

## **IM NAMEN DER REPUBLIK**

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter AAA in der Beschwerdesache des Herrn Bf., über die Beschwerde vom 29. Februar 2016, gerichtet gegen den (Sammel-)Bescheid des Finanzamtes Graz-Stadt vom 22. Jänner 2016, betreffend die Rückforderung der für die Kinder A, B, C und D K jeweils für den Zeitraum vom 1. August 2011 bis 30. Juni 2015 ausgezahlten Familienbeihilfe und der entsprechenden Kinderabsetzbeträge, sowie der für das Kind E K für den Zeitraum vom 1. August 2011 bis 31. Dezember 2014 ausgezahlten Familienbeihilfe und der entsprechenden Kinderabsetzbeträge (Gesamtrückforderungsbetrag 49.634,70 Euro), zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.

Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig / zulässig.

## **Entscheidungsgründe**

Da der Beschwerdeführer im Zuge der Überprüfung des Beihilfenanspruchs trotz mehrmaliger Erinnerung die vom Finanzamt geforderten Unterlagen nicht vorlegte, ersuchte das Finanzamt die Schulorganisationsabteilung der Stadt Graz um Bekanntgabe, bis wann die Kinder E, A, B und C K eine Schule besucht haben.

Dazu gab die Schulorganisationsabteilung mit Schreiben vom 13. Jänner 2016 bekannt, dass alle vier Kinder bis 8. Juli 2011 eine Schule besucht hätten. A, B und C K seien jeweils am 8. Juli 2011 von der Volksschule X abgemeldet worden, E K am 19. September 2011 von der Neuen Mittelschule Y.

Das Finanzamt hatte durch Abfrage im Zentralen Melderegister auch erfahren, dass alle fünf im Spruch genannten Kinder mit 11. Jänner 2016 mit dem Vermerk „Verzug in Nicht-EU-Raum“ abgemeldet worden waren.

Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid forderte das Finanzamt die für die Kinder für die Monate ab August 2011 bezogene Familienbeihilfe und die entsprechenden Kinderabsetzbeträge im Wesentlichen mit der Begründung zurück, die Kinder hätten sich ab diesem Zeitpunkt ständig im Ausland aufgehalten.

In der dagegen fristgerecht durch den Vertreter des Beschwerdeführers eingebrachten Beschwerde führte dieser auszugsweise aus:

*„Die Behörde geht davon aus, dass die Kinder K B, K A, K E, K D und K C jeweils von August 2014 (richtig: 2011 ) bis Juni 2015 in Ägypten aufhältig gewesen wären und das Kind K E von August 2011 bis Dezember 2014. Das sie demgemäß überwiegend in Ägypten aufhältig gewesen wären, wäre die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag im genannten Zeitraum nicht zugestanden und wären zurückzubezahlen.*

*Die Behörde übergeht, dass die Kinder jeweils von April bis September in Österreich waren, also mehr als 6 Monate und die übrige Zeit in Ägypten. Demgemäß waren die Kinder überwiegend in Österreich aufhältig und wurde die Familienbeihilfe zu Recht bezogen und der Kinderabsetzbetrag zu Recht geltend gemacht.*

*Die Behörde hätte die Umstände durch entsprechende Einvernahmen ermitteln können. Das Verfahren wurde mangelhaft geführt. Bei der Einvernahme wäre hervor gekommen, dass die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag zu Recht bezogen wurden und kein Rückforderungsanspruch besteht.“*

Mit Beschwerdeverentscheidung vom 23. März 2016 hat das Finanzamt diese Beschwerde mit auszugsweise nachstehender Begründung abgewiesen:

*„... Als Bezieher der Familienbeihilfe wurde der Beschwerdeführer bei Befristung der Familienbeihilfe für das Kind K E mit 31.12.2014 durch Versendung eines Überprüfungsdatenblattes an die Adresse ... am 31.12.2014 ersucht, das übermittelte Datenblatt genau zu prüfen und allenfalls zu berichtigen bzw. zu ergänzen und bis 28.1.2014 und mit dem angeforderten Nachweis (Tätigkeitsnachweis des Kindes K E) bis 28.1.2015 an das Finanzamt zu retournieren.*

*Da diesen Ersuchen nicht Folge geleistet wurde erging am 27.2.2015 ein entsprechendes Erinnerungsschreiben mit Termin 20.3.2015.*

*Bei fehlender Reaktion des Beihilfenbeziehers wurde die Auszahlung der Familienbeihilfe für die Kinder K B, K A, K D und K C mit Juni 2015 befristet.*

*Es wurde am 30.6.2015 neuerlich ein Überprüfungsdatenblatt, diesmal mit der Aufforderung neben dem Tätigkeitsnachweis für das Kind K E auch Schulbesuchsbestätigungen für die schulpflichtigen Kinder vorzulegen versandt.*

*Bei Ablauf der Abgabefrist 28.7.2015 erging am 18.9.2015 nochmals ein Erinnerungsschreiben mit Abgabetermin 18.9.2015.*

*Bei fehlender Vorlage des Datenblattes und der angeforderten Unterlagen wurde am 13.1.2016 mit dem Stadtschulamt Kontakt aufgenommen.*

*Das Stadtschulamt erteilte am 13.1. 2016 folgende Auskünfte:*

*K C besucht seit 8. 7. 2011 keine Schule mehr - er wurde am 8. 7. 2011 von der VS X unbekannt wohin abgemeldet*

*K B besucht seit 8.7.2011 keine Schule mehr - er wurde am 8.7.2011 von der VS X unbekannt wohin abgemeldet*

*K A besucht seit 8.7.2011 keine Schule mehr - er wurde am 8.7.2011 von der VS X unbekannt wohin abgemeldet*

*K E besucht seit 8.7.2011 keine Schule mehr - er wurde am 8.7.2011 von der VS X unbekannt wohin abgemeldet*

*Der Beschwerdeführer wurde vor Erlassung des Rückforderungsbescheides mit insgesamt vier Schreiben aufgefordert im Überprüfungsdatenblatt Angaben zum Aufenthalt der Kinder und Angaben zum Schulbesuch der Kinder zu tätigen.*

*Die Behörde hat bei fehlenden Reaktionen des Beschwerdeführers ausreichende eigene Ermittlungen angestellt um erkennen zu können, dass die zwar mit Hauptwohnsitz in Graz gemeldeten Kinder tatsächlich jedoch bereits im Juli 2011 von Schulbesuch in Graz abgemeldet wurden. ...*

*Es wird ausgeführt, dass die Kinder des Beschwerdeführers in Ägypten die Schule besuchen und sich in den Kalenderjahren 2011 bis 2015 jeweils von April bis September im Inland aufgehalten hätten.*

*Die schulpflichtigen Kinder des Beschwerdeführers konnten sich daher in den Kalenderjahren 2011- 2015 nicht durchgehend von 1 .April bis 30. September in Österreich aufgehalten haben.*

Infolge des fristgerecht eingebrachten Vorlageantrages gilt die Beschwerde wiederum als unerledigt.

Über die Beschwerde wurde erwogen:

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

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

Nach § 53 Abs. 1 FLAG 1967 sind Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum, soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt. Hiebei ist der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraums nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten.

Gemäß § 26 Abs. 2 BAO hat jemand den gewöhnlichen Aufenthalt dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land nicht

nur vorübergehend verweilt. Wenn Abgabenvorschriften die unbeschränkte Abgabepflicht an den gewöhnlichen Aufenthalt knüpfen, tritt diese jedoch stets dann ein, wenn der Aufenthalt im Inland länger als sechs Monate dauert. In diesem Fall erstreckt sich die Abgabepflicht auch auf die ersten sechs Monate.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs (vgl. dazu insbesondere VwGH 26.1.2012, 2012/16/0008) ist der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2 BAO zu beurteilen (vgl. etwa VwGH 24.6.2010, 2009/16/0133, mit weiteren Nachweisen, sowie Nowotny in Csaszar/Lenneis/Wanke, Familienlastenausgleichsgesetz, Rz 9 zweiter Absatz zu § 5).

Dem Wortlaut des § 26 Abs. 2 erster Satz BAO ist zunächst zu entnehmen, dass ein nicht nur vorübergehendes Verweilen in einem Land keinen eigenen Begriff darstellt, sondern als ständiger Aufenthalt zu sehen ist.

Die Frage des ständigen Aufenthaltes iSd § 5 Abs. 3 FLAG 1967 ist nicht nach subjektiven Gesichtspunkten, sondern nach den objektiven Kriterien der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit zu beantworten (vgl. das erwähnte Erkenntnis VwGH 24.6.2010, 2009/16/0133, sowie Nowotny, aaO, Rz 9 erster Absatz zu § 5). Auf eine allfällige Absicht der Kinder nach einiger Zeit nach Österreich zurückzukehren, kommt es demnach nicht an.

Ein Aufenthalt ist nicht schon dann vorübergehend im Sinne der Rechtsprechung zu § 5 Abs. 3 FLAG 1967, wenn er zeitlich begrenzt ist (vgl. VwGH 18.11.2009, 2008/13/0072), weshalb auch bei der im Zuge der vorzunehmenden ex-ante Betrachtung des Aufenthaltes der Kinder des Beschwerdeführers in Ägypten eine allfällige (Wieder-(Einreise nach Österreich nicht entscheidend ist.

Lassen objektive Gesichtspunkte erkennen, dass ein Aufenthalt nicht nur vorübergehend währen wird, dann liegt schon ab dem Vorliegen dieser Umstände, allenfalls ab Beginn des Aufenthaltes, ein ständiger Aufenthalt vor (zum Wechsel eines zunächst vorübergehenden Aufenthaltes zu einem ständigen Aufenthalt nach Hervorkommen solcher Umstände vgl. VwGH 24.6.2010, 2009/16/0133).

In diesem Erkenntnis hat der Verwaltungsgerichtshof bei den in jenem Beschwerdefall gegebenen Rahmenbedingungen eine Aufenthaltsdauer von fünfeinhalb Monaten im Ausland gerade noch als vorübergehenden Aufenthalt angesehen. Bei einem Aufenthalt zum Zwecke des Schulbesuches vom Herbst 1991 bis zum Jänner 1993 ging der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis VwGH 20.6.2000, 98/15/0016, von einem ständigen Aufenthalt im Ausland aus. Schon ein einjähriger Auslandsaufenthalt etwa zum Zwecke eines einjährigen Schulbesuches im Ausland ist nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes als ständiger Aufenthalt im Ausland anzusehen (vgl. auch Kuprian, Kein Familienbeihilfenanspruch bei Ausbildung eines Kindes in einem "Drittland", in UFS Journal 2011/10, 371).

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes unterbricht auch das Verbringen der Ferien oder von Wochenenden den ständigen Aufenthalt in einem „Drittland“ nicht

(vgl. insbesondere das ebenfalls einen mehrjährigen Schulbesuch im Ausland betreffende Erkenntnis VwGH 20.6.2000, 98/15/0016, sowie weiters VwGH 8.6.1982, 82/14/0047, und 28.11.2002, 2002/13/0079).

Schließlich hat der Verwaltungsgerichtshof schon im Erkenntnis VwGH 6.10.1980, 2350/79, ausgesprochen, dass Personen, die sich während der Arbeitswoche ständig am Betriebsort aufhalten, nur dort ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben. Dies gilt grundsätzlich auch für Schüler, die sich während der Schulwoche ständig am Schulort aufhalten.

Das Bundesfinanzgericht hat als erwiesen anzunehmen, dass die Kinder des Beschwerdeführers in Ägypten schulpflichtig waren und dort auch tatsächlich (von September bis Juni) die Schule besuchten. Die durch nichts bewiesene Behauptung, die Kinder hätten sich von April bis September in Österreich aufgehalten, erweist sich somit als so wenig wahrscheinlich, dass das Bundesfinanzgericht von der Unrichtigkeit dieser Behauptung ausgehen muss.

Sollten sich die Kinder in den Ferien in Österreich aufgehalten haben, hätte dieser Umstand nach der zitierten herrschenden Auffassung keinen Einfluss darauf, dass sie sich dennoch im Sinne des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 „ständig im Ausland“ aufgehalten haben.

Zu den vom Vertreter vermissten „Einvernahmen“ durch das Finanzamt kann keine weitere Aussage getätigt werden, da der Vertreter des Beschwerdeführers völlig offen ließ, wessen Einvernahmen vermisst wurden, und allfällige Zeugen erst gar nicht namhaft gemacht wurden.

Zusammengefasst ist festzuhalten, dass das Finanzamt alles versucht hat, den wahren Sachverhalt zu ermitteln, während der Beschwerdeführer jegliche Mitwirkung verweigerte.

Da der angefochtene Bescheid somit der anzuwendenden Rechtslage entspricht, musste die dagegen gerichtete Beschwerde, wie im Spruch geschehen, als unbegründet abgewiesen werden.

### **Zulässigkeit einer Revision**

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

