



## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 6. April 2006 gegen den Bescheid des Finanzamtes X vom 15. März 2006 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. September 2003 bis 30. September 2005 entschieden:

Der Berufung wird hinsichtlich der Rückforderung für den Zeitraum 1. September 2003 bis 31. August 2004 Folge gegeben, hinsichtlich der Rückforderung für den Zeitraum 1. September 2004 bis 30. September 2005 wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid wird abgeändert.

Der Rückforderungsbetrag beträgt 4.405,40 €.

Die Zusammensetzung des Rückforderungsbetrages ist dem Ende der folgenden Entscheidungsgründe zu entnehmen und bildet einen Bestandteil dieses Bescheidspruches.

### Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (im Folgenden mit Bw. abgekürzt) erklärte im Berufungszeitraum Einkünfte aus selbständiger Arbeit aus seiner Tätigkeit als Gesellschafter und handelsrechtlicher Geschäftsführer einer Kapitalgesellschaft. Den Angaben in den Einkommensteuererklärungen zufolge war der Bw. im hier relevanten Zeitraum in A wohnhaft.

Aus den Verwaltungsakten geht hervor, dass der Bw. für seine beiden Kinder B und C seit deren Geburt Familienbeihilfe bezogen hat.

Aktenkundig ist weiters, dass der Bw., seine Ehefrau, der am Y geborene B und der am Z geborene C nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzen.

Im Dezember 2005 übermittelte der Bw. dem Finanzamt ein von ihm ergänztes Formular betreffend die "Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe". Demnach habe C ständig beim Bw. gewohnt. Das unter "Angaben zu den Kindern" vorgesehene Feld "Das Kind wohnt ständig bei mir" wurde betreffend B mit einem Fragezeichen versehen. Daneben findet sich ein handschriftlicher Eintrag, wonach B bei "Oma in D" wohne. Weiters hielt der Bw. fest, dass B seit September 2004 eine Schule in d besuche, zum einen "wegen der Muttersprache" und zu anderen, weil "ich sehr viel geschäftlich abwesend bin".

Mit Ergänzungersuchen vom 27. Jänner 2006 bzw. Erinnerung vom 20. Februar 2006 wurde dem Bw. unter anderem die Vorlage eines Tätigkeitsnachweises (Dienstgeberbestätigung), eines Nachweises über den ständigen Aufenthalt (Kindergartenbestätigung) des Sohnes C und eines Nachweises über den rechtmäßigen Aufenthalt der Ehefrau (z.B. NAG-Karte mit Aufenthaltstitel) aufgetragen.

In Beantwortung des Vorhaltes gab der Bw. an, dass er seit 00 Geschäftsführer einer beim Finanzamt steuerlich erfassten Gesellschaft sei. Der Hauptwohnsitz seiner Frau und der beiden Kinder sei in A , wo sich auch der Mittelpunkt "unserer Lebensinteressen" befindet. B gehe seit September 2004 zur Schule in D , die Ferien verbringe er aber immer in A . Außerdem werde im Sommer 2006 die österreichische Staatsbürgerschaft beantragt. Wie der Bw. ergänzend betonte, besuche B zwar in d die Schule, lebe aber in A , wo sich auch der Mittelpunkt der Lebensinteressen befindet. Der Bw. legte außerdem die Kopie eines auf seine Ehefrau ausgestellten Niederlassungsnachweises vor.

Mit Bescheid vom 15. März 2006 wurde der Bw. zur Rückzahlung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen von insgesamt 8.397,80 € verpflichtet und der Rückforderungsbetrag wie folgt aufgeschlüsselt:

Familien- und Vorname	Geburtsdatum	Art	für die Zeit (vom/bis)	Betrag €
c	Z	FB	01.09.2003-30.09.2005	
c	Z	KAB	01.09.2003-30.09.2005	
b	y	FB	01.09.2003-30.09.2005	
b	y	KAB	01.09.2003-30.09.2005	
Der Rückforderungsbetrag beträgt:				<b>8.397,80 €</b>

Begründend wurde folgendes hinzugefügt:

"Gemäß § 2 Abs. 8 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) haben Personen nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Bundesgebiet haben. Gemäß § 5 Abs. 3 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

Da ihr Sohn B laufend im Ausland die Schule besucht und für C keine Unterlagen für den Nachweis über den ständigen Aufenthalt beigebracht wurden, war wie im Spruch zu entscheiden."

Gegen den angeführten Bescheid erhab der Bw. mit Schreiben vom 6. April 2006 Berufung und begründete dies damit, dass beide Kinder in A lebten, dort ihren Wohnsitz hätten und der Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in Österreich liege. B gehe seit September 2004 in d zur Schule, verbringe aber die Ferien in A . C hingegen verbringe mehr Zeit in Österreich als in d . Diesbezüglich könne eine Bestätigung vom " F Kinderspielplatz" vorgelegt werden. Auch Nachbarn könnten das bestätigen. Weiters übermittelte der Bw. betreffend B die Kopie einer Schulbestätigung über dessen Besuch der öffentlichen Volksschule im Schuljahr 2003/04.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 17. Mai 2006 wurde der Berufung gegen den Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge teilweise Folge gegeben und der angefochtene Bescheid aufgehoben. In der Begründung wurde unter Angabe der bezughabenden Gesetzesbestimmungen ausgeführt, dass es darauf ankomme, ob sich die Kinder im Zeitraum September 2003 bis September 2005 in G unter Umständen aufgehalten hätten, die erkennen lassen, dass sie in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilten. Gelegentliche Aufenthalte eines Kindes an einem Wohnsitz im Bundesgebiet während der Schulferien seien nicht geeignet, den ständigen Aufenthalt des Kindes im Ausland, wo es während des ganzen (Schul)Jahres eine Schule /Kindergarten besuche, zu unterbrechen. Außer Streit stehe, dass B im Schuljahr 2003/2004 die öffentliche Volksschule in A besucht habe und ab September 2004 in d zur Schule gehe. Hinsichtlich des Sohnes C habe der Bw. trotz Ersuchens keinen Nachweis (Kindergartenbestätigung) über den ständigen Aufenthalt im Bundesgebiet vorgelegt. Nach § 10 Abs. 2 FLAG 1967 erlösche der Anspruch auf Familienbeihilfe mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfalle oder ein Ausschließungsgrund hinzukomme. Vor diesem Hintergrund sei die Rückforderung der Familienbeihilfe für die beiden minderjährigen Kinder nur ab dem Zeitraum September 2004 bis September 2005 zu Recht erfolgt, weshalb der Berufung teilweise stattzugeben sei.

Die Neuberechnung des Rückforderungsbetrages wurde so ermittelt:

Familienbeihilfe			
September–Oktober 2004	a ` €	230,90	€ 461,80

November–Dezember 2004	a` €	238,20	€ 476,40
Jänner–September 2005	a` €	238,20	€ 2.143,80
<b>Kinderabsetzbetrag</b>			
September 2004–September 2005	a` €	101,80	€ 1.323,40
Gesamtbetrag der Rückforderung			€ 4.405,40

Mit dem als Berufung bezeichneten Schreiben vom 15. Juni 2006 wandte sich der Bw. erneut gegen die von der Behörde vorgenommene Rückforderung und betonte, dass die ganze Familie in A lebe, wo sich auch der Hauptwohnsitz befindet. B gehe zu Ausbildungszwecken zur Schule in d und wohne bei "Oma und Opa". Sobald er aber Schulferien habe, sei er normalerweise ein paar Tage später in A. C gehe nicht in den Kindergarten, es gebe aber auch keine Kindergartenpflicht. Der Bw. wisse daher nicht, welchen Nachweis er bringen könne. Seine Ehefrau helfe ihm bei der Arbeit in der Firma. Auf Grund der zahlreichen Exporttätigkeiten seien beide Elternteile oft in d, um B zu besuchen.

Auf einen weiteren Vorhalt des Finanzamtes hin wurde der im April 2006 in d ausgestellte Reisepass des Sohnes C vorgelegt.

Das Finanzamt legte die Berufung dem unabhängigen Finanzsenat gemäß § 276 Abs. 6 BAO zur Entscheidung vor. Wie die Behörde festhielt, stehe außer Streit, dass B ab September 2004 in d zur Schule gehe und C keinen Kindergarten in Österreich besuche.

Im Zuge des zweitinstanzlichen Ermittlungsverfahrens wurde der Bw. mit Vorhalt vom 30. März 2007 aufgefordert, glaubhaft darzulegen, inwiefern in Anbetracht der Berufungsangaben davon ausgegangen werden könne, dass sich B im Rückforderungszeitraum überwiegend in Österreich aufgehalten habe. Weiters wurde der Bw. darauf aufmerksam gemacht, dass in der Berufung in Aussicht gestellt worden sei, Nachweise über den ständigen Aufenthalt C`s in Österreich nachzubringen. Außerdem wurde dem Bw. vorgehalten, dass das Finanzamt in der Berufungsvorentscheidung zu dem Ergebnis gelangt sei, dass sich sowohl B als auch C zumindest seit September 2004 ständig in d und somit im Ausland aufhielten. Der Bw. wurde daher nochmalig eingeladen, seine Berufungsausführungen, wonach C im Berufszeitraum mehr Zeit in Österreich verbracht habe als in d, anhand geeigneter Unterlagen (beispielsweise Mutter-Kind-Pass, Impfpass, Bestätigungen über Arztbesuche, Bestätigung über einen Kindergartenbesuch oder Nachweis der Betreuung in einem Kinderhort, etc.) zu dokumentieren.

Im Rahmen der am 20. April 2007 erfolgten persönlichen Vorsprache beim unabhängigen Finanzsenat führte der Bw. zusammenfassend folgendes aus:

Der Bw. lebe seit 1. April 1989 in A . Seit derselben Zeit sei er Gesellschafter und Geschäftsführer eine Gesellschaft und beziehe daraus Einkünfte aus selbständiger Arbeit. Die Waren würden exportiert, aber auch in Österreich verkauft werden. Im Jahr 2003 habe der Bw. in einer Mietwohnung gewohnt, seit September 2004 bewohne er eine Genossenschaftswohnung. Die österreichische Staatsbürgerschaft sei bisher nicht beantragt worden. Wie der Bw. weiters ausführte, habe auch seine Ehefrau im Berufungszeitraum in A gelebt. Sie habe keine Einkünfte erzielt, sondern in der Firma mitgeholfen und sich außerdem um die beiden Kinder gekümmert. Nach weiteren Angaben des Bw. hielten sich sowohl seine Ehefrau, als auch die beiden Söhne seit September 2006 mehr in d auf als in A , zumal C seit diesem Zeitpunkt den Kindergarten in d besuchte. Der Bw. stellte ausdrücklich klar, dass er selbst sich seit diesem Zeitpunkt sowohl in Österreich als auch in d aufhalte, jedenfalls aber mehr Zeit mit der Familie in d verbringe. Die Ferien würde aber die Familie jedenfalls in A verbringen. Der Bw. betonte außerdem, dass beide Kinder sehr gerne in A lebten. Zu den Fragen im Vorhalt vom 30. März 2007 gab der Bw. darüber hinaus an, dass B eine Schule in d besuchte, um die gg Muttersprache zu erlernen. Er spreche aber auch jetzt noch besser deutsch als g. Beabsichtigt sei, dass B die 8-jährige Hauptschule in d absolviere. Danach sei noch nicht sicher, ob er in A weiter zur Schule gehe. Den Angaben des Bw. zufolge habe C im Berufungszeitraum mehr Zeit in A verbracht als in d . Er habe aber oft seinen Bruder in d besucht. Laut Bw. könne unter Umständen der Mutter-Kind-Pass betreffend C vorgelegt und zudem eine Bestätigung vom F -Kinderspielplatz nachgebracht werden. Es gebe außerdem Nachbarinnen, die bestätigen könnten, dass C im Berufungszeitraum in A gelebt habe.

Für die Vorlage von Nachweisen wurde dem Bw. eine Frist bis Ende Mai 2007 eingeräumt. Die Vorlage ergänzender Unterlagen durch den Bw. ist jedoch unterblieben.

Der wesentliche Inhalt der Niederschrift über die erfolgte Einvernahme des Bw. wurde dem Finanzamt am 27. Juli 2007 zur Kenntnis gebracht. Das Finanzamt nahm von der Vorlage einer schriftlichen Stellungnahme Abstand und beantragte die Abweisung der Berufung.

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

Im Berufungsverfahren ist strittig, ob die Rückforderung der für den Zeitraum September 2003 bis Ende September 2005 zunächst ausbezahlten Familienbeihilfe und Kinderabsetz- beträge zu Recht erfolgte oder nicht.

Die für den vorliegenden Fall relevanten Rechtsgrundlagen stellen sich wie folgt dar:

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. a des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 (FLAG 1967) in der hier geltenden Fassung haben Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben.

Nach § 2 Abs. 2 leg.cit. hat Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört.

Gemäß § 2 Abs. 5 lit. a und b dieser Gesetzesbestimmung gilt die Haushaltzugehörigkeit dann nicht als aufgehoben, wenn

- a) sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält,
- b) das Kind für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt.

Gemäß § 5 Abs. 3 FLAG 1967 in der durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 142/2000 gestalteten, ab dem 1. Jänner 2001 geltenden Fassung besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

Nach § 10 Abs. 2 zweiter Satz FLAG 1967 in der Fassung des Berufungszeitraumes erlischt der Anspruch auf Familienbeihilfe mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschließungsgrund hinzukommt.

Nach § 26 Abs. 1 FLAG 1967 in der berufungsgegenständlichen Fassung hat derjenige, der Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen, soweit der unrechtmäßige Bezug nicht ausschließlich durch eine unrichtige Auszahlung durch eine in § 46 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 genannte Gebietskörperschaft oder gemeinnützige Krankenanstalt verursacht worden ist.

§ 33 Abs. Abs. 4 Z 3 lit.a EStG 1988 idgF hat folgenden Wortlaut:

Einem Steuerpflichtigen, dem auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, steht im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ab dem Jahr 2000 ein Kinderabsetzbetrag von monatlich 50,90 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 anzuwenden.

Gemäß § 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.

Aus dem vorliegenden Akteninhalt bzw. den Parteivorbringen ergibt sich zusammenfassend folgendes Sachverhaltsbild:

Der Bw. war im strittigen Zeitraum in Österreich wohnhaft und erzielte als Geschäftsführer Einkünfte aus selbständiger Arbeit. Seine Ehefrau verfügte über einen gültigen Niederlassungsausweis. Laut Angaben des Bw. in der Niederschrift vom 20. April 2007 hat die Ehefrau keine eigenen Einkünfte erzielt, sondern in der Firma mitgeholfen. B besuchte im

Schuljahr 2003/2004 eine öffentliche Volksschule in A . Seit dem Schuljahr 2004 geht B in d zur Schule und wohnt dort bei seinen Großeltern. C besuchte im Berufungszeitraum keinen Kindergarten in Österreich.

Der dargestellte Sachverhalt wurde von den Parteien des gegenständlichen Verfahrens nicht in Zweifel gezogen. Es besteht insbesondere kein Streit darüber, dass jene Voraussetzungen gegeben sind, die dem Bw. grundsätzlich Anspruch auf Familienbeihilfe für seine beiden Kinder vermitteln. Allein strittig ist daher, ob dem Anspruch des Bw. die Bestimmung des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 entgegensteht.

Die angeführte Gesetzesbestimmung besagt, dass kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder besteht, die sich ständig im Ausland aufhalten. Nach der Bestimmung des § 33 Abs. 4 Z 3 lit. a EStG 1988 steht einem Abgabepflichtigen für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, auch kein Kinderabsetzbetrag zu. Damit ist sowohl für die Familienbeihilfe wie auch für den Kinderabsetzbetrag der ständige Aufenthalt des Kindes im Ausland für den Verlust der Anspruchsberechtigung entscheidend. Im vorliegenden Fall gilt es daher zu prüfen, ob sich der ständige Aufenthalt der Kinder des Bw. im Ausland befunden hat oder nicht.

### ***Rückforderung für den Zeitraum 1. September 2003 bis 31. August 2004***

Für die Auslegung des Begriffes "ständiger Aufenthalt" im Sinne der vorgenannten Regelungen orientiert sich die Rechtsprechung an der Bestimmung des § 26 Abs. 2 BAO zum gewöhnlichen Aufenthalt (siehe etwa VwGH 27.4.2005, 2002/14/0050 oder 15.11.2005, 2002/14/0103). 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. Das Tatbestandsmerkmal „gewöhnlicher Aufenthalt“ verlangt aber jedenfalls körperliche Anwesenheit, wobei die Umstände dafür sprechen müssen, dass die Anwesenheit nicht nur eine vorübergehende sein soll, sondern eine gewisse sachlich-räumliche Beziehung zum Aufenthaltsort besteht (so auch VwGH 31.3.1992, 87/14/0096). Es werden daher die Lebensverhältnisse oder die jeweilige Betätigung am Aufenthaltsort zu berücksichtigen sein. Dabei darf nicht außer Acht gelassen werden, dass für die Begründung des gewöhnlichen Aufenthaltes im Sinne des § 26 Abs. 2 BAO das Vorliegen objektiv erkennbarer Umstände erforderlich ist.

Bezüglich des Sohnes B ist der ständige Aufenthalt in Österreich schon allein wegen dessen eindeutig nachgewiesenen Schulbesuchs von September 2003 bis August 2004 zu bejahen. Schließlich kann auf Grund der vorgelegten Unterlagen unbestritten davon ausgegangen werden, dass B im Schuljahr 2003/2004 eine öffentliche Volksschule in A besuchte.

Nach Ansicht des unabhängigen Finanzsenates ist aber aus folgenden Gründen als erwiesen anzunehmen, dass sich auch C im Zeitraum September 2003 bis August 2004 gemeinsam mit seiner Familie ständig in Österreich aufgehalten hat:

Nach den Erfahrungen des täglichen Lebens ist nämlich anzunehmen, dass ein noch nicht einmal dreijähriges Kind regelmäßig den gewöhnlichen Aufenthalt dort hat, wo auch die ganze Familie wohnt. Nun liegt es zum ersten auf der Hand, dass der Ort der Erwerbstätigkeit als Geschäftsführer eines Betriebes doch entscheidend für den Aufenthaltsort der ganzen Familie sein wird. Zum zweiten legt gerade der Umstand, dass sich auch der ältere Bruder B im Schuljahr 2003/2004 in Schulausbildung in Österreich befunden hat, den Schluss nahe, dass der ständige Aufenthalt der gesamten Familie und damit auch der des damals zweijährigen C in diesem Zeitraum in Österreich war. In diesem Sinne ist auch bereits das Finanzamt in der Berufungsvorentscheidung vom 17. Mai 2006 zu dem Ergebnis gelangt, dass sich sowohl B als auch C zumindest im Schuljahr 2003/2004 ständig in Österreich aufgehalten haben.

Der Berufung war daher hinsichtlich der Rückforderung für den Zeitraum 1. September 2003 bis 31. August 2004 Folge zu gegeben.

### ***Rückforderung für den Zeitraum 1. September 2004 bis 30. September 2005***

Dass B seit dem Schuljahr 2004 eine Schule in d besucht und dort bei den Großeltern wohnt, ist unbestritten. Nicht bestritten ist auch, dass B die Schulferien in Österreich verbracht hat.

Gestützt auf diesen Sachverhalt ist das Finanzamt im angefochtenen Bescheid zu der Feststellung gekommen, dass sich B wegen des dortigen Schulbesuches ständig im Ausland aufgehalten hat und den Wohnsitz der Eltern im Inland nur in den Ferien besuchte.

Dieser Sachverhalt entspricht aber nach Ansicht der Abgabenbehörde zweiter Instanz aus folgenden Gründen der Bestimmung des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 bzw. § 33 Abs. 4 Z 3 lit.a EStG 1988, wonach kein Anspruch auf Familienbeihilfe bzw. für Kinder zusteht, die sich ständig im Ausland aufhalten:

Wie bereits zum vorigen Berufungspunkt ausgeführt wurde, ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes der ständige Aufenthalt im Sinne der obigen Bestimmungen unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2 BAO zu beurteilen (siehe für viele VwGH 28.11.2002, 2002/13/0079). 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 daher nicht den Zustand des Verweilens und somit auch nicht den gewöhnlichen Aufenthalt (vgl. VwGH 20.6. 2000, 98/15/0016, mit weiteren Nachweisen).

Ein ständiger Aufenthalt im Ausland wird aber dann begründet, wenn der dortige Aufenthalt nicht mehr als bloß vorübergehend zu beurteilen ist. Dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn ein Kind, so wie im Berufungsfall, für voraussichtlich längere Zeit im Ausland eine Schule besucht. Wird ein Kind zum Zwecke eines auf mehrere Jahre angelegten Schulbesuches zu den Großeltern ins Ausland geschickt, so kann demnach nicht mehr von einem bloß vorübergehend gewollten Verweilen im Ausland gesprochen werden.

Darüber hinaus ist ein ständiger Aufenthalt eines Kindes im Ausland dann anzunehmen, wenn es im Inland überhaupt keinen oder nur mehr einen vorübergehenden Aufenthalt hat. Hält sich ein Kind daher vorübergehend im Inland auf, so spricht das noch nicht gegen einen ständigen Aufenthalt im Ausland. Hingegen ist die Annahme eines ständigen Aufenthaltes im Ausland dann gerechtfertigt, wenn ein Schulkind nur die Ferien mit den Eltern in A verbringt, während der gesamte Schulzeit über jedoch bei den Großeltern untergebracht ist und dort von den Eltern besucht wird. In vorliegenden Fall ist die Unterbringung bei den Großeltern, die bei räumlicher Trennung von den Eltern in besonderem Maße als Bezugspersonen fungieren, ein wichtiges Indiz dafür, dass der Aufenthalt in d nicht als vorübergehend zu werten ist.

Außerdem wird ein Kind, das sich während der gesamten Schulzeit am Schulort im Ausland aufhält, im Regelfall auch seinen gewöhnlichen Aufenthalt dort haben, sofern nicht im Einzelfall ein zeitliches Überwiegen der Aufenthalte in Österreich glaubhaft gemacht werden kann (vgl. VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103). In Anbetracht dessen wurde der Bw. auch aufgefordert, glaubhaft darzulegen, dass sich B im Rückforderungszeitraum überwiegend in Österreich aufgehalten hat. Ein derartiges Überwiegen des Aufenthaltes in Österreich wurde jedoch vom Bw. keineswegs glaubhaft gemacht.

Auf Basis der vorliegenden Sach- und Rechtslage hat der unabhängige Finanzsenat den Aufenthalt B `s in d seit September 2004 als ständigen Auslandsaufenthalt gewertet.

Daran vermag weder das Vorbringen, wonach der Mittelpunkt der Lebesinteressen des Kindes in A gelegen sei, noch der Umstand, dass B die Ferien in A verbracht hat, etwas zu ändern. Zum einen kommt es in diesem Zusammenhang nicht auf den Mittelpunkt der Lebensinteressen, sondern ausschließlich auf den ständigen Aufenthalt des minderjährigen Kindes an (siehe dazu VwGH 2.6.2004, 2001/13/0160 oder 27.4.2005, 2002/14/0050). Zum anderen ist anzumerken, dass gelegentliche Aufenthalte in Österreich während der Schulferien jeweils als vorübergehende Abwesenheiten zu beurteilen und daher nicht geeignet sind, den ständigen Aufenthalt des B am ausländischen Schulort, wo er bei den Großeltern lebt, zu unterbrechen (vgl. VwGH 8.6.1982, 82/14/0047; 20.6.2000, 98/15/0016; 15.11.2005, 2002/14/0103).

Nach Ansicht des unabhängigen Finanzsenates ist aufgrund der folgenden Überlegungen davon auszugehen, dass sich auch C im Zeitraum September 2004 bis Ende September 2005 ständig in d aufhielt:

Bereits im Formular betreffend die Überprüfung der Familienbeihilfe hat der Bw. den Schulbesuch in d unter anderem damit begründet, dass er sehr viel geschäftlich unterwegs sei. Weiters stellte der Bw. klar, dass seine Firma viel im Exportbereich tätig sei. Die Ausführungen des Bw. deuten darauf hin, dass sowohl der Bw. als auch seine Ehefrau im strittigen Zeitraum intensiv mit der unternehmerischen Tätigkeit beschäftigt waren. Wie vom Bw. wiederholt betont wurde, hat ja auch seine Ehefrau bei der Arbeit in der Firma mitgeholfen. Dass die mit der geschäftlichen Tätigkeit verbundene Reisetätigkeit einer der Gründe war, B zu den Großeltern ins Ausland zu schicken, hat der Bw. selbst angegeben. Dennoch hat C auch im September 2004 noch keinen Kindergarten im Inland besucht. Bei der hier gegebenen Sachlage liegt daher der Schluss nahe, dass nicht nur B, sondern auch C seit dem Schuljahr 2004/2005 in d bei den Großeltern untergebracht war und daher dort seinen ständigen Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 bzw. § 33 Abs. 4 Z 3 lit. a EStG 1988 hatte.

Das dies nicht der Fall war, vermochte schließlich auch der Bw. nicht nachweislich darzulegen. So gelang es dem Bw. trotz wiederholter Aufforderung und Einräumung einer mehr als ausreichenden Frist nicht, diese Feststellung anhand der Vorlage von Nachweisen für den ständigen Aufenthalt des C in Österreich zu widerlegen.

Auf Basis der vorigen Erwägungen gelangte der unabhängige Finanzsenat daher zusammenfassend zu dem Ergebnis, dass sich der ständige Aufenthalt der beiden Kinder B und C im Zeitraum September 2004 bis Ende September 2005 im Ausland befunden hat, sodass der Ausschließungsgrund des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 bzw. des § 33 Abs. 4 Z 3 lit. a EStG 1988 im vorliegenden Fall erfüllt ist.

Die Berufung war daher hinsichtlich der Rückforderung für den Zeitraum 1. September 2004 bis 30. September 2005 als unbegründet abzuweisen.

#### *Ermittlung des Rückforderungsbetrages an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen*

Der Rückforderungsbetrag setzt sich daher wie folgt zusammen:

<b>Familienbeihilfe</b>			
September–Oktober 2004	a ` €	230,90	€ 461,80
November 2004–September 2005	a ` €	238,20	€ 2.620,20
<b>Kinderabsetzbetrag</b>			

September 2004-September 2005	a` €	101,80	€1.323,40
Gesamtbetrag der Rückforderung			<b>€ 4.405,40</b>

Wien, am 10. August 2007