



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bwin..., vom 17. Februar 2009, gegen die Bescheide des Finanzamtes Graz-Stadt vom 26. Jänner 2009, betreffend die Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für die Kinder, jeweils für den Zeitraum vom 1. April 2007 bis 31. August 2008, entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

### Entscheidungsgründe

Die beiden im Spruch genannten Kinder befinden sich nach der Aktenlage (angeblich gegen den Willen der Berufungswerberin) seit Juli 2006 ununterbrochen bei der Mutter der Berufungswerberin in Bosnien.

Das Finanzamt hat daher mit den im Spruch genannten Bescheiden die für die Monate ab April 2007 an die Berufungswerberin ausgezahlte Familienbeihilfe und die entsprechenden Kinderabsetzbeträge unter Hinweis auf § 5 Abs.3 FLAG 1967 zurückgefordert.

In der dagegen fristgerecht eingebrachten Berufung wird im Wesentlichen darauf hingewiesen, dass und weshalb sich die beiden Kinder nach Auffassung der Berufungswerberin nur vorübergehend und nicht ständig im Ausland aufhielten.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 13. Mai 2009 hat das Finanzamt diese Berufung mit eingehender Begründung abgewiesen. Die Berufung gilt jedoch zufolge des fristgerecht eingebrachten Vorlageantrages wiederum als unerledigt.

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

Gemäß § 2 Abs 1 des Familienlastenausgleichsgesetzes (FLAG) 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe

- a) für minderjährige Kinder,
- b) bis i) bei Vorliegen bestimmter weiterer Voraussetzungen auch für volljährige Kinder.

Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind hat die nach dessen Abs. 2 die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.

Abs. 3: Im Sinne dieses Abschnittes sind Kinder einer Person

- a) deren Nachkommen,
- b) deren Wahlkinder und deren Nachkommen,
- c) deren Stiefkinder,
- d) deren Pflegekinder (§§ 186 und 186 a des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches).

Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind gemäß § 2 Abs. 5 FLAG 1967 dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltzugehörigkeit 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) sich das Kind wegen eines Leidens oder Gebrechens nicht nur vorübergehend in Anstaltpflege befindet, wenn die Person zu den Kosten des Unterhalts mindestens in Höhe der Familienbeihilfe für ein Kindbeitragt; handelt es sich um ein erheblich behindertes Kind, erhöht sich dieser Betrag um den Erhöhungsbetrag für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4).

Ein Kind gilt bei beiden Elternteilen als haushaltzugehörig, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen, dem das Kind angehört.

Schließlich besteht gemäß § 5 Abs. 3 FLAG 1967 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 unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs 2 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. 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. das hg. Erkenntnis vom 15. November 2005, 2002/14/0103).

Ein nicht nur vorübergehendes Verweilen liegt jedenfalls vor, wenn sich der Aufenthalt über einen längeren Zeitraum erstreckt (vgl Stoll, BAO-Kommentar, 337, und die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofs vom 20. 6.2000, 98/15/0016, und 20.10.1993, 91/13/0175). Der gewöhnliche Aufenthalt erfordert auch nicht, dass der Aufenthalt freiwillig genommen wird (vgl Ritz, BAO<sup>3</sup>, § 26 Tz 14).

In der Berufung wird vorgebracht, „*dass sich die beiden minderjährigen Kinder ... aufgrund widriger familienrechtlicher Umstände lediglich vorübergehend in Bosnien – Herzegowina im Haushalt der Eltern der Berufungswerberin aufhalten.* ...“

*Die vorübergehende Abwesenheit der Kinder ist darin begründet, dass der Kindesvater, der sich die Obsorge mit der Berufungswerberin teilt, die österreichischen Reisepässe der Kinder inne hat und die Berufungswerberin, obwohl sie obsorgeberechtigt ist, mangels der notwendigen Reisedokumente nicht in der Lage ist, die Kinder zurück nach Österreich zu holen.“*

Das Finanzamt kommt in den angefochtenen Bescheiden zum Ergebnis, dass der Aufenthalt der Kinder seit Juli 2006 in Bosnien - Herzegowina nicht bloß vorübergehend war, dass also der gewöhnliche Aufenthalt der Kinder in Bosnien - Herzegowina gelegen war.

Das Finanzamt konnte daher für den hier betroffenen Zeitraum zu Recht annehmen, dass sich die Kinder der Berufungswerberin ständig im Ausland, nämlich in Bosnien - Herzegowina, aufhielten, sodass dort ihr gewöhnlicher Aufenthalt lag. Der Umstand, dass sich die Kinder gegen den Willen der Berufungswerberin dort aufhalten, steht der Annahme eines gewöhnlichen Aufenthaltes im Ausland nicht entgegen.

Bei dieser Sach- und Rechtslage braucht der Unabhängigen Finanzsenat nicht mehr zu prüfen, ob die beiden Kinder nicht ohnehin zum Haushalt ihrer Großmutter gehörten, weil sie bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit ihr teilten. Bei Zutreffen dieser Annahme endete Haushaltzugehörigkeit zur Berufungswerberin nämlich ab dem Kalendermonat, in dem die Kinder überwiegend zum Haushalt der Großmutter gehörten, und dies selbst dann, wenn die Haushaltzugehörigkeit zur Großmutter tatsächlich nur eine vorübergehende wäre.

Die in Berufung gezogenen Bescheide entsprechen sohin jedenfalls der bestehenden Rechtslage, weshalb die dagegen gerichtete Berufung, wie im Spruch geschehen, abzuweisen war.

Graz, am 24. Februar 2010