

## **IM NAMEN DER REPUBLIK**

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R. in der Beschwerdesache Bf., vertreten durch Stb., gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 3/11 Schwechat Gerasdorf vom 12. Februar 2013 über die Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum September 2010 bis November 2012 betreffend die Tochter S.H. bzw. für den Zeitraum September 2011 bis November 2012 betreffend die Tochter H.H. zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird teilweise Folge gegeben.

Der Bescheid wird, soweit er Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für H.H. betreffend den Zeitraum September 2011 bis November 2012 rückfordert, gemäß § 279 BAO ersatzlos aufgehoben.

In diesem Umfang stehen Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge zu.

Im Übrigen, hinsichtlich der Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für S.H. betreffend die Monate September 2010 bis November 2012, wird der angefochtene Bescheid bestätigt.

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

## **Entscheidungsgründe**

Mit Bescheid vom 12. Februar 2013 erfolgte die Rückforderung zu Unrecht vom Beschwerdeführer (Bf.) bezogener Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag im nachstehenden Ausmaß:

Tochter H. (H.), geb. im April 2007

Zeitraum Sep. 2011 bis Nov. 2012

Tochter S. (S.), geb. im August 2003:

Zeitraum Sep. 2010-Nov. 2012

Dies mit folgender Begründung:

Da sich obengenannte Kinder nicht in Österreich befinden, ist die Familienbeihilfe rückzufordern.

Das Rechtsmittel der Berufung wurde wie folgt eingebracht:

Wegen meiner Tochter H.:

In einer Bestätigung vom Kindergarten steht, dass sie den Kindergarten besucht hat: von September 2011 - Juni 2012. In einer Mitteilung vom Finanzamt stand, dass die voriges Jahr nicht hier war und deshalb hat sie kein Recht auf Familienbeihilfe, aber ich kann bestätigen, dass sie hier war.

Wegen meiner Tochter S.:

Ich habe eine Bestätigung beim Finanzamt abgegeben. In der Bestätigung steht, dass sie im Ausland in der ersten Klasse Volksschule ist. Am 10. November 2009 bekam ich eine Mitteilung, dass meine Tochter S. bis zum September 2013 ein Recht auf Familienbeihilfe hat.

Es gibt drei wichtige Punkte:

1. Punkt: Sie studiert im Ausland 3 Sprachen: Englisch, Französisch und Arabisch bzw. lernt sie in einem Privatkurs Deutsch.
2. Punkt: Sie ist 7 Monate im Ausland wegen der Schule und sie ist 5 Monate in Wien bis ihre Schule wieder anfängt.
3. Punkt: In den letzten 3 Jahren hatte sie immer gute Noten, alles war ausgezeichnet.

Am 9. Juli 2013 erließ das Finanzamt eine abweisende Berufungsvorentscheidung. Nach Zitierung des § 5 Abs. 3 und § 2 Abs. 8 FLAG 1967 lautet die Begründung wie folgt: Für Ihre Tochter H. wurde von der Schule in Ägypten bestätigt, dass sie im Schuljahr 2011/2012 die erste Klasse des Kindergartens besucht und eine Prüfung für den Aufstieg in die 2. Klasse absolviert hat.

Ihre Tochter S. befindet sich nachweislich seit 9/2010 nicht mehr in Österreich. Die ägyptische Schule bescheinigt seit 9/2010 bis laufend den tatsächlichen Schulbesuch in Ägypten.

Somit steht fest, dass sich beide Kinder ständig in Ägypten aufhalten.

Der Vorlageantrag wurde mit nachstehender Begründung eingebracht:

Für die Töchter (des Bf.) wurde in Ägypten nur ein Schulplatz reserviert und dafür eine Bestätigung ausgestellt. Tatsächlich war es jedoch so, dass nur die Tochter S. seit Herbst 2009 in Ägypten eine Schule besucht und sich seitdem überwiegend im Ausland aufhält. Für alle anderen Kinder besteht von Geburt an Anspruch auf Familienbeihilfe und ich ersuche dies zu korrigieren. Als zusätzlichen Beweis finden Sie in der Anlage Bestätigungen der MA 10 sowie des Facharztes für Kinderheilkunde.

### **Über die Beschwerde wurde erwogen:**

Eingangs wird darauf hingewiesen, dass die am 31. Dezember 2013 beim unabhängigen Finanzsenat als Abgabenbehörde zweiter Instanz anhängigen Berufungen gemäß § 323 Abs. 38 BAO vom Bundesfinanzgericht als Beschwerden im Sinne des Art. 130 Abs. 1 B-VG zu erledigen sind.

Strittig ist, ob die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag betreffend beide Töchter des Bf. rechtens ist oder nicht.

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

§ 33 Abs. 3 EStG 1988 zufolge steht Steuerpflichtigen, denen auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag von monatlich 58,40 Euro für jedes Kind zu. Für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, steht kein Kinderabsetzbetrag zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 anzuwenden.

Bei der Frage des ständigen Aufenthaltes i.S.d. § 5 Abs. 3 FLAG 1967 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; VwGH 28.11.2007, 2007/15/0055; VwGH 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 (vgl. Nowotny in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG § 5 Rz 9).

Ein nicht nur vorübergehendes Verweilen liegt vor, wenn sich der Aufenthalt über einen längeren Zeitraum erstreckt (vgl. VwGH 28.11.2007, 2007/15/0155).

Um einen gewöhnlichen Aufenthalt aufrechtzuerhalten, ist 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 Verbringen der Ferien in Österreich ist jeweils als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, wodurch ein ständiger Aufenthalt der Kinder im Ausland nicht unterbrochen wurde (vgl. VwGH 27.4.2005, 2002/14/0050; VwGH 20.6.2000, 98/15/0016; VwGH 8.6.1982, 82/14/0047; VwGH 28.11.2002, 2002/13/0079; VwGH 2.6.2004, 2001/13/0160).

Die beschwerdegegenständliche Rückforderung – und zwar für den Zeitraum Sep. 2011 bis Nov. 2012 – betrifft die im April 2007 geborene Tochter H. des Bf.; betreffend die im August 2003 geborene Tochter S. des Bf. wurden mit dem angefochtenen Bescheid Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum Sep. 2010 bis Nov. 2012 rückgefordert.

Zur Tochter H.:

Die Bestätigung der Wiener Kindergärten - MA 10, Standort ... 1030 Wien, vom 5. Februar 2013 lautet:

Das Kind ... H... geboren am: ...04.2007

wohnhaft: 1030 ...

gewählte Besuchsform: halbtags

Zeitraum: September 2011 – Juni 2012

besuchte den oben angeführten Kindergarten in diesem Zeitraum.

Unterschrift und Stampiglie

Die Bestätigung der Fachärztin für Kinderheilkunde Dr. ..., 1030 Wien, vom 7. Februar 2013 lautet:

Patient: H..., geb. ...04.2007

wohnhaft in 1030 Wien, ...

Hiermit bestätige ich, dass der o.a. Patient bei mir in regelmäßiger Betreuung steht und sämtliche erforderlichen Untersuchungen gemacht werden.

Unterschrift und Stampiglie

Die erstangeführte (Kindergarten)Bestätigung lässt keinen Zweifel an der Richtigkeit der Angabe des Bf. aufkommen und wird im Übrigen durch die zweite Bestätigung bekräftigt, wenngleich in dieser erst Anfang Februar 2013 ausgestellten Bestätigung eine zeitraumbezogene Angabe (seit wann der Patient in ihrer regelmäßigen Betreuung steht) fehlt.

Der Beschwerde war daher in diesem Punkt, also hinsichtlich der auf die im April 2007 geborenen Tochter H. entfallenden Rückforderungsbeträge, stattzugeben.

Zur Tochter S.:

Dem Vorbringen im Vorlageantrag folgend hielt sich die im August 2003 geborene Tochter S. seit Herbst 2009 überwiegend im Ausland auf, sie besuchte seit Herbst 2009 in Ägypten die Schule.

Damit im Einklang steht die Bestätigung der Wiener Kindergärten - MA 10, Standort ... 1030 Wien, vom 5. Februar 2013, welche lautet:

Das Kind ... S... geboren am: ...08.2003

wohnhaft: 1030 ...

gewählte Besuchsform: ganztags

Zeitraum: September 2007 – Juni 2009

besuchte den oben angeführten Kindergarten in diesem Zeitraum.

Unterschrift und Stampiglie

Weiters stehen damit im Einklang die beiden Jahreszeugnisse der Schule in Tanta (Ägypten) betreffend die Schuljahre 2009/10 (Klasse 1A) und 2010/11 (Klasse 2A). sowie der Notenbericht der Unterrichtsverwaltung in Tanta über den Abschluss der 3. Grundschulklasse durch S. im Schuljahr 2011/12.

Der Beschwerde war daher in diesem Punkt, also hinsichtlich der auf die im August 2003 geborenen Tochter S. entfallenden Rückforderungsbeträge, abzuweisen.

Neuberechnung der Rückforderungsbeträge (unter Berücksichtigung des im August 2011 geborenen Kindes):

Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge an Familienbeihilfe (FB) und Kinderabsetzbetrag (KG) für S. für den Zeitraum von Sept. 2010 bis Nov. 2012:

FB

€ 4.056,40

KG € 1.576,80

Rückforderungsbetrag gesamt: € 5.633,20

Hinsichtlich der Höhe der monatlichen Leistungen wird auf Seite 2 und 3 des angefochtenen Bescheides verwiesen.

### **Zulässigkeit einer Revision**

Gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG ist die Revision gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes 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.

Mit gegenständlichem Erkenntnis wurde nicht über eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung entschieden. Feststellungen auf der Sachverhaltsebene betreffen keine Rechtsfragen und sind grundsätzlich keiner Revision zugänglich.

Wien, am 21. März 2016