



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des K, 2700, vertreten durch Mag. Michael Luszczak, Rechtsanwalt, 2700 Wiener Neustadt, Grazerstraße 77, vom 17. Mai 2011 gegen den Bescheid des Finanzamtes Neunkirchen Wr. Neustadt vom 12. Mai 2011 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Das Finanzamt forderte mit Bescheid vom 12. Mai 2011 für den Zeitraum vom August 2010 bis April 2011 vom Berufungswerber (Bw.) Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge zurück. Dagegen brachte der Bw. eine Berufung mit folgender Begründung ein. "FB – wegen Gymnasium in der Türkei. Ticketbestätigung wird nachgereicht!"

In der Folge erließ das Finanzamt eine abweisende Berufungsvorentscheidung mit der Begründung, dass trotz Aufforderung die gewünschten Unterlagen für A. nicht vorgelegt wurden.

Dagegen brachte der Bw. einen Vorlageantrag mit folgender Begründung ein:

"Aufforderung der gewünschten Unterlagen für A. wurde nicht eingereicht. Es wurde nicht damit gerechnet, dass auf die nicht rechtzeitige Einreichung sofort eine Abweisung folgt.

Flugtickets konnten nicht aufgefunden werden (auch im Reisebüro konnte keine Ticketbestätigung neuerlich ausgestellt werden."

Nach einem in weiterer Folgedurch das Finanzamt durchgeführten Vorhalteverfahren wurden vom Bw. Kopien des Reisepasses des Sohns des Bw. und eine Aufstellung über die Aufenthaltszeiten in Österreich und in der Türkei vorgelegt.

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

Folgender Sachverhalt wird der Entscheidung zu Grunde gelegt:

Der Bw bezog Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für seinen Sohn A., geboren am 1994.

Er besuchte die Schule in Österreich bis 2. Juli 2010.

Vom 1.7.2010 bis 9.8. 2010 verbrachte er in der Türkei einen Urlaub.

Vom 9.8.2010 bis 17.9. hielt er sich in Österreich auf.

Vom 17.9. 2010 bis 18.11.2010 und vom 28.11.2010 bis 26.1.2011 besuchte er in der Türkei die Schule.

Vom 26.1.2011 bis 14.2.2011 hielt er sich in Österreich auf.

Vom 14.2.2011 bis 25.6.2011 besuchte er in der Türkei die Schule.

Ab 25.6.2011 hielt er sich wieder in Österreich auf.

Der Sachverhalt ist in folgender Weise rechtlich zu würdigen:

Gemäß § 2 Abs 1 lit b Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für volljährige Kinder, die das 26. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist. Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind hat nach § 2 Abs 2 FLAG die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört.

§ 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) . . ."

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 ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes 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 das Erkenntnis des VwGH vom 24.06.2010, [2009/16/0133](#) 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 des VwGH vom 24.06.2010 sowie *Nowotny*, aaO, Rz 9 erster Absatz zu § 5). Auf eine allfällige Absicht des Sohnes der Bw, nach dem Auslandsjahr nach Österreich zurückzukehren, kommt es demnach nicht an.

Ein Aufenthalt ist nicht schon dann vorübergehend im Sinne der genannten Rechtsprechung zu § 5 Abs 3 FLAG, wenn er zeitlich begrenzt ist (vgl das Erkenntnis des VwGH vom 18.11.2009, [2008/13/0072](#)), weshalb auch bei der im Zuge der vorzunehmenden ex-ante Betrachtung des Auslandsaufenthaltes des Sohnes der Bw die Rückkehr nach Österreich nach dem Auslandsjahr 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.

Im erwähnten Erkenntnis vom 24.06.2010 hat der Verwaltungsgerichtshof bei den in jenem Beschwerdefall gegebenen Rahmenbedingungen eine Aufenthaltsdauer von fünfeinhalb Monaten im Ausland gerade noch als vorübergehenden Aufenthalt angesehen. Ein einjähriger Auslandsaufenthalt etwa zum Zweck eines einjährigen Schulbesuches im Ausland ist nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes als ständiger Aufenthalt im Ausland anzusehen (vgl *Kuprian*, Kein Familienbeihilfenanspruch bei Ausbildung eines Kindes in einem "Drittland", in UFS Journal 2011/10, 371 sowie VwGH vom 26.01.2012, [2012/16/0008](#)).

Der Sohn der Bw hat nachweislich vom 17. 9.2010 bis 25.6.2011 eine Schule in der Türkei besucht. Da sich der Aufenthalt des Sohnes des Bw. in der Türkei, und damit in einem Drittstaat (Nicht-EU-/Nicht-EWR-Land bzw. der Schweiz), über einen Zeitraum von mehr als sechs Monate erstreckte, hatte er - entsprechend der obigen Ausführungen - in dieser Zeit seinen ständigen Aufenthalt in diesem Land, weshalb für diesen Zeitraum gemäß § 5 Abs 3 FLAG kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht.

Über die Berufung hat gemäß § 284 eine mündliche Verhandlung stattzufinden, wenn es in der Berufung, im Vorlageantrag oder in der Beitrittserklärung beantragt wird oder wenn es der Referent für erforderlich hält. Da diese Voraussetzungen und auch die Voraussetzungen gemäß [§ 282 BAO](#) für eine Entscheidung des gesamten Berufungssenats im vorliegenden Fall nicht vorliegen, erfolgte keine (mündliche) Verhandlung vor dem Unabhängigen Finanzsenat.

Zum Vorbringen des Rechtsanwalts des Bw. im Schreiben vom 25.1. 2012, wonach die Rückzahlung unbillig hart sei, wird Folgendes ausgeführt:

In Fällen von unbilligen Härten besteht die Möglichkeit einerseits für die Oberbehörde nach [§ 26 Abs 4 FLAG 1967](#) das Finanzamt anzuweisen, von einer Rückforderung abzusehen, andererseits der Inanspruchnahme der im Rahmen der BAO gegebenen Möglichkeiten (wie beispielsweise die Gewährung von Ratenzahlungen oder Nachsicht des geschuldeten Betrages).

Dem Unabhängigen Finanzsenat kommt jedoch gegenüber dem Finanzamt eine Stellung als Oberbehörde nicht zu, weshalb ihm die Anwendung des [§ 26 Abs 4 FLAG 1967](#) nicht möglich ist. Weiters ist eine Billigkeitsmaßnahme im Sinne der BAO nicht Gegenstand des gegenständlichen Verfahrens, in welchem ausschließlich über die Rechtsmäßigkeit des Rückforderungsbescheides zu entscheiden ist. Deshalb ist auch keine diesbezügliche Einvernahme des Bw. durch den Unabhängigen Finanzsenat erforderlich.

Der Rückforderungsbescheid wurde vom Finanzamt auf Grund des gegebenen Sachverhaltes in Einklang mit den gesetzlichen Bestimmungen erlassen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 3. Oktober 2012