



UNABHÄNGIGER  
FINANZSENAT

Außenstelle Wien  
Senat 5

GZ. RV/1248-W/10

## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., W., gegen die Bescheide des Finanzamtes Wien 9/18/19 Klosterneuburg betreffend

- 1) Abweisung eines Antrags auf Familienbeihilfe für die Kinder F. und A. ab 1. Oktober 2009 sowie
- 2) Rückforderung von zu Unrecht bezogener Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für das Kind R. für den Zeitraum Jänner und Februar 2009

entschieden:

Die Berufung gegen den Abweisungsbescheid wird als unbegründet abgewiesen.

Dieser Bescheid bleibt unverändert.

Der Berufung gegen den Rückforderungsbescheid wird Folge gegeben.

Dieser Bescheid wird aufgehoben.

### Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.) beantragte im Oktober 2009 für seine beiden Kinder A., geb. 1994, und F., geb. 1999, die Familienbeihilfe ab Oktober 2009.

Die Kinder besuchen nachweislich seit einigen Jahren in Tunesien eine Schule.

Das Finanzamt wies den Antrag vom 29. Oktober 2009 mit Bescheid vom 3. November 2009 mit der Begründung ab, dass gemäß § 5 Abs. 3 FLAG 1967 kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder bestehe, die sich ständig im Ausland aufhalten.

Die für Sohn R., geb. 2002, für die Monate Jänner und Februar 2009 bereits bezogene Familienbeihilfe wurde mit derselben Begründung rückgefordert.

Der Bw. erhob gegen den Abweisungsbescheid und gegen den Rückforderungsbescheid (beide vom 3. November 2009) Berufung.

Betreffend R. führte der Bw. aus, dass dieser erst ab 1. März 2009 in Tunesien in die Schule gegangen sei. Er sei im Jänner und Februar 2009 in Wien gewesen. Die anderen Kinder seien 6 Monate ständig in Wien gewesen und der Hauptwohnsitz sei auch in Wien. Bei der von den drei Kindern besuchten Schule in Tunesien handle es sich um eine Spezialschule, die am 1. März anfange und am 31. August ende.

Im Akt liegen weiters übersetzte „schulische Anwesenheitsbescheinigungen“ für A. und Faruk sowie eine „Einschreibebestätigung“ vom 12.12.2008 für R., derzu folge er ab 1.1.2009 im ersten Jahr der Grundschule eingeschrieben ist. Ferner bestätigte der Stadtschulrat von Wien mit Schreiben vom 12.12.2009, dass für alle drei Kinder kein Schulbesuch in Wien vorliegt bzw. vorlag.

Mit Berufungsvorentscheidungen vom 7. Jänner 2010 wies das Finanzamt die Berufung des Bw. gegen den Rückforderungsbescheid und den Abweisungsbescheid mit der Begründung ab, dass sich die Kinder ständig im Ausland aufhalten. Gelegentliche Aufenthalte der Kinder im Inland (zB Ferienzeiten) seien nicht geeignet, den ständigen Aufenthalt der Kinder im Ausland, wo sie auch die Schule besuchen, zu unterbrechen.

Der Bw. erhob mit Schreiben vom 3. Februar 2010 eine als Vorlageantrag zu wertende „Berufung“. Zur Begründung führte er aus, dass seine Kinder im Ausland in die Schule gehen würden, weil es diese Schule in Österreich nicht gebe. Die Kinder seien hier gemeldet und würden fast sechs Monate pro Jahr in Österreich leben. Das sei genug, dass die Kinder Familienbeihilfe bekommen sollten.

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

#### **Feststehender Sachverhalt:**

- Der Bw. und seine Gattin sind österreichische Staatsbürger; die Kinder A., F. und R. besitzen ebenfalls die österreichische Staatsbürgerschaft.

- Der Bw. und seine Gattin sind seit 29. August 2000 mit einem Hauptwohnsitz in Österreich gemeldet, die Kinder A., F. und R. seit 21. Oktober 2009.
- Alle drei Kinder besuchen nachweislich in Tunesien eine Schule. A. besuchte im Schuljahr 2005/2006 das sechste Jahr, F. das erste Jahr (Bestätigung der tunesischen Schule vom 1. Oktober 2005); R. war seit dem 1. Jänner 2009 im ersten Jahr Grundschule eingeschrieben (Bestätigung vom 11. Dezember 2008).
- Für alle drei Kinder lag bzw. liegt kein Schulbesuch in einer Wiener Schule vor (Schreiben des Wiener Stadtschulrates vom 10. Dezember 2009).

### **Gesetzliche Bestimmungen:**

Gemäß § 2 Abs. 1 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.

Gemäß § 33 Abs. 3 EStG 1988 stehen einem Steuerpflichtigen, dem auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 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.

### **Rechtlich folgt daraus:**

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist der ständige Aufenthalt iSd § 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.

Ein Aufenthalt 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, unterbre-

chen 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).

Auf Grund der vorliegenden Unterlagen und der Angaben in der Berufung kann unbestritten davon ausgegangen werden, dass A. und F. (auch) ab Oktober 2009 in Tunesien eine Schule besucht haben. Für R. wurde dagegen nur bescheinigt, dass er ab 1.1.2009 in der ersten Klasse der Grundschule „eingeschrieben“ war, also nicht angegeben, ab welchem Zeitpunkt er tatsächlich die Schule besucht hat.

Bezüglich der Aufenthalte der Kinder in Österreich wurde in der Berufung ausgeführt, dass die Kinder fast sechs Monate (offenkundig vor allem ihre Schulferien) regelmäßig in Österreich verbringen würden. Das Verbringen der Ferien in Österreich ist aber jeweils als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, wodurch der ständige Aufenthalt der Kinder in Tunesien nicht unterbrochen wurde (vgl. insbesondere die ebenfalls einen mehrjährigen Schulbesuch im Ausland betreffenden Erkenntnisse des VwGH 2.6.2004, 2001/13/0160; 28.11.2002, 2002/13/0079; 20.6.2000, 98/15/0016). A. und F. haben sich jedenfalls im strittigen Zeitraum und auch schon davor während der Schulzeit in Tunesien aufgehalten. Dabei handelt es sich um einen Zeitraum, der nicht als bloß vorübergehender Aufenthalt im Ausland beurteilt werden kann, und das Verbringen der Ferien und der allfällige Aufenthalt an einzelnen Wochenenden in Österreich unterbricht nicht den ständigen Aufenthalt im Ausland.

Im Übrigen hat der Verfassungsgerichtshof sich 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. 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.

Die Berufung war daher insoweit abzuweisen, als sie sich gegen den Abweisungsbescheid richtet. Bezüglich des Kindes R. ist nur ersichtlich, dass er ab 1.1.2009 in eine tunesische Schule eingeschrieben war, nicht aber, ab welchem Zeitpunkt er diese Schule auch tatsächlich besucht hat. Aufgrund dessen wird dem Vorbringen des Bw. Glauben geschenkt, dass sich R. im Rückforderungszeitraum Jänner und Februar 2009 noch im Inland aufgehalten hat, weshalb der Rückforderungsbescheid aufgehoben wird.

Wien, am 6. Juli 2010