



UNABHÄNGIGER  
FINANZSENAT

Außenstelle Wien  
Senat 5

GZ. RV/0158-W/06

## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw, vom 17. Oktober 2005 gegen den Bescheid des Finanzamtes Baden Mödling vom 15. September 2005 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe, Mehrkindstaffel und Kinderabsetzbetrag entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Der Bw bezog für seine Kinder T, geb am XX und K, geb am YY, Familienbeihilfe, Mehrkindstaffel und Kinderabsetzbetrag

Das Finanzamt (FA) überprüfte den Anspruch auf Familienbeihilfe mittels Vorhalts.

Auf dem entsprechenden Formular, beim FA am 30.5.2005 eingelangt, gab der Bw an, dass die Kinder Schüler seien und zum Teil in Österreich und zum Teil in Japan wohnten, wo sie die Deutsche Schule in Tokio besuchen.

Auf einen ergänzenden Fragenvorhalt des FA gab der Bw auf dem entsprechenden Formular, beim FA am 25.7.2005 eingelangt, an, die Kinder wohnten in Japan.

Dabei stellte das FA folgende ergänzende Fragen.

"Leben Sie mit Ihrer Gattin im gemeinsamen Haushalt?

Seit wann besteht kein gemeinsamer Haushalt mit der Gattin mehr?

Hält sich Ihre Gattin ständig in Österreich auf? Wenn ja, an welcher Adresse?

Seit wann hält sich ihre Gattin nicht mehr in Österreich auf?

Wo hält sich Ihre Gattin auf?

Bis wann besuchten die Kinder K. und T. in Österreich die Schule?

Welche Schule besuchten sie zuletzt in Österreich?

Bitte um Bekanntgabe der Bezeichnung und Adresse der Schule!

Kopien der letzten Zeugnisse der Kinder K. und T. (Schulbesuch in Österreich)

Seit wann besuchen die Kinder K. und T. die Schule in Japan?"

Der Bw beantwortete diese Fragen wie folgt:

"... Ich lebe mit meiner Gattin in einem gemeinsamen Haushalt, aber aus familiären Gründen (Betreuung ihrer Eltern) hält sich meine Gattin nicht ständig in Österreich auf. Seit zwölf Jahren hat sie auch in Tokio einen Wohnsitz. Sie hält sich daher wechselweise an folgenden Adressen auf:

Österreich: ....

Japan: ...

Die Kinder K. und T. besuchten nie eine Schule in Österreich. Seit 1992 besuchen sie die Deutsche Schule in Tokio: ...."

Mit Bescheid vom 15.9.2005 forderte das FA die Familienbeihilfe, die Mehrkindstaffel und den Kinderabsetzbetrag für die Kinder K. und T. für den Zeitraum 1.1.2000 – 30.6.2005 iHv gesamt € 24.128,96, -- zurück.

Als Begründung wurde ausgeführt:

"Gemäß § 5 Abs 3 Familienlastenausgleichsgesetz 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 der 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 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 (zB Ferienzeit) unterbrechen nicht den Zustand des Verweilens und daher nicht den gewöhnlichen Aufenthalt.

Gelegentliche Aufenthalte der Kinder im Inland sind daher nicht geeignet, den ständigen Aufenthalt der Kinder im Ausland, wo sie auch die Schule besuchen, zu unterbrechen.

Die Kinder K. und T. haben in Österreich nie eine Schule besucht. Sie besuchen seit Jahren die Deutsche Schule in Tokio."

In der am 17.10.2005 beim FA eingelangten Berufung führte der Bw iw aus:

"... Es ist richtig, dass meine beiden Kinder die deutsche Schule in Tokio besuchen. Grund dafür ist, dass es in Österreich keine vergleichbare AHS gibt, die es meinen Kindern, die zweisprachig sind (meine Frau ist Japanerin), ermöglichen würde, das Japanische in Sprache und Schrift in entsprechender Weise zu lernen. Dies zu nützen war meiner Frau und mir jedenfalls wichtig, da ein fundierter Japanisch Unterricht im späteren Berufsleben nur von Vorteil sein kann. Zum Zwecke des Schulbesuches befinden sich daher meine Kinder mit meiner Frau, die Hausfrau ist, in Japan. Allerdings gehen meine Kinder als Österreicher in eine vom österreichischen Unterrichtsministerium anerkannte Schule. Da es in Tokio keine österreichische Schule gibt, können die österreichischen Kinder, die sich dort aufhalten, diese Schule, die einen jederzeitigen Umstieg ins österreichische Schulsystem ermöglicht, besuchen (...). Die Anpassung an den Lehrplan an österreichische Schulen ist auch in den aktuellen Zeugnissen meiner beiden Kinder ersichtlich (...). Im Gegensatz dazu ermöglicht der Besuch der deutschen Schule in Tokio den Umstieg ins japanische Schulsystem nicht.

Dieser Umstand ist ein Grund dafür, dass unserer Auffassung nach, meine Kinder jedenfalls den Lebensmittelpunkt in Österreich haben. Denn die Kinder sind Ausländer in Tokio und haben – auch wenn sie es wollen würden, was nicht der Fall ist – nicht die Möglichkeit, nach Abschluss des Gymnasiums ihren Bildungsweg in Japan fortzusetzen. Weitere Gründe für das Vorhandensein des Lebensmittelpunktes in Österreich sind:

- Die Kinder und meine Frau und ich haben einen gemeinsamen Wohnsitz in G, da ich das ganze Jahr über in den ... als Musiklehrer beschäftigt bin – und zwar durchgehend seit 1980. Die gesamten Ferienzeiten verbringen die Kinder in Österreich. Unsere Familie ist daher wirtschaftlich – durch meine Anstellung als Musiklehrer – und sozial (Freundschaften mit anderen österreichischen Familien, im speziellen auch meiner Kinder (...)) vorrangig in Österreich beheimatet ! ..."

Der Bw übermittelte gleichzeitig mit der Berufung mehrere Beilagen, darunter die "Begründung für das Vorhandensein des Lebensmittelpunktes meiner Kinder in Österreich", in der iw ausgeführt wurde:

- "- Die Kinder sind hier geboren, haben den Kindergarten in G besucht und gehen nun in die Deutsche Schule in Japan (eine Österreichische gibt es nicht). G ist und bleibt jedoch ihr Zuhause.

- Vielmehr sind sie in Japan Ausländer, weil sie sich als Österreicher fühlen und hauptsächlich in deutschsprachigen Kreisen bewegen und außerdem nicht in eine normale japanische Schule gehen. Andererseits haben sie aG d Tatsache, dass ihre Mutter Japanerin ist, auch Interesse an Japan ...

- Sie haben hier seit ihrer Kinderzeit Freunde, auch solche die sie zB im Fechtclub Jahr für

Jahr treffen. Ein Freund besuchte sogar die Schule in Japan als Gastschüler. ...

- Unsere Familie legt großen Wert auf traditionelle Feste wie Weihnachten und Ostern, die wir in Österreich feiern....

- Wir haben vor Jahren ein altes Haus gekauft, das wir in Etappen renovieren ...

- Wenn es nicht möglich war, dass meine Frau mit den Kindern nachhause kommen konnte, reisten die Kinder schon ab 8 Jahren alleine von Japan nach Österreich, nur um hier zu sein. ..."

Die weiteren Beilagen betreffen Jahreszeugnisse der Deutschen Schule Tokio für T (Klasse 10b) und K (Klasse 8b) im Schuljahr 2004/05; einen Monatslohnzettel des Bw für 08/2005, ausgestellt vom Magistrat der Stadt Wien; und eine Aufstellung des Bw über seine wichtigsten monatlichen Fixkosten.

Das FA legte die Berufung ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung dem Unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung vor.

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

Folgender Sachverhalt steht fest.

Die Kinder des Bw, T und K, hatten im Rückforderungszeitraum ihren ständigen Aufenthalt in Japan.

Die Kinder besuchten nie eine Schule in Österreich. Seit 1992 besuchen sie die deutsche Schule in Tokio. Dies ist eine vom österreichischen Unterrichtsministerium anerkannte Schule. Die Zeugnisse können nostrifiziert werden. Die Gattin des Bw ist japanische Staatsbürgerin. Sie ist Hausfrau und hält sich mit den Kindern in Tokio auf. Der Bw ist österreichischer Staatsbürger, Musiklehrer in Wien und wohnt in G. Die Ferien verbringt die gesamte Familie in Österreich.

Die Kinder verbringen den Großteil des Jahres (Schulzeit ca 9 Monate) in Japan.

Der Sachverhalt gründet auf den glaubwürdigen Angaben des Bw in der Vorhaltsbeantwortung und in der Berufung sowie auf den Ermittlungen des FA und ist unbestritten. Dass die Kinder des Bw im Rückforderungszeitraum mit ihrer Mutter in Tokio wohnen und dort die Schule besuchen, hat der Bw selbst vorgebracht. Da er auch vorgebracht hat, die Kinder kämen in den Ferien nach Österreich, während sie die Schulzeit in Japan verbringen, ergibt sich zwangsläufig, dass die Kinder den Großteil des Jahres – Schulzeit ca 9 Monate – in Japan verbringen. Entsprechende Zeugnisse der Deutschen Schule in Tokio wurden vorgelegt.

Aus rechtlicher Sicht ist auszuführen.

Gemäß § 2 Abs 1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 haben Personen, die im

Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben (und noch weitere in den folgenden Bestimmungen des FLAG genannten Bedingungen erfüllen), Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder sowie unter bestimmten Voraussetzungen für volljährige Kinder.

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

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH) ist der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs 3 FLAG 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.

Wo der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Kinder des Bw im Streitzeitraum war, ist daher nicht entscheidend und braucht nicht geprüft zu werden. Die diesbezügliche Argumentation des Bw ist demnach nicht geeignet, der Berufung zum Erfolg zu verhelfen.

Ein Aufenthalt iSd § 26 Abs 2 BAO 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 die Erkenntnisse des VwGH vom 2.6.2004, ZI 2001/13/0160 und vom 20.6.2000, ZI 98/15/0016).

Aus dem unstrittigen Sachverhalt geht zweifelsfrei hervor, dass die Kinder des Bw im Rückforderungszeitraum in Tokio ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, da sie dort zur Schule gehen und mit ihrer Mutter leben.

Da § 5 Abs 3 FLAG unter den Gesichtspunkten des § 26 Abs 2 BAO zu beurteilen ist, steht fest, dass die Kinder des Bw im Rückforderungszeitraum den ständigen Aufenthalt im Ausland haben.

Das Verbringen der Ferien in Österreich ist jeweils als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, wodurch der ständige Aufenthalt der Kinder in Japan nicht unterbrochen wurde (vgl insbesondere die ebenfalls einen mehrjährigen Schulbesuch im Ausland betreffenden Erkenntnisse des VwGH vom 2.6.2004, ZI 2001/13/0160, vom 28.11.2002, ZI 2002/13/0079 und vom 20.6.2000, ZI 98/15/0016).

Auch der Verfassungsgerichtshof (VfGH) hat sich in seinem Erkenntnis vom 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. In diesem Erkenntnis hat der Gerichtshof ausgeführt, dass eine gesetzliche Regelung, welche 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.

Gemäß § 33 Abs 4 Z 3 lit a Einkommensteuergesetz 1988 (EStG) stehen einem Steuerpflichtigen, dem auf Grund des FLAG 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe Kinderabsetzbeträge zu. Für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, steht kein Kinderabsetzbetrag zu.

Wurden Familienbeihilfe (inklusive Kinderstaffel) und Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 FLAG anzuwenden.

Gemäß § 26 Abs 1 FLAG hat derjenige, der Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

Die Verpflichtung zur Rückzahlung von zu Unrecht bezogenen Familienbeihilfen ist sehr weitgehend, da sie ausschließlich auf objektiven Sachverhalten beruht und auf subjektive Momente wie Verschulden und Gutgläubigkeit keine Rücksicht nimmt.

Das Finanzamt hat daher zu Recht die Familienbeihilfe, die Mehrkindstaffel und den Kinderabsetzbetrag für die Kinder K und T zurückgefordert.

Im Übrigen wird bemerkt, dass über den Eventualantrag des Bw betreffend Abstandnahme von der Rückforderung aus Billigkeitsgründen bzw Gewährung einer Zahlungserleichterung vom Finanzamt als Abgabenbehörde erster Instanz abzusprechen ist.

Wien, am 28. Februar 2006