



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., W., vertreten durch Dr. Reinhard Neureiter, 1010 Wien, Reichsratstraße 15, gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 9/18/19 Klosterneuburg betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. September 2008 bis 31. Juli 2010 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Der Berufungswerber (Bw.) bezog für seinen Sohn EHK, geboren 1993, Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge.

Im Zuge der Überprüfung des Anspruches gab der Bw. bekannt, dass sein Sohn seit September 2008 eine Schule in Ägypten besuche. Eine Schulbesuchsbestätigung für das Schuljahr 2008/2009 wurde vorgelegt.

Das Finanzamt forderte daraufhin mit Bescheid vom 26. Juli 2010 die von ihm für den Zeitraum September 2008 bis Juli 2010 bezogenen Beträge mit der Begründung zurück, dass sein Sohn sich ständig im Ausland aufhalte.

Der Bw. erhob gegen den Rückforderungsbescheid fristgerecht Berufung und machte dazu folgende Ausführungen:

„Nach meinem Verständnis haben österreichische Staatsbürger, die sowohl im Inland als auch im Ausland einen Wohnsitz haben, wenn sie den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Inland haben, Recht auf Kindergeld. Mein Sohn K. ist nur aus Bildungsgründen in Ägypten und verbringt (aus finanziellen Gründen nur) einen Großteil, rund drei Monate, der Feiertage hier in Österreich. Sowohl seine Familie als auch seine Freunde befinden sich hier und nach der, noch ein Jahr dauernden Ausbildung wird er wieder nach Österreich kommen, wo er unter anderem noch seine Wehrpflicht leisten muss.

Seine Halbgeschwister, die mit ihrer Mutter, für einen ständigen Aufenthalt nach Ägypten verreist sind, hatte ich zeitgemäß abgemeldet, da ich auf deren Kindergeld kein Recht hatte, obwohl ich deren Schulen dort bezahlen muss. Auf das Kindergeld meines Sohnes habe ich jedoch sehr wohl ein Recht. Dieser lebt übrigens nicht bei seiner Stiefmutter sondern bei meiner Mutter, da er zu seiner Stiefmutter keinerlei Beziehung hat...”

Das Finanzamt erließ am 30. August 2010 eine Berufungsvorentscheidung und wies die Berufung unter Verweis auf die Bestimmung des § 5 Abs. 4 FLAG 1967 (nunmehr: Abs. 3) mit der Begründung ab, dass gelegentliche Aufenthalte der Kinder im Inland (Ferienzeiten, Urlaube usw.) den ständigen Aufenthalt der Kinder im Ausland, wo auch die Schule besucht werde, nicht unterbrechen würden. Der Berufung werde der Erfolg versagt, da sich K ab September 2008 ständig in Ägypten aufhalte.

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

Nach § 5 Abs. 3 FLAG 1967 besteht 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 FLAG 1967 unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2 Bundesabgabenordnung (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, wobei es auf subjektive Momente nicht ankommt. 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, unterbrechen nicht den Zustand des Verweilens und daher auch nicht den gewöhnlichen Aufenthalt (vgl. VwGH 2.6.2004, 2001/13/0160; 20.6.2000, 98/15/0016).

Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass sich der Sohn des Bw. seit September 2008 zum Zwecke des Schulbesuchs in Ägypten aufhält. Nach den Angaben des Bw. sei sein Sohn zu den Feiertagen rund drei Monate pro Jahr in Österreich.

Das Verbringen der Ferien in Österreich ist aber jeweils als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, wodurch der ständige Aufenthalt der Kinder in Ägypten nicht unterbrochen wurde (vgl. insbesondere die ebenfalls einen mehrjährigen Schulbesuch im Ausland betreffenden Erkenntnisse des VwGH 27.4.2005, 2002/14/0050; 20.6.2000, 98/15/0016; 8.6.1982, 82/14/0047; 28.11.2002, 2002/13/0079; 2.6.2004, 2001/13/0160).

Im Übrigen hat sich der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis VfGH 4.12.2001, B 2366/00, mit den im dortigen Verfahren vorgebrachten verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Bestimmung des § 5 Abs. 4 (neu: Abs. 3) auseinandergesetzt und ist zum Ergebnis gelangt, dass ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Familienbeihilfe für sich ständig im Ausland aufhaltende Kinder nicht anzunehmen ist. Der Gerichtshof hat ausgeführt, dass eine gesetzliche Regelung, die den Anspruch auf eine der Familienförderung dienende Transferleistung an eine Nahebeziehung des anspruchsvermittelnden Kindes zum Inland binde und hiebei auf dessen Aufenthalt abstelle, keine verfassungsrechtlichen Bedenken erwecke.

Es wird darauf hingewiesen, dass auch österreichische Staatsbürger von der einschränkenden Bestimmung des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 erfasst sind. Auch ihnen erwächst kein Anspruch auf Familienbeihilfe für sich ständig im Ausland außerhalb des Gemeinschaftsgebietes aufhaltende Kinder. Daher liegt auch keine Diskriminierung nach der Staatsangehörigkeit vor (vgl. VwGH 18.9.2003, 2000/15/0204).

Das Finanzamt hat somit zu Recht die Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für den strittigen Zeitraum rückgefordert.

Aus den angeführten Gründen war daher wie im Spruch zu entscheiden.

Wien, am 16. November 2010