



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 21. Dezember 2011, gerichtet gegen den Bescheid des Finanzamtes Graz-Stadt vom 12. Dezember 2011, betreffend die Rückforderung der für das Kind

- x, für den Zeitraum vom 1. Oktober 2010 bis 31. Juli 2011 ausgezahlten Familienbeihilfe und der entsprechenden Kinderabsetzbeträge, und für das Kind
- y., JJJJMMTT, für den Zeitraum vom 1. Oktober 2010 bis 30. November 2011 ausgezahlten Familienbeihilfe und der entsprechenden Kinderabsetzbeträge (Gesamtrückforderungsbetrag 2.871,60), entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Im Zuge der Überprüfung des Familienbeihilfenanspruchs erlangte das Finanzamt Kenntnis von der Tatsache, dass das Kind A seit Beginn des Schuljahres 2010/2011, und das Kind Y. seit Beginn des Schuljahres 2011/2012 eine Schule in der Bundesrepublik Bosnien und Herzegowina besuchen.

Das Finanzamt ging auf Grundlage dieses Sachverhalts davon aus, dass sich die beiden Kinder im Sinn des § 5 Abs. 3 des Familienlastenausgleichsgesetzes (FLAG 1967) ständig im Ausland aufhielten.

In der Folge forderte das Finanzamt mit dem nunmehr angefochtenen (Sammel-) Bescheid die für den entsprechenden Zeitraum ausgezahlte Familienbeihilfe und die jeweiligen Kinderabsetzbeträge zurück.

In der dagegen fristgerecht eingebrachten Berufung führte der Berufungswerber auszugsweise aus:

„Meine beiden Kinder ... sind österreichische Staatsbürger und besuchen in ..., die Islamische Mittelschule Eine solche Schule existiert im EU – Raum nicht. Die beiden Kinder besuchen als ordentliche Schüler die Schule, halten sich aber an allen schulfreien Tagen, Ferien und Feiertagen bei mir in Österreich auf. Darüber hinaus besuchen sie das elterliche Haus in Graz durchschnittlich alle 3 bis 4 Wochen.

Der ausdrückliche Wunsch der o. g. Kinder war diese Schule zu besuchen, was die beiden Elternteile akzeptiert haben. ..."

Mit Berufungsvorentscheidung vom 17. Februar 2012 hat das Finanzamt diese Berufung mit eingehender Begründung abgewiesen. Sie gilt jedoch zufolge des fristgerecht eingebrachten Vorlageantrags wiederum als unerledigt.

Im Bezug habenden Schriftsatz gibt der Berufungswerber zur Sache ergänzend an, es sei hier nicht die Rede von einem auf mehrere Jahre angelegten Schulbesuch, sondern es ginge *„lediglich um dieses Schuljahr. Wie es weiter geht, können wir nicht vorhersehen."*

Aktenkundig sind:

- ein Zeugnis des Kindes A für das Schuljahr 2010/11, in welchem er die erste Klasse besuchte, sowie eine entsprechende Bestätigung,
- eine Bestätigung, dass dieses Kind im Schuljahr 2011/12 ordentlicher Schüler der zweiten Klasse der Schule ist, sowie
- eine Bestätigung, dass das Kind Y. im Schuljahr 2011/12 ordentlicher Schüler der ersten Klasse dieser Schule in Bosnien und Herzegowina ist.

Über die Berufung wurde erwogen:

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

Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind hat nach § 2 Abs. 2 FLAG die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.

§ 2 Abs. 5 FLAG lautet:

"(5) Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltszugehörigkeit gilt 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,
- c) sich das Kind wegen eines Leidens oder Gebrechens nicht nur vorübergehend in Anstaltspflege befindet, wenn ...

Ein Kind gilt bei beiden Elternteilen als haushaltszugehörig wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen, dem das Kind angehört."

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

Nach § 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 Verwaltungsgerichtshofes (vgl. dazu insbesondere das Erkenntnis vom 26.1.2012, 2012/16/0008) ist der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs. 3 FLAG unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2 BAO zu beurteilen (vgl. etwa das Erkenntnis vom 24.6.2010, Zl. 2009/16/0133, mwN, 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 ist nicht nach subjektiven Gesichtspunkten, sondern nach den objektiven Kriterien der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit zu beantworten (vgl. das erwähnte Erkenntnis vom 24.6.2010, mwN, sowie *Nowotny*, aaO, Rz 9 erster Absatz zu § 5). Auf eine allfällige Absicht der Kinder des Berufungswerbers, nach

einem Jahr oder nach zwei Jahren nach Österreich zurückzukehren, kommt es demnach nicht an.

Ein Aufenthalt ist nicht schon dann vorübergehend im Sinne der Rechtsprechung zu § 5 Abs. 3 FLAG, wenn er zeitlich begrenzt ist (vgl. das Erkenntnis vom 18.11.2009, 2008/13/0072), weshalb auch bei der im Zuge der vorzunehmenden ex-ante Betrachtung des Auslandsaufenthaltes der Kinder des Berufungswerbers die allfällige Rückkehr nach Österreich nach dem Abschluss der Berufsausbildung 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. das erwähnte Erkenntnis vom 24.6.2010).

In diesem Erkenntnis vom 24.6. 2010 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 vom 20.6.2000, 98/15/0016, von einem ständigen Aufenthalt im Ausland aus. 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).

Den vom Berufungswerber im Vorlageantrag erwähnten EU – Verordnungen kann im vorliegenden Fall schon deshalb keine Bedeutung zukommen, weil die Republik Bosnien und Herzegowina nicht Mitglied der Union ist. Es erübrigt sich daher jedes weitere Eingehen auf diese Verordnungen.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der angefochtene Bescheid des Finanzamtes der anzuwendenden Rechtslage entspricht, weshalb die dagegen gerichtete Berufung, wie im Spruch geschehen, als unbegründet abgewiesen werden musste.

Graz, am 4. September 2012