

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Dr. Viktoria Blaser in der Beschwerdesache des Herrn Bf., W., gegen den Bescheid des Finanzamt Wien 12/13/14 Purkersdorf vom 22.03.2013, betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum Juli 2010 bis Jänner 2013, zu Recht erkannt:

Der Bewerde wird stattgegeben.

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

## Entscheidungsgründe

Der Beschwerdeführer (Bf.) bezog für das Kind A., geb. 2003, bis Jänner 2013 Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag.

Im Zuge der Überprüfung der Anspruchsvoraussetzungen forderte das Finanzamt mit Bescheid vom 22. März 2013 die für den Zeitraum Juli 2010 bis Jänner 2013 bezogenen Beträge unter Verweis auf § 2 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967), demzufolge Personen Anspruch auf Familienbeihilfe haben, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, zurück.

Die steuerliche Vertretung des Bf. er hob gegen den Bescheid Berufung (Beschwerde).

Begründend wird darin ausgeführt, dass der Sohn des Bf. gemäß § 2 Abs. 1 FLAG 1967 einen Anspruch auf Familienbeihilfe habe, da er seit 4. Februar 2003 seinen Hauptwohnsitz in der W., habe. A. sei im Februar 2009 in der Volksschule R-Gasse angemeldet worden, nachdem die Schulleitung von dessen Krankheit (Diabetes Mellitus Typ 1) informiert worden sei. Drei Monate später sei der Bf. telefonisch davon in Kenntnis gesetzt worden, dass der Gesundheitszustand seines Sohnes zu kritisch sei, als dass er weiter die Schule besuchen könnte.

Schließlich habe sich der Bf. mit dem Stadtschulrat geeinigt, dass sein Sohn häuslich unterrichtet werden solle. Nachdem A. bei seiner Externistenprüfung, 25.06.2010, eine

negative Beurteilung im Fach Deutsch, Lesen, Schreiben bekommen habe, habe sich sein Vater Mitte Juli erneut an den Stadtschulrat gewandt.

Auf die Frage des Finanzamtes eingehend, warum A. seit Herbst 2009 keine Schule in Österreich besucht habe, solle wiederholt werden, dass dem Bf. Mitte Juli 2009 vom Stadtschulrat mitgeteilt worden sei, er müsse A. in einer Schule anmelden, da ihm sonst ein Verfahren drohe. Da kurzfristig für den Herbst 2009 kein Schulplatz für A. gefunden werden habe können, hätte sich sein Vater gezwungen gesehen A. in einer ägyptischen Schule anzumelden. Seitdem lebe A. in Wien und bereite sich für seine Prüfungen an der ägyptischen Schule vor, zu deren Absolvierung er jährlich im Juli für eine Woche nach Ägypten fliege. Es sei daher unrichtig, dass A. nicht mehr in Österreich aufhält sei, da er auch ständig in Österreich gemeldet sei.

Das Finanzamt wies die Beschwerde mit Beschwerdevorentscheidung vom 15. Dezember 2014 mit folgender Begründung ab:

"An Sie wurden am 04.08.2014 und am 16.09.2014 Ergänzungersuchen übermittelt, in denen die nachstehend angeführten Ausführungen enthalten waren (wiedergegeben wird das Ergänzungersuchen vom 16.09.2014, das auf jenes vom 04.08.2014 Bezug nimmt):

"An Sie wurde am 04.08.2014 ein Ergänzungersuchen mit nachstehendem Inhalt gerichtet:

*"Sie haben gegen den Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge (Familienbeihilfe, Kinderabsetzbetrag) für B. A. (SV-Nr.: 1234) für den Zeitraum Juli 2010 bis Jänner 2013 vom 22.03.2013 am 29.04.2013 das Rechtsmittel der Berufung (nunmehr Beschwerde) eingebracht und beantragt, den Rückforderungsbescheid aufzuheben.*

*Begründend haben Sie im Wesentlichen ausgeführt, dass B. A. im verfahrensgegenständlichen Zeitraum in Österreich aufhält und gemeldet gewesen sei.*

*Gemäß § 2 Abs. 1 lit a Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) haben Anspruch auf Familienbeihilfe Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben für minderjährige Kinder. Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 hat Anspruch auf Familienbeihilfe eine Person, zu deren Haushalt das Kind gehört.*

*Gemäß § 2 Abs. 8 FLAG 1967 haben Personen nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben.*

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

*Gemäß § 5 Abs. 4 FLAG 1967 besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, für die ein Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe besteht.*

*Nach der Aktenlage (Auskunft des Stadtschulrates für Wien) war B. A. in den Schuljahren 2010/2011 und 2011/2012 nicht zum Hausunterricht gemeldet/zugelassen und es wurden dem Finanzamt Bestätigungen der ägyptischen Schulbehörde vorgelegt, wonach B. A. die 1. und 2. Klasse an einer ägyptischen Volksschule abgeschlossen hat. Unter*

Zugrundelegung dieser Bestätigungen war B. A. in der verfahrensgegenständlichen Zeit ständig in Ägypten aufhältig, da ein voraussichtlich auf mehrere Jahre angelegter Schulbesuch nicht mehr als bloß vorübergehender Aufenthalt im Ausland zu beurteilen ist (vgl zum Beispiel VwGH v. 20.6.2000, ZI 98/15/0016, VwGH vom 28.11.2002, 2002/13/0079, VwGH 02.06.2004, ZI 2001/13/0160, ...).

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass B. A. durchgehend in Österreich polizeilich gemeldet war und dass in einer Bestätigung für das Schuljahr 2012/2013 angeführt ist, dass der Unterricht zu Hause stattfinden soll, sagt eine polizeiliche Meldung doch nichts über den tatsächlichen Aufenthalt eines Kindes aus und ist mit der Schulbestätigung über (damals) zukünftige Zeiträume doch kein Nachweis verbunden, dass der Unterricht einerseits tatsächlich zu Hause stattfindet, dass unter "zu Hause" nicht eine Unterkunft bei Verwandten in Ägypten zu verstehen ist und dass sich B. A. in dieser Zeit tatsächlich in Österreich aufgehalten hat. Auch die wenigen Behandlungstermine in Österreich rechtfertigen noch nicht die Annahme, dass sich B. A. nicht ständig im Ausland aufgehalten hat, unterbrechen doch vorübergehende Aufenthalte im Inland den ständigen Auslandsaufenthalt nicht.

Darüber hinaus ist es für das Finanzamt nicht ersichtlich beziehungsweise nachvollziehbar, warum B. A. (selbst unter Zugrundelegung des von Ihnen geschilderten Sachverhaltes) an mehr als einem Schuljahr an einer ägyptischen Schule gemeldet war, wäre es doch nach Ende des Schuljahres 2010/2011 ohne weiteres möglich gewesen, B. A. an einer österreichischen Schule anzumelden.

Sie werden daher aufgefordert nachzuweisen, dass sich B. A. im Sinne der oben angeführten gesetzlichen Bestimmungen und der angeführten höchstgerichtlichen Judikatur ständig im Inland aufgehalten hat, widrigenfalls der Beschwerde keine Folge gegeben werden wird."

In dem oben wiedergegebenen Ergänzungersuchen wurden Sie (wie auch in dem nunmehr vorliegenden Ergänzungersuchen) aufgefordert, zum Nachweis der Richtigkeit Ihres Vorbringens die erforderlichen Unterlagen in Kopie vorzulegen.

In Ihrer Antwort auf das obige Ergänzungersuchen haben Sie lediglich ausgeführt, dass B. A. an Diabetes leiden würde und in der Zeit von Juli 2010 bis Jänner 2013 in Österreich und nicht in Ägypten anwesend gewesen wäre. An Beweisen haben Sie lediglich ein Gutachten des Bundessozialamtes und eine bereits im Akt enthaltene Schulbesuchsbestätigung vorgelegt.

Unter Verweis auf die oben dargestellten Ausführungen im Ergänzungersuchen vom 04.08.2014 ist festzuhalten, dass diese von Ihnen vorgelegten Unterlagen kein Nachweis dafür sind, dass sich B. A. nicht durchgehend im Ausland aufgehalten hat (insbesondere ist der tatsächliche Aufenthalt unabhängig von einer polizeilichen Meldung, aus den "Bestätigungen" über damals zukünftige Zeiträume ist nicht ersichtlich, ob der "häusliche Unterricht" in Ägypten oder in Österreich stattgefunden hat und sind die absolvierten

Untersuchungen als Nachweis dafür, dass der ständige Aufenthalt nicht in Ägypten gelegen war, nicht ausreichend).

Insbesondere haben Sie dem Finanzamt keine Nachweise dafür übermittelt, ob und wann B. A. nach Ägypten geflogen wäre, um dort Prüfungen abzulegen.

Sie werden daher aufgefordert durch Vorlage der Flugtickets und der entsprechenden Eintragungen im Reisepass des Kindes (gegebenenfalls durch Vorlage der Einreisevisa) nachzuweisen, ob und wann B. A. entsprechende Reisebewegungen nach Ägypten UND nach Österreich unternommen hat und dass B. A. sich nicht ständig im Ausland aufgehalten hat."

Dieses Ergänzunguersuchen wurde von Ihnen, obwohl eine Auslandssachverhalt vorliegt und Sie daher eine erhöhte Mitwirkungspflicht an der Feststellung des Sachverhaltes trifft, nicht beantwortet. Ihr rechtsfreundlicher Vertreter hat lediglich am 17.10.2014, am 30.10.2014, am 14.11.2004 und zuletzt am 15.12.2014 Fristerstreckungsersuchen eingebracht uns insbesondere im Fristerstreckungsersuchen vom 14.11.2014 ausgeführt, dass Sie "offensichtlich ( ...) derzeit nicht in Österreich" sind.

Das Finanzamt geht auf Grund des oben dargestellten Sachverhaltes davon aus, dass Sie selbst Ihren Mittelpunkt der Lebensinteressen nicht in Österreich gehabt haben und haben und dass sich Ihr Sohn ständig im Ausland aufhält, wo dieser auch die Schule besucht.

Ihre Berufung (nunmehr Beschwerde) war daher mangels des Vorliegens der gesetzlich normierten Voraussetzungen abzuweisen."

In dem fristgerecht eingebrachten Vorlageantrag wird ausgeführt, dass der Antrag zu Unrecht abgewiesen worden sei. Es würden die Bestätigung des AKH der Stadt Wien vom 29.05.2013 und vom 16.04.2013 sowie ein Ergebnis betreffend einen Blutbefund vom 16.04.2013 vorgelegt. Insbesondere aus dem Brief würden sich die jeweiligen Daten, an denen der Sohn des Bf. zu Untersuchungen im Spital gewesen sei, ergeben. Da es zu zahlreichen Untersuchungen gekommen sei und der Sohn des Bf. immer bei diesen Untersuchungen persönlich anwesend sein habe müssen, müsse er auch seinen persönlichen Wohnsitz in Österreich gehabt haben. Außerdem werde der alte Pass des Sohnes vorgelegt, aus dem sich die Ein- und Ausreisestempel nach Ägypten ergeben. Zwischen Ein- und Ausreise sei immer ein sehr geringer Zeitraum gelegen, sodass damit bescheinigt sei, dass der Sohn des Bf. seinen Aufenthalt in Österreich gehabt hat. Der Bf. habe damit bewiesen, dass der Sohn in der fraglichen Zeit, nämlich von Juli 2010 bis Jänner 2013 seinen Wohnsitz in Österreich gehabt habe. Falls das Finanzgericht noch immer Zweifel an diesem Sachverhalt habe, werde auch die Einvernahme des Bf. beantragt.

Am 21. April 2015 fand im Bundesfinanzgericht ein Erörterungsgespräch statt.

Der Bf. legte eine Kopie des Meldezettels seiner Frau M., gemeldet W., eine beglaubigte Übersetzung aus dem Arabischen des Reisepasses, "ausgestellt in Wien am 12.06.2008, gültig bis 12.06.2013 von Magistrat Wien, MBA 12, Übersetzung der Amtssiegel, die ab

dem Jahr 2008 bis 2012 jeweils im Juli eine Anreise in Kairo und im darauf folgenden August/September einen Abflug aus Kairo abgestempelt belegen", das Original und eine Kopie des alten Passes von A. B. und ein Zeugnis der 3. Klasse Volksschule in Ägypten vor.

Der Bf. führte aus, dass sein Sohn, wenn er in Ägypten ist, sich bei seinen Verwandten aufhält. Er lebte zu der streitgegenständlichen Zeit in Österreich (seit August 2014 in Ägypten) und sei nur zu den Prüfungen nach Ägypten geflogen. In Österreich lernte seine Frau mit A.. Die Schule in Österreich habe seinen Sohn nicht aufgenommen, was nicht seine Schuld sei.

Der Finanzamtsvertreter hielt dem entgegen, dass es nicht glaubwürdig sei, dass der Sohn des Bf. auf Grund seiner Krankheit in Wien die Volksschule nicht besuchen habe können.

Der Bf. führte weiters aus, dass sein Sohn perfekt deutsch sprechen könne, lateinsich schreiben könne er nicht, er könne gut englisch. Seine Frau habe A. beim Lernen geholfen.

Auf den Einwand, dass seine Frau in Österreich im Zentralmelderegister nicht erfasst sei, legte der Bf. das Original des Meldezettels vor.

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

#### **Sachverhalt:**

Der Bf. legte im Zuge des Überprüfungs- bzw. Beschwerdeverfahrens folgende Unterlagen vor:

Externistenprüfungszeugnis über die 1. Klasse der Volksschule, ausgestellt von der Externistenprüfungskommission, Öffentliche Volksschule X., 1120 Wien, Bischoffgasse 10, am 25. Juni 2010.

Daraus geht hervor, dass A. die Externistenprüfung nicht bestanden hat.

Beglaubigte Übersetzungen der Bestätigungen der Schule in Ägypten aus dem Arabischen bertreffend erfolgreichen Abschluss der 1., 2. und 3. Klasse. Ausgeführt wurde weiters, dass der Unterricht zu Hause stattfindet.

Jahreszeugnis (beglaubigte Übersetzung), dass A. in die 4. Klasse aufsteigen dürfe.

Schreiben des AKH vom 16. April 2013 und 29. Mai 2013 an A. B. (Diagnose mellitus Typ 1 seit 02.02.2008), den Blutbefund vom 16. April 2013;

Karteiauszug der Arztbesuche vom 28. Jänner 2003 bis 11. April 2013.

Schreiben der Pensionsversicherungsanstalt, Landesstelle Wien, vom 28. Dezember 2012, dass der Antrag vom 12. November 2012 auf Pflegegeld bei der Pensionsversicherungsanstalt eingelangt ist und der weiteren Erledigung zugeleitet wurde.

Information der Pensionsversicherungsanstalt, Landesstelle Wien, über die Nachzahlung von Pflegegeld für den Zeitraum Dezember 2012 bis Februar 2013 sowie über die Leistung ab März 2013.

Ablichtung des Reisepasses von A. mit insgesamt 10 ägyptischen Amtzssiegel, die beglaubigte Übersetzung der Amtssiegel.

**Rechtliche Würdigung:**

Gemäß § 2 Abs. 1 lit a Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) haben Anspruch auf Familienbeihilfe Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben für minderjährige Kinder. Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 hat Anspruch auf Familienbeihilfe eine Person, zu deren Haushalt das Kind gehört.

Gemäß § 2 Abs. 8 FLAG 1967 haben Personen nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben.

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

Bei der Frage des ständigen Aufenthaltes iSd § 5 Abs. 3 FLAG geht es nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes um objektive Kriterien, die nach den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2 BAO zu beurteilen sind. Diese Beurteilung hat auf das objektive Kriterium der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit abzustellen.

Nach § 167 Abs. 2 BAO hat die Abgabenbehörde unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht.

Nach der ständigen Rechtsprechung genügt es, von mehreren Möglichkeiten jene als erwiesen anzunehmen, die gegenüber allen anderen Möglichkeiten eine überragende Wahrscheinlichkeit oder gar die Gewissheit für sich hat und alle anderen Möglichkeiten absolut oder mit Wahrscheinlichkeit ausschließt oder zumindest weniger wahrscheinlich erscheinen lässt (VwGH 25.4.1996, 95/16/0244).

Der Bf. besitzt die österreichische, die Kindesmutter die ägyptische Staatsbürgerschaft und Kind A. ebenfalls die österreichische Staatsbürgerschaft.

Der Bf. hat insgesamt vier Kinder, geboren 1998, 2000, 2003 (A.) und 2005. Sämtliche Kinder sind mit einem Hauptwohnsitz an der Adresse des Bf. in 1120 Wien, S-Gasse, gemeldet. Für die Kindesmutter liegen im Zentralen Melderegister keine Meldedaten auf. Der Meldeschein der Kindesmutter bescheinigt jedoch, dass die Kindesmutter ebenfalls in der W. gemeldet sei.

A. ist seit Herbst 2009 schulpflichtig. Laut Ermittlungen des Finanzamtes erhielt A. bis zum Sommersemester 2009/10 in Österreich Hausunterricht, am 25.6.2010 erging ein Externistenprüfungszeugnis, welches bestätigte, dass A. die Externistenprüfung nicht bestanden habe.

Der Bf. behauptet im Beschwerdeverfahren, der Unterricht seines Sohnes in Österreich sei auf Grund seiner Erkrankung (Diabetes Mellitus Typ 1) zu Hause erfolgt. Laut Auskunft

des Stadtschulrates für Wien war A. in den Schuljahren 2010/2011 und 2011/2012 nicht zum Hausunterricht in Österreich gemeldet bzw. zugelassen.

Für die weiteren Volksschuljahre betreffend die 2. und 3. Klasse legte der Bf. die Bestätigungen der ägyptischen Schule (beglaubigte Übersetzung) vor, dass A. gemeldet gewesen sei.

Der Bf. führte aus, dass sein Sohn jeweils im Juli für die Schulprüfung nach Ägypten geflogen sei.

Laut den "übersetzten" Amtssiegel ist A. in den strittigen Jahren im Juli nach Ägypten eingereist und im folgenden August bzw. September wieder ausgereist.

Laut Schreiben des AKH, Universitätsklinik für Kinder- und Jugendheilkunde vom 16. April 2013 und 29. Mai 2013 war A. im Zeitraum vom 26. Jänner 2010 bis 29. Jänner 2013 zu folgenden Terminen in ambulanter Betreuung:

26.01.2010, 06.05.2010, 14.9.2010, 01.12.2010, 2.3.2011, 22.9.2011, 28.12.2011,  
29.3.2012, 3.7.2012, 16.10.2012, 29.1.2013

Der Sohn des Bf. wurde somit in dem strittigen Zeitraum Juli 2010 bis Jänner 2013 neun Mal wegen seiner Diabetes-Erkrankung im AKH untersucht.

Weiters liegt im Akt eine Auflistung der Besuche beim dem praktischen Arzt laut dessen Karteiauszug für den Zeitraum vom 28.01.2003 bis 11.04.2013 auf.

Der Bf. brachte vor, sein Sohn sei in Österreich gewesen und sei nur zu den Prüfungen nach Ägypten gereist.

Laut Versicherungsdatenauszug vom 31. Juli 2014 bezog der Bf. seit Jänner 2004 laufend Notstandshilfe, Überbrückungshilfe bzw. Krankengeld bezieht.

Laut Bestätigung der Pensionsversicherungsanstalt bezog der Bf. für A. ab 1. Dez. 2012 Pflegegeld der Stufe 1.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zu § 5 Abs. 3 FLAG 1967 kann zur Auslegung des Begriffes des "ständigen Aufenthaltes" auf § 26 Abs. 2 BAO zurückgegriffen werden (z.B. VwGH 8.6.1982, 82/14/0047; so auch Nowotny in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 5 Rz 9). Danach hat eine Person den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne der Abgabenvorschriften dort, wo sie sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass sie an diesem Ort oder in diesem Lande nicht nur vorübergehend verweilt. Diese Begriffsbestimmung ist auch auf § 5 Abs. 3 FLAG 1967 anzuwenden; wer sich in einem Land unter erkennbaren Umständen aufhält, dass er dort nicht nur vorübergehend verweilt, von dem muss bei objektiver Betrachtung angenommen werden, dass er sich in jenem Land ständig aufhält (vgl auch VwGH 22.4.2009, 2008/15/0323; 18.11.2009, 2008/13/0072).

Das Bundesfinanzgericht schließt aus den vorstehenden Ausführungen und den vorgelegten Unterlagen, dass der Sohn des Bf. sich überwiegend in Österreich aufgehalten habe.

Der Beschwerde war daher stattzugeben.

### **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.

Diese Voraussetzung liegt im Beschwerdefall nicht vor, da es im vorliegenden Fall nicht um eine Rechtsfrage im vorstehenden Sinn geht.

Wien, am 27. April 2015