



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 28. September 2012, gerichtet gegen den Bescheid des Finanzamtes Graz-Stadt vom 3. September 2012, betreffend die Rückforderung der für das Kind XY für den Zeitraum vom 1. Oktober 2011 bis 30. Juni 2012 ausgezahlten Familienbeihilfe und der entsprechenden Kinderabsetzbeträge (Gesamtrückforderungsbetrag 1.818,90 Euro), entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

### Entscheidungsgründe

Im Zuge der Überprüfung des Beihilfenanspruchs erlangte das Finanzamt davon Kenntnis, dass das im Spruch genannte Kind des Berufungswerbers ab Beginn des Schuljahres 2011/12 als ordentliche Schülerin die erste Klasse der „AA“ in Bosnien, besucht.

Das Finanzamt forderte daraufhin mit dem nunmehr angefochtenen (Sammel-) Bescheid die für den Zeitraum vom 1. Oktober 2011 bis 30. Juni 2012 ausgezahlte Familienbeihilfe und die entsprechenden Kinderabsetzbeträge zurück.

Die dagegen fristgerecht eingebrachte Berufung wurde vom Berufungswerber durch seinen bevollmächtigten Vertreter wie folgt begründet:

*„Die Tochter des Berufungswerbers besuchte ab September 2011 eine islamische Mittelschule in Bosnien und wohnte dort in einem Internat. Da der Berufungswerber und die Mutter der Tochter ihren Wohnsitz in Österreich haben, verbrachte die Tochter ein bis zwei Wochenenden je Monat in Österreich bei ihren Eltern. Da in Österreich keine vergleichbare islamische*

*Mittelschule existiert, hält sich die Tochter nur vorübergehend in Bosnien zum Schulbesuch auf. Dies beweist auch der aufrechte Hauptwohnsitz der Tochter in ... Graz.*

*Die belangte Behörde geht in ihrem Bescheid irrtümlicherweise davon aus, dass sich die Tochter ständig in Bosnien aufhalte, weshalb gem. § 5 Abs. 3 FLAG kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestünde.*

*Dies steht aber nicht im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung, dass der ständige Aufenthalt gem. § 26 Abs. 2 BAO zu beurteilen ist. Demnach hat jemand seinen gewöhnlichen Aufenthalt dort, wo er sich unter Umständen aufhält, 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, wobei es auf subjektive Momente nicht ankommt. Ein Aufenthalt in dem genannten Sinn verlangt grundsätzlich körperliche Anwesenheit. Daraus folgt auch, dass eine Person nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben kann. Um einen gewöhnlichen Aufenthalt aufrecht zu erhalten, ist aber 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 (UFS 17.8.2010, RV/1854-W/12).*

*Aus dieser Judikatur ergibt sich somit, dass die Tochter ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich hat, da sie sich regelmäßig an ein bis zwei Wochenenden in Bosnien vermag nicht den gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich zu unterbrechen. Jedenfalls ist der Schulbesuch in Bosnien im Zeitraum zwischen September 2011 und Juni 2012 nicht als längerer Zeitraum anzusehen, weshalb ein nur vorübergehendes Verweilen in Bosnien vorliegt (VwGH 24.6.2010, 2009/16/0133).*

*Hätte die Behörde den Sachverhalt vollständig ergründet, indem sie festgestellt hätte, dass die Tochter jedes Monat regelmäßig ein bis zwei Wochenenden in Österreich bei ihren Eltern verbringt, wäre sie zur Auffassung gelangt, dass der gewöhnliche Aufenthalt der Tochter in Österreich liegt. Dadurch ist eine Rückforderung der bezogenen Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages ausgeschlossen. Somit liegt auch ein erheblicher Verfahrensmangel vor, weshalb der Bescheid rechtswidrig ist."*

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

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, auf welche in der Berufungsschrift zu Recht verwiesen wird, 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 auch vom Berufungswerber zitierte Erkenntnis vom 24.6.2010, 2009/16/0133, mwN).

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, sowie Nowotny, aaO, Rz 9 erster Absatz zu § 5).

Ein Aufenthalt ist nicht schon dann vorübergehend im Sinne der Rechtsprechung zu § 5 Abs. 3 FLAG, wenn er zeitlich, etwa auf die Dauer eines Schulbesuchs, begrenzt ist (vgl. das Erkenntnis vom 18.11.2009, 2008/13/0072).

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).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der (zumindest) ein-, wahrscheinlich mehrjährige Aufenthalt der Tochter des Berufungswerbers in Bosnien einen dauernden Aufenthalt im Aus-

land darstellt. Besuche der Eltern an Wochenenden oder etwa auch in den Ferien unterbrechen den dauernden Aufenthalt im Ausland nicht und können der Berufung daher, entgegen der in der Berufungsschrift vertretenen Auffassung, nicht zum Erfolg verhelfen (vgl. abermals Nowotny, aaO, § 5 Rz 9, Seite 214).

Bei einem fast identischen Sachverhalt wie dem vorliegenden hat der UFS in seiner Entscheidung vom 25.10.2012, GZ. RV/0454-G/12, entschieden, das sich das Kind dauernd im Ausland aufgehalten habe.

Die Behandlung der dagegen eingebrachten Beschwerde hat der VwGH mit Beschluss vom 24.1.2013, 2012/16/0233, abgelehnt.

Da der angefochtene Bescheid der bestehenden Rechtslage entspricht, musste die dagegen eingebrachten Berufung, wie im Spruch geschehen, als unbegründet abgewiesen werden.

Graz, am 25. März 2013