



## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., gegen die Bescheide des Finanzamtes Baden Mödling betreffend Familienbeihilfe ab 1. Dezember 2004 und ab 1. September 2005 entschieden:

Die Berufungen werden als unbegründet abgewiesen.

Die angefochtenen Bescheide bleiben unverändert.

### Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.) stellte für seine beiden Kinder F., geb. 13.11.1987, und S., geb. 8.8.1989, folgende Anträge auf Gewährung von Familienbeihilfe:

- am 3. August 2005: Gewährung ab Dezember 2004
- am 28. September 2005: Gewährung ab September 2005.

Der Bw. wohnte bis September 2004 mit seiner Gattin und den Kindern in Österreich. Die Familie wurde im September 2004 delogiert.

Die Gattin hält sich seit September 2004 zusammen mit den beiden Kindern bei ihrer Mutter in Kolumbien auf. Der Bw. blieb noch in Österreich und erhielt in der Folge bei diversen karitativen Einrichtungen Unterkunft.

Vom Schulbesuch im Gymnasium X. Wien wurden die Kinder ab 28. September 2004 wegen Auslandsaufenthalt mit unbestimmter Dauer freigestellt. Eine für Oktober 2005 geplante ständige Rückkehr der Familie nach Österreich erfolgte nicht (Auskunft der Schule vom 9.

September 2005: Die beiden Kinder sind bei der Schule angemeldet, besuchen die Schule aber derzeit nicht.

Laut Auszug aus dem Zentralen Melderegister hatte die Familie vom 28. Februar 2001 bis 9. Februar 2005 ihren Hauptwohnsitz an der Adresse G. Seit 27. September 2005 ist der Bw. mit den beiden Kindern unter der Adresse B., gemeldet. Die Gattin des Bw. war jedoch nur vom 27. September 2005 bis 31. Oktober 2005 unter derselben Adresse gemeldet.

Das Finanzamt erließ betreffend den Erstantrag vom 3. August 2005 am 9. September 2005 einen Bescheid und wies den Antrag mit folgender Begründung ab:

"Gemäß § 2 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 haben Personen Anspruch auf Familienbeihilfe, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben.

Gemäß § 2 Abs. 8 FLAG 1967 haben Personen, die sowohl im Bundesgebiet als auch im Ausland einen Wohnsitz haben, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Bundesgebiet haben und sich die Kinder ständig im Bundesgebiet aufhalten.

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

Ihre Kinder S. und F. sind vom Schulbesuch in Österreich ab 28.9.2004 freigestellt und halten sich mit der Mutter seit diesem Zeitpunkt in Kolumbien auf.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2 Bundesabgabenordnung zu beurteilen. Demnach kommt es darauf an, ob sich ein Kind in einem anderen Land unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass es an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt. Ein Aufenthalt in diesem Sinne verlangt grundsätzlich körperliche Anwesenheit. Daraus folgt auch, dass eine Person nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben kann. Um einen gewöhnlichen Aufenthalt aufrecht zu erhalten, ist keine ununterbrochene Anwesenheit erforderlich. Abwesenheiten, die nach Umständen des Falles nur als vorübergehend gewollt anzusehen sind (z.B. Ferienzeit) unterbrechen nicht den Zustand des Verweilens und daher nicht den gewöhnlichen Aufenthalt.

Weder Sie noch Ihre Gattin noch die beiden Kinder verfügen in Österreich über einen Wohnsitz. Es liegen in Österreich keine Meldungen über Wohnsitze im Zentralen Melderegister vor.

Außerdem halten sich die Kinder F. und S. zusammen mit der Mutter seit September 2004 ständig in Kolumbien auf..."

Der Bw. erhob gegen diesen Bescheid fristgerecht Berufung und führte dazu Folgendes aus:

"Zu Unrecht setzt das Finanzamt die Meldung nach dem Meldegesetz mit einem Wohnsitz gleich und übergeht meine finanziellen Verhältnisse.

Mein Schuldenregulierungsverfahren ist beim BG Mödling zu ... anhängig.

Ich wohnte mit meiner Familie bis 30.9.2004 in G., von wo wir delogiert worden sind (Bewilligung der zwangsweisen Räumung des BG Mödling, 28.7.2004, ...). In dieser Notlage sprang die Mutter meiner Frau P., Kolumbien, ein und gewährte meiner Frau und den beiden Kindern nur vorübergehend Unterschlupf.

Ich musste mich um das Schuldenregulierungsverfahren kümmern und war auf die Hilfe karitativer Organisationen angewiesen. Die katholische Kirche gewährte mir Unterkunft, aber immer nur kurzfristig, sodass eine Meldung weder gewünscht, noch notwendig war...

Auf dieser Obdachlosentour konnte und wollte ich meine Familie nicht mitnehmen.

Jetzt bekomme ich die oben genannte Wohnung von den ÖBB, meinem ehemaligen Dienstgeber und kann meine Familie zurückholen.

Damit ist die Anwesenheit meiner Kinder in Kolumbien durch die "Umstände des Falles" erzwungen worden, wie der angefochtene Bescheid richtig schreibt; die geschilderten Umstände beweisen, dass sich meine Kinder nur vorübergehend in Kolumbien aufhalten mussten und so bald wie möglich nach Österreich zurückkehren wollten..."

Am 28. September 2005 stellte der Bw. einen weiteren Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe ab September 2005, den das Finanzamt mit Bescheid vom 15. Dezember 2005 mit im Wesentlichen identer Begründung wie im Bescheid vom 9. September 2005 abwies.

Weiters erließ das Finanzamt am 14. Dezember 2005 eine Berufungsvorentscheidung betreffend den Erstantrag und wies die Berufung als unbegründet ab. Zur Begründung führte es im Wesentlichen aus wie im Abweisungsbescheid 9. September 2005.

Der Bw. beantragte am 22. Dezember 2005 ohne weitere Begründung die Vorlage der Berufung an die Abgabenbehörde zweiter Instanz, mit gleichem Tag berief er auch gegen den Abweisungsbescheid vom 15. Dezember 2005.

Ergänzend führte der Bw. hierin noch aus, dass sich seine Kinder aus Ersparnisgründen in Kolumbien aufhalten müssten und sobald es die finanziellen Möglichkeiten erlauben würden, nach Österreich zurückkehren wollten. Zusammenfassend könne gesagt werden, dass die Abwesenheit auf Grund der finanziellen Knappheit des Einkommens erzwungen worden sei.

Die Berufung gegen den Abweisungsbescheid vom 15. Dezember 2005 legte das Finanzamt ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung an die Abgabenbehörde zweiter Instanz vor.

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

Gemäß § 2 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz haben Personen Anspruch auf Familienbeihilfe, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben.

Gemäß § 2 Abs. 8 FLAG haben Personen, die sowohl im Bundesgebiet als auch im Ausland einen Wohnsitz haben, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Bundesgebiet haben und sich die Kinder ständig im Bundesgebiet aufhalten.

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

Unstrittig ist im vorliegenden Fall, dass die Gattin und die beiden minderjährigen Kinder des Bw. vom 28. Februar 2001 bis 9. Februar 2005 an der Wohnadresse des Bw. in Österreich gemeldet waren und dass sie seit 27. September 2005 wieder (unter einer neuen Adresse) in

Österreich gemeldet sind. Die Kindesmutter war nur vom 27. September 2005 bis 31. Oktober 2005 in Österreich gemeldet.

Für die Kinder sind zwar in einem Wiener Gymnasium für das Schuljahr 2005 zwei Schulplätze reserviert, die Kinder besuchen aber laut Bestätigung des Gymnasiums vom 17. November 2005 nach wie vor nicht die Schule.

Fest steht, dass sich die Kinder mit der Kindesmutter – bis auf einen kurzen Aufenthalt vom 10. September 2005 bis 22. Oktober 2005 - seit September 2004 in Kolumbien aufhalten, was der Bw. im Übrigen auch nicht bestreitet. Ganz im Gegenteil: In seinem Schreiben vom 22. Dezember 2005 führte er aus, dass sich seine Kinder aus Ersparnisgründen in Kolumbien aufhalten mussten und sobald es die finanziellen Möglichkeiten erlauben, nach Österreich zurückkehren wollten. Die Abwesenheit sei auf Grund der finanziellen Knappheit des Einkommens erzwungen worden.

Nach § 5 Abs. 4 (ab BGBl. I Nr. 142/2000 § 5 Abs. 3) FLAG in der durch das Bundesgesetz BGBl. Nr. 201/1996 gestalteten, ab dem 1. Mai 1996 geltenden Fassung besteht somit kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs. 3 bzw. Abs. 4 FLAG unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2 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. 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, wie etwa das Verbringen der Ferien und der Aufenthalt an einzelnen Wochenenden in Österreich, unterbrechen nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht den Zustand des Verweilens und daher auch nicht den gewöhnlichen Aufenthalt (vgl. u.a. VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103; 20.6.2000, 98/15/0016; 2.6.2004, 2001/13/0160).

Laut Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes erweckt eine gesetzliche Regelung, die den Anspruch auf eine der Familienförderung dienende Transferleistung an eine Nahebeziehung des anspruchsvermittelnden Kindes zum Inland bindet und hiebei auf dessen

Aufenthalt abstellt, als solche keine verfassungsrechtliche Bedenken (VfGH 30.11.2000, B 1340/00; VfGH 4.12.2001, B 2366/00; VwGH 18.9.2003, 2000/15/0204).

Im vorliegenden Fall halten sich die Kinder seit September 2004 in Kolumbien auf. Dabei handelt es sich um einen Zeitraum, der nicht mehr als bloß vorübergehender Aufenthalt beurteilt werden kann.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 22. Mai 2006