jugend und Familie hervorgehe (vgl. VwGH Zl. 98/13/0101) sei eine Weitergewährung der Familienbeihilfe für Zeiten eines vorübergehenden Aufenthaltes eines Kindes im Ausland möglich, wenn sich das Kind nur für Ausbildungszwecke im Ausland aufhalte und nach der Ausbildung in absehbarer Zeit ins Inland zurückkehre, weshalb bereits aus diesem Grund eine Rückforderung der geleisteten Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge unzulässig sei. Vergleiche man die jährliche Anwesenheit der Kinder der Berufungswerberin im Inland mit der in Ägypten verbrachten Zeitdauer, so ergebe sich, dass ca. ein Drittel der Jahresgesamtheit durch die Kinder in Österreich verbracht worden sei und die Restzeit nur eine ausbildungsbedingte Abwesenheit dargestellt habe. Im Übrigen wäre der Wohnsitz und gewöhnliche Aufenthaltsort der Eltern in diesen Zeiträumen stets in Österreich gewesen, weshalb aufgrund der gegenständlichen Fallkonstellation nicht mehr ausschließlich auf das faktische Überwiegen der Aufenthaltszeit in Ägypten (wie in § 26 Abs 2 BAO) abgestellt werden könne.

Die Annahme eines ständigen Aufenthaltes der beiden ehelichen Kinder in Ägypten lediglich aufgrund der faktisch überwiegenden Anwesenheit im Ausland, widerspreche somit der Intention des Familienlastenausgleichsgesetzes.

Nach § 66 Abs. 2 JN sei für die Annahme des ständigen Aufenthalts in derartigen Fallkonstellationen auch zu berücksichtigen, ob der überwiegende Aufenthaltsort von jemanden zum Mittelpunkt seines Lebens, seiner wirtschaftlichen Existenz und seiner sozialen Beziehung gemacht werde. Gerade wenn - wie hier - die ortsbedingte Abwesenheit nur zu Ausbildungszwecken erfolge, habe sich die Auslegung des Begriffes ständiger Aufenthalt auch an der Norm des § 66 Abs. 2 JN zu orientieren. Auch sei darauf zu verweisen, dass die Norm des § 26 Abs 2 1. Satz BAO nur grundsätzlich körperliche Anwesenheit für das Tatbestandsmerkmal gewöhnlicher Aufenthalt erfordere. Das Wort grundsätzlich deute jedoch darauf hin, dass auch bei der Auslegung des § 26 Abs. 2 1. Satz BAO nicht ausschließlich auf die faktische Anwesenheit bzw. Abwesenheit einer Person von einem Ort abzustellen sei. Zwar hätten Personen, welche berufsbedingt abwesend seien, am Arbeits- bzw. Beschäftigungsort ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne des § 26 Abs. 2 1. Satz BAO, allerdings könne dies nicht auf Schüler übertragen werden, welche sich lediglich zu Ausbildungszwecken in genau abgegrenzten Zeiträumen im Ausland aufhalten würden. Sofern die belangte Behörde auf

bisher ergangene höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Auslegung des § 5 Abs. 4 FLAG verweise, sei ihr zu entgegnen, dass in den bisher entschiedenen auslandsbezogenen Fällen stets einer der Elternteile seinen Wohnsitz im Ausland gehabt habe und auch im Ausland aufhältig gewesen sei, was hier jedoch nicht vorliege. Da zur Auslegung des Begriffes ständiger Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs. 4 FLAG somit nicht nur auf die faktische körperliche Ab- bzw. Anwesenheit abzustellen sei, die Umstände dafür sprechen würden, dass die Anwesenheiten der Kinder in Ägypten vorübergehend gewesen seien und jeweils zeitlich abgegrenzt erfolgt seien, sei im Zusammenhang mit der Tatsache, dass sich die Kinder ca. ein Drittel der Jahresgesamtzeit in Österreich aufgehalten hätten, von einem ständigen Aufenthalt der Kinder in Österreich auszugehen, welcher durch die vorübergehende zeitbegrenzte Abwesenheit in Ägypten auch nicht unterbrochen worden sei. Dies ergebe sich auch aus dem Gleichheitsgrundsatz im Hinblick auf Personen, die im Ausland ein Studium absolvieren würden. Auch diese würden sich dort zu Ausbildungszwecken aufhalten, ihnen werde aber die Familienbeihilfe in Österreich gewährt. Die Wertung, dass eine Abwesenheit des Kindes zu Ausbildungszwecken kein Erlöschen des Anspruches auf Familienbeihilfe bewirke, ergebe sich auch im Zusammenhang mit der Bestimmung des § 2 Abs. 5 lit. a bzw. lit. b FLAG. Nach lit. b dieser Norm bleibe das Kind haushaltszugehörig, wenn es für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohne. Da ein Erlöschen des Anspruches auf Familienbeihilfe durch die Ausübung eines Berufes erfolge, müsse der in Abs. 5 lit. b verwendete Begriff der Berufsausübung somit anders interpretiert werden. Bei einer Auslegung des Begriffes im Sinne des Gesetzes ergebe sich somit, dass unter Berufsausübung die jeweils ausgeübte Tätigkeit des Kindes als Schüler bzw. Lehrling zu verstehen sei. Demnach gestehe das Familienlastenausgleichsgesetz jedoch zu, dass sich das Kind für Zwecke der Schulausübung grundsätzlich an einem anderen Ort befinden könnte, oder das Kind eine Zweitunterkunft in Schulumnähe bewohne und trotzdem der Anspruch auf Familienbeihilfe fortbestehe. Auch aus der Wertung des § 5 Abs. 5 lit. a FLAG sei zu entnehmen, dass ein Anspruch auf Familienbeihilfe grundsätzlich auch im Falle einer bloß vorübergehenden Abwesenheit vom Haushaltort fortbestehen könne. Im Sinne der obigen Ausführungen sei der gegenständliche Sachverhalt von der Behörde infolge einer unrichtigen Beurteilung dem Tatbestand des § 5 Abs. 4 FLAG unterstellt worden. Des Weiteren habe die Behörde keine Ausführungen zum ermittelten Sachverhalt getroffen und auch nicht angegeben, wie sie zu den Ermittlungsergebnissen gelangt sei. Insbesondere der angeblich ständige Aufenthalt der Kinder der Berufungswerberin im Ausland resultiere aus keinem hinreichenden Sachverhaltssubstrat. Dies insbesondere im Hinblick darauf, dass durch die Behörde keinerlei Rücksprache mit der Berufungswerberin erfolgt sei und die Berufungswerberin lediglich einmal

Schulbestätigungen ihrer beiden ehelichen Kinder aus dem Schuljahr 2000/2001 vorgelegt habe. Der Behörde sei somit auch eine unrichtige Beweiswürdigung vorzuwerfen, da sie zur Annahme hätte gelangen müssen, dass sich die beiden Kinder der Berufungswerberin nur vorübergehend für Ausbildungszwecke im Ausland aufhalten würden und somit ein ständiger Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs 4 FLAG (i.d.F. bis 31.12.2000) nicht vorliege. Diese Mängel des Ermittlungsverfahrens sowie weiterer Verfahrensfehler würden - schon aus prozessualer Vorsicht - auch im Rahmen der Rechtsrüge ausdrücklich gerügt. Da nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung krasse Begründungs- und andere besondere massive Verfahrensfehler den Bescheid auch mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit behaften würden, sei schon aus diesem Grund die Rechtswidrigkeit des erstinstanzlich angefochtenen Bescheides anzunehmen. Die obigen Ausführungen würden sinngemäß für die Rückforderung der bezogenen Kinderabsetzbeträge im Sinne des § 33 EStG 1988 gelten.

Weiters führt die Berufungswerberin auch formelle Rechtswidrigkeiten des angefochtenen Bescheides an. Mit Bescheid des Finanzamtes vom 28. März 2001 sei der Berufungswerberin von April 1994 bis März 2001 Familienbeihilfe sowie der Kinderabsetzbetrag im gesetzlich zustehenden Ausmaß für die beiden ehelichen Kinder gewährt worden.

Mit Schreiben des Finanzamtes vom 28. September 2000 bzw. nachfolgend vom 10. November 2000 sei die Berufungswerberin aufgefordert worden, zur Überprüfung, ob die Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe noch gegeben seien, ein ausgefülltes Datenblatt des Finanzamtes zu überprüfen und unterfertigt zu retournieren. Mit Schreiben vom 29. Jänner 2001 bzw. 14. März 2001 sei die Berufungswerberin ferner aufgefordert worden, eine Schulbestätigung ihres Kindes M. vorzulegen, weshalb die Berufungswerberin die Schulbesuchsbestätigungen ihrer Kinder aus dem Schuljahr 2000/2001 übermittelt habe. Ohne dass eine weitere Kontaktaufnahme durch die erstinstanzliche Behörde erfolgt sei, sei am 12. Juni 2001 der nunmehr angefochtene erstinstanzliche Bescheid erlassen worden. Nach dem hier einschlägigen Artikel II Abs. 2 EGVG seien die Verwaltungsverfahrensgesetze auch auf die Finanzämter und Finanzlandesdirektionen anzuwenden. Gemäß dem anzuwendenden § 37 AVG 1991 sei durch die Behörde eine Ermittlungsverfahren durchzuführen, welches dazu diene, den für die Erledigung einer Verwaltungssache maßgebenden Sachverhalt festzustellen und den Parteien Gelegenheit zur Geltendmachung ihrer Rechte zu geben.

Im vorliegenden Fall sei es der Berufungswerberin nicht erkennbar, ob durch die Behörde erster Instanz überhaupt ein Ermittlungsverfahren durchgeführt worden sei. Falls ein derartiges Verfahren durchgeführt worden sei, so sei in demselben die Ermittlung des wie oben geschilderten maßgeblichen Sachverhaltes in wesentlichen Punkten unterlassen worden. Nach der Judikatur sei die Mitwirkung der Parteien für den Begriff des Ermittlungsverfahrens

wesentlich. Würden bei der Vorbereitung der Entscheidungsgrundlagen (Sachverhaltsfeststellung) jedoch nur behördliche Organe allein tätig werden, so könne von einem Ermittlungsverfahren nicht gesprochen werden. Im vorliegenden Fall sei die Berufungswerberin in ein eventuelles Ermittlungsverfahren der Behörde in keinsten Weise eingebunden worden. Durch derartige Mängel des Ermittlungsverfahrens sei der angefochtene Bescheid jedenfalls rechtswidrig infolge von Verletzung der Verfahrensvorschriften. In diesem Sinne sei es auch denk möglich, dass die Behörde bei Durchführung eines ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahrens zu einem anderen Verfahrensergebnis, nämlich zur Nichtrückforderung der Familienbeihilfe bzw. der Kinderabsetzbeträge im Zeitraum 1.1.1996 bis 31.3.2001 gelangt wäre. Für die Berufungswerberin sei auch nicht nachvollziehbar, wie die Behörde zur Annahme gelangt sei, dass sich die Kinder seit 1994 ständig in Ägypten aufhalten würden. Durch die Berufungswerberin sei - wie bereits ausgeführt - nur eine Schulbesuchsbestätigung des Schuljahres 2000/2001 beigebracht worden, weshalb nicht erkennbar sei, wie die Behörde auf die Jahr 1994 gestoßen sei. Im Zuge des Ermittlungsverfahrens hätte der Berufungswerberin auch Gelegenheit geboten werden müssen, alle zur Sache gehörigen Gesichtspunkte vorzubringen und unter Beweis zu stellen, was jedoch ebenfalls durch die Behörde I. Instanz verabsäumt worden sei. Dieses Parteiengehör hätte der Berufungswerberin durch die Behörde erster Instanz ausdrücklich in förmlicher Weise und von Amtswegen eingeräumt werden müssen. Der Berufungswerberin sei der Sachverhalt, von dem die erstinstanzliche Behörde ausgegangen sei, jedoch in keinsten Weise zur Kenntnis gebracht worden.

Insbesondere sei der Berufungswerberin nur aufgetragen worden, eine Schulbesuchsbestätigung ihres Kindes M. zu übermitteln. Durch die Vorgangsweise der Behörde erster Instanz sei somit das Recht der Berufungswerberin auf Wahrung des Parteiengehörs im Sinne des § 115 i.V.m. § 183 BAO verletzt worden.

Auch hätte im Zuge eines Ermittlungsverfahrens eine Einvernahme der nunmehrigen Berufungswerberin bzw. deren Kinder erfolgen müssen. Überdies wäre die Partei im Zuge eines ordnungsgemäßen Verfahrens vom Ergebnis der Beweisaufnahme im Sinne des § 45 Abs. 3 AVG (§ 183 Abs. 4 BAO) in Kenntnis zu setzen und es wäre ihr Gelegenheit zu geben, sich dazu zu äußern. Da die Berufungswerberin vom Ergebnis des gegenständlichen Verfahrens erster Instanz erst durch den angefochtenen Bescheid Kenntnis erlangt habe, seien durch die Behörde erster Instanz auch die §§ 45 Abs. 3, 37 und 43 Abs. 3 AVG verletzt worden. Bei Wahrung des Parteiengehörs durch die Behörde erster Instanz wäre ein anderes Verfahrensergebnis zumindest denk möglich gewesen. Sowohl der Grundsatz des Parteiengehörs als auch der materiellen Wahrheit würden verletzt, wenn die Partei von Umständen, die zur Sachverhaltsdarstellung dienen, erst zu einem Zeitpunkt in Kenntnis

gesetzt werde, indem es ihr nicht mehr möglich sei, sich zu den getroffenen Feststellungen konkret zu äußern. Durch die Verabsäumung der Behörde erster Instanz, den entscheidungsrelevanten Sachverhalt ausreichend festzustellen, sei weiters der Grundsatz der materiellen Wahrheit verletzt worden. Zu den allgemeinen Grundsätzen eines geordneten Verfahrens gehöre die Verpflichtung der Behörde zur ausreichenden Begründung eines Bescheides. Fehle die Bescheidbegründung, so sei der angefochtene Bescheid der Behörde bereits aus diesem Grunde rechtswidrig. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes müsse die Begründung eines Bescheides erkennen lassen, welchen Sachverhalt die Behörde ihrer Entscheidung zugrunde lege, aus welchen Erwägungen sie zur Ansicht gelange, dass gerade dieser Sachverhalt vorliege und aus welchen Gründen die Behörde Subsumtion des Sachverhaltes unter einem bestimmten Tatbestand für zutreffend erachte. Des Weiteren müsse aus der Begründung hervorgehen, ob die Behörde die Grundlagen ihrer Entscheidung in einem einwandfreien Verfahren gewonnen habe und ob die von ihr gezogenen Schlüsse den Grundsätzen folgerichtigen Denkens entsprechen würden. Eine Begründung, die nicht einmal andeutungsweise die Erwägungen bei Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffes - wie hier des Begriffes ständiger Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs. 4 FLAG - und bei der Anwendung des so gewonnen Auslegungsergebnisses erkennen lasse, verstoße eklatant gegen § 60 AVG.

Im vorliegenden Fall gehe aus dem angefochtenen Bescheid der Behörde erster Instanz der dem Fall zugrunde liegende Sachverhalt nicht deutlich hervor. Die erstinstanzliche Behörde führe auch nicht aus, aus welchen Erwägungen sie zur Ansicht gelange, dass gerade dieser Sachverhalt vorliege. Ausführungen der erstinstanzlichen Behörde über die vorgenommene Beweiswürdigung würden zur Gänze fehlen. Die Behörde erster Instanz zitiere in der Begründung des angefochtenen Bescheides auch lediglich die Norm des § 2 Abs. 2 FLAG, unterlasse jedoch die Zitierung des § 5 Abs. 4 FLAG i.d.F. bis 31.12.2000 und unterlasse weiters eine ausreichende Subsumtion des Sachverhaltes unter diese Rechtsnormen. Auch lasse die erstinstanzliche Begründung Ausführungen zu dem unbestimmten Rechtsbegriff des ständigen Aufenthaltes im Sinne des § 5 Abs. 4 FLAG vermissen.

Hinsichtlich des Spruches des Bescheides werde noch ausgeführt, dass demnach nur für das Kind K., nicht jedoch für das Kind M. Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge ausbezahlt worden seien, weshalb sich die Rückforderung in Bezug auf das Kind M. jedenfalls als rechtswidrig darstelle und der Spruch des angeführten Bescheides rechtswidrig sei. Überdies enthalte der Spruch nur die Norm des § 26 Abs. 1 FLAG bzw. § 33 Abs. 4 Z. 3 lit. a) bzw. lit. c) EStG, zitiere jedoch nicht die hauptsächlich relevante Gesetzesbestimmung des § 5 Abs. 4 FLAG (idF. bis 31.12.2000), weshalb der Spruch nicht die angewendeten Gesetzesbestimmungen enthalte, was einen relevanten Verfahrensmangel begründe. Hätte

die Behörde im vorliegenden Fall den Sachverhalt mangelfrei erhoben, die oben gerügten Verfahrensmängel nicht begangen, so wäre sie zu einem anderen Ergebnis, nämlich zur Nichtrückforderung der für den Zeitraum 1.1.1996 bis 31.3.2001 bezogenen Familienbeihilfenbeträge sowie Kinderabsetzbeträge gelangt. Die aufgezeigten Verfahrensmängel würden daher wesentliche, weil den Ausgang der Entscheidung maßgeblich beeinflussende Verfahrensmängel darstellen, weshalb der angefochtene erstinstanzliche Bescheid auch mit formeller Rechtswidrigkeit behaftet sei.

Vom Finanzamt erging am 26.11.2001 ein Schreiben an die Berufungswerberin, in dem diese aufgefordert wurde, einen geeigneten Nachweis über die Ein- und Ausreise der Kinder vorzulegen. Weiters möge sie die Schul- bzw. Ferienzeiten der Kinder in Ägypten und die Tätigkeiten des Ehegatten in den Zeiten vom 1.1.1996 bis 14.5.1996, vom 29.3.1997 bis 6.7.1997 und vom 16.3.1998 bis 7.6.1998, in denen er weder beschäftigt war noch Bezüge vom AMS erhalten habe, bekannt geben.

Von der Berufungswerberin wurde mit Schriftstück vom 3.1.2002 der Ferienplan des Schuljahres 2000/2001 der Schule in Ägypten vorgelegt. Die markierten Daten würden die Ferienzeiten der Kinder ergeben. Grundsätzlich gebe es in Ägypten jedes Monat ein verlängertes Wochenende, an dem die Kinder die Möglichkeit gehabt hätten, nach Österreich zu kommen. Weiters hätten die vielen zusammenhängenden Ferienzeiten die Rückkehr der Kinder nach Österreich begünstigt. Die Berufungswerberin werde bei dem für Jänner 2002 geplanten Urlaub in Ägypten versuchen, unmittelbar bei der Schule auch die Ferienpläne der vorangegangenen Jahre zu erhalten. Die Kinder hätten regelmäßig Ärzte in Österreich besucht und die Berufungswerberin bemühe sich, von den jeweiligen Ärzten Bestätigungen zu erlangen. So besuche das Kind K. auf Grund einer Sehschwäche die Sehschule im Krankenhaus. Wie aus den Pässen der Kinder ersichtlich sei, hätten diese bei der Einreise nach bzw. bei der Ausreise aus Ägypten keinerlei Stempel erhalten. In diesem Sinne sei es der Berufungswerberin unmöglich, die genauen Heimkehrdaten der Kinder während der letzten fünf Jahre exakt festzustellen. Fest stehe, dass sich die Kinder während der Ferienzeiten jedoch jeweils in Österreich aufgehalten hätten. Richtig sei, dass der seit Sommer 2001 von der Berufungswerberin geschiedene Gatte in den Zeiten vom 1.1.1996 bis 14.5.1996, vom 29.3.1997 bis 6.7.1997 und vom 16.3.1998 bis 7.6.1998 bei keinem österreichischen Unternehmen beschäftigt gewesen sei. In dieser Zeit sei er arbeitslos gewesen. Richtig sei weiters, dass er keine Bezüge vom Arbeitsmarktservice erhalten habe. Dies deshalb, weil der Erhalt von Bezügen vom Arbeitsmarktservice bei auslandsbedingter Abwesenheit unzulässig sei. In diesen Zeiträumen habe er jedoch die Möglichkeit gelegentlicher Besuche bei den Verwandten in Ägypten bzw. bei seinen Kindern gehabt. Der geschiedene Gatte der Berufungswerberin sei somit in diesen Zeiten arbeitslos, in Österreich gemeldet, wohnhaft

sowie aufhältig und habe sich nur urlaubsbedingt fallweise in Ägypten aufgehalten, weshalb die Bezüge vom Arbeitsmarktservice geruht hätten.

Aus einer vorgelegten Kontrollkarte der Sehschule des Krankenhauses gehen bezüglich des Kindes K. die Termine 17.6.1998, 30.6.1999 und 29.6.2000 hervor.

Das Finanzamt forderte die Berufungswerberin am 11.4.2002 auf, die fehlenden Unterlagen betreffend den Aufenthalt der Kinder in Österreich nachzureichen.

Mit Schreiben vom 26.4.2002 wurde auf die bereits vorgelegten Unterlagen hingewiesen und ergänzend wurden Staatsbürgerschaftsnachweise, Geburtsurkunden, Meldezettel und Rechnungen der Schule in Ägypten für die Kinder betreffend die Schuljahre 1994/1995, 1995/1996, 1996/1997, 1997/1998, 1998/1999, 1999/2000 und 2000/2001 vorgelegt.

Mitgeteilt wurde weiters, dass die Berufungswerberin über keine weiteren Unterlagen verfüge, aber jederzeit als Auskunftsperson zur Verfügung stehe.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 25.6.2002 wurde die Berufung als unbegründet abgewiesen. Mit Bescheid vom 12.6.2001 sei die Familienbeihilfe für die Kinder M., geb. 1982, und K, 1983, für die Zeit vom 1.1.1996 bis 31.3.2001 zurückgefordert worden. Gemäß § 5 Abs. 4 (ab 1.1.2002: § 5 Abs. 3) FLAG 1967 bestehe kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sei der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs. 4 FLAG 1967 unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2 BAO zu beurteilen (vgl. VwGH-Erkenntnisse vom 19.10.1993, Z. 93/14/0118, vom 20.6.2000, Z. 98/15/0016). Demnach komme es im gegebenen Fall darauf an, ob sich die Kinder in Ägypten unter Umständen aufhielten, die erkennen lassen, dass sie an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilten. Ein Aufenthalt in dem genannten Sinn verlange grundsätzlich körperliche Anwesenheit. Daraus folge, dass eine Person nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben könne. Um einen gewöhnlichen Aufenthalt aufrecht zu erhalten, sei aber keine ununterbrochene Anwesenheit erforderlich.

Die Kinder K. und M. hätten von September 1994 bis 11. Mai 2001 die Schule in Ägypten besucht. Seit Mitte Mai 2001 würden sie sich wieder ständig in Österreich aufhalten, wo sie seit Oktober 2001 studieren würden. Während des Schulbesuches in Ägypten hätten die Kinder regelmäßig die Ferien in Österreich verbracht. Hinzuweisen sei auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 20.10.1993, Z. 91/13/0175, in dem ein sich über volle zwei Jahre erstreckender Auslandsaufenthalt der Kinder in den USA als ständig im Sinne des § 5 Abs. 4 FLAG 1967 beurteilt worden sei. Im vorliegenden Fall hätten sich die Kinder länger als zwei Jahre in Ägypten aufgehalten. Auch durch das Verbringen der Ferien in Österreich wäre

der ständige Aufenthalt in Ägypten nicht unterbrochen worden. Somit sei ein Anspruch auf Familienbeihilfe im Berufungszeitraum nicht gegeben.

Mit Schreiben vom 24.7.2002 wurde die Vorlage der Berufung an die Abgabenbehörde zweiter Instanz beantragt.

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

Nach § 5 Abs 4 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 in seiner Fassung vor dem BGBl.Nr. 201/1996 bestand kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, es sei denn, dass die Gegenseitigkeit durch Staatsverträge verbürgt ist.

Nach § 5 Abs. 4 (ab BGBl. I Nr. § 5 Abs. 3) FLAG 1967 in der durch das Bundesgesetz BGBl. Nr. 201/1996 gestalteten, ab dem 1.5.1996 geltenden Fassung besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

Gem. § 33 Abs. 4 Z. 3. a Einkommensteuergesetz 1988 in der im Berufungszeitraum bis 31.12.1998 geltenden Fassung (1999: § 33 Abs. 4 Z. 3 lit. c EStG 1988) steht einem Steuerpflichtigen, dem auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag von monatlich 350.- (1999: 475.-) für das erste Kind, 525.- (1999: 650.-) für das zweite Kind und 700.- (1999: 825.-) für jedes weitere Kind zu (nach § 33 Abs. 4 Z. 3 a EStG 1988 gültig ab 1.1.2000: "monatlich 700.- für jedes Kind"). Für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, steht kein Kinderabsetzbetrag zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 FLAG anzuwenden.

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 Bundesabgabenordnung (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, wobei es anders als bei der in der Berufung angesprochenen Bestimmung des § 66 Abs. 2 JN auf subjektive Momente nicht ankommt. 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. die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 2.6.2004, Z. 2001/13/0160, vom 20.6.2000, Z. 98/15/0016).

Auf Grund der nun vorliegenden Unterlagen und der Angaben in der Berufung kann unbestritten davon ausgegangen werden, dass sich die Kinder der Berufungswerberin ab September 1994 bis Mitte Mai 2001 in Ägypten aufhielten und dort eine Schule besuchten. Bezüglich der Aufenthalte der Kinder in Österreich wird in der Berufung angeführt, dass während der Schuljahre in Fällen der Krankheit, aus persönlichen Gründen sowie familiären Anlässen stets der Rückflug nach Österreich erfolgt sei. Jedenfalls seien die Kinder regelmäßig jedes dritte Wochenende zu ihren Eltern nach Österreich zurückgekehrt. Die gesamten Ferienzeiten, darunter auch die während des Schuljahres, wie Oster-, Semester- und Weihnachtsferien, sowie sonstige in Ägypten bestehende Feiertage hätten die Kinder im Kreise ihrer Familie und Freunde in Österreich verbracht. Ca. ein Drittel der Jahresgesamtheit sei von den Kindern in Österreich verbracht worden. Als Nachweis bezüglich der Aufenthalte der Kinder konnte jedoch lediglich eine Kontrollkarte der Sehschule eines Krankenhauses vorgelegt werden, aus der die Daten 17.6.1998, 30.6.1999 und 28.6.2000 hervorgehen.

Im Hinblick auf die Erklärungen der Berufungswerberin, dass ihr seit Sommer 2001 geschiedener Ehegatte in den Zeiträumen vom 1.1.1996 bis 14.5.1996, vom 29.3.1997 bis 6.7.1997 und vom 18.3.1998 bis 17.6.1998 die Bezüge vom Arbeitsmarktservice ruhend gemeldet habe, weil er in diesen Zeiträumen die Möglichkeit gelegentlicher Besuche bei den Verwandten und seinen Kindern in Ägypten gehabt habe, erscheint es dem unabhängigen Finanzsenat eher unwahrscheinlich, dass die Kinder in diesen Zeiten jedes dritte Wochenende in Österreich verbrachten. Aus dem von der Berufungswerberin beigebrachten Ferienplan für das Schuljahr 2000/2001 ist zudem weiters zu schließen, dass die Besuche der Sehschule während der Ferien erfolgten.

Das Verbringen der Ferien in Österreich ist aber jeweils als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, wodurch der ständige Aufenthalt der Kinder in Ägypten nicht unterbrochen wurde (vgl. insbesondere die ebenfalls einen mehrjährigen Schulbesuch im Ausland betreffenden Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 2.6.2004, Z. 2001/13/0160, vom 28.11.2002, Z. 2002/13/0079, und vom 20.6.2000, Z. 98/15/0016).

Ob im § 2 Abs. 5 lit. b FLAG 1967 Fiktionen für die Haushaltszugehörigkeit bei auswärtiger Berufsausübung aufgestellt werden, hat für die gegenständliche Prüfung eines ständigen Auslandsaufenthaltes im Sinne § 5 Abs. 4 bzw. Abs. 3 ab 1.1.2001 der außerdem nur in Schulausbildung gestandenen Kinder der Berufungswerberin keine Bedeutung.

Neben der Verletzung des Parteiengehörs werden in der Berufung auch Mängel der Begründung sowie des Spruches des Bescheides angeführt. Aus dem Spruch des Bescheides geht jedoch eindeutig hervor, dass sich die Rückforderung der angeführten Beträge auf beide Kinder bezieht. Auf Grund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens des Finanzamtes und der daran anschließenden Berufungsvorentscheidung, der die Wirkung eines Vorhaltes zukommt

(vgl. die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 30.4.2003, Zl. 99/13/0151, vom 24.6.2004, Zl. 2001/15/0176), ist nach Ansicht des unabhängigen Finanzsenates auch der Vorschrift des § 183 Abs. 4 BAO, nach welcher den Parteien vor Erlassung des abschließenden Sachbescheides Gelegenheit zu geben ist, von den durchgeführten Beweisen und vom Ergebnis der Beweisaufnahme Kenntnis zu nehmen und sich dazu zu äußern, entsprochen worden. Im Hinblick auf das Schreiben der Berufungswerberin vom 26.4.2002, das sich auf einen Vorhalt des Finanzamtes bezieht und in dem erklärt wird, dass sie in dieser Angelegenheit über keine weiteren Unterlagen verfüge, erscheint auch die Einvernahme der Berufungswerberin entbehrlich, zumal ihr bereits ausreichend Möglichkeiten zu Äußerungen bzw. Stellungnahmen und zur Beibringung von Beweismitteln gegeben wurden.

Somit kann aber nicht vom Vorliegen der Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbeträge im Berufszeitraum ausgegangen werden.

Aus den angeführten Gründen war daher wie im Spruch zu entscheiden.

Linz, am 7. Oktober 2004