



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., W., gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 3/11 Schwechat Gerasdorf betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. Juli 2010 bis 31. Oktober 2010 entschieden:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird insoweit abgeändert, als Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge nur für den Monat Oktober 2010 rückgefordert werden.

Der Rückforderungsbetrag wird wie folgt festgesetzt:

Familienbeihilfe: 130,90 €, Kinderabsetzbetrag: 58,40 €; gesamt daher: **189,30 €**.

Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (Bw.), eine österreichische Staatsbürgerin, bezog für ihren Sohn A., geb. 1998, Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge.

Am 28. September 2010 überreichte die Bw. persönlich beim Finanzamt das Formular Beih1. Auf diesem war bei den vordruckten Möglichkeiten das Wort „Wegfall“ angekreuzt und als Datum „ab 7/10“ angegeben.

A. wurde nachweislich am 20. September 2010 von der Schule in Österreich abgemeldet (ein Jahreszeugnis für das Schuljahr 2009/10 liegt im Akt) und besucht seit 13. September 2010 die F-School, Ghana.

Das Finanzamt forderte mit Bescheid vom 1. Oktober 2010 von der Bw. die Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge für die Monate Juli bis Oktober 2010 mit der Begründung zurück, dass die Bw. den Wegfall ab Juli 2010 gemeldet habe.

Die Bw. er hob gegen den Bescheid fristgerecht Berufung und führte begründend aus:

„...Die Behörde begründet dies damit, dass ich für meinen Sohn den Wegfall der Voraussetzungen ab Juli 2010 gemeldet habe.

Dem möchte ich entgegenhalten, dass ich nicht den Wegfall der Voraussetzungen für den Bezug der Familienbeihilfe gemeldet habe, sondern bekannt gegeben habe, dass sich mein Sohn A. vorübergehend zu Ausbildungszwecken in Ghana aufhält. A. hat weiterhin seinen Lebensmittelpunkt in Österreich und wird von mir allein finanziell erhalten, durch Bezahlung der Schulgebühren, sowie regelmäßigen Überweisungen zu meinem Onkel in Ghana, bei dem er derzeit Unterkunft nimmt. Nach Beendigung der Pflichtschule ist eine Rückkehr nach Österreich vorgesehen. Auch während der Schulzeit wird A. alle Ferienzeiten in Österreich verbringen. Da es sich somit nur um einen vorübergehenden Aufenthalt im Ausland handelt, wurde auch die Haushaltsgemeinschaft nicht aufgelöst.“

Das Finanzamt erließ am 24. November 2010 eine Berufungsvorentscheidung und gab der Berufung erkennbar insofern teilweise statt, als es den Rückforderungszeitraum auf August bis Oktober 2010 einschränkte; dies mit folgender Begründung:

„Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG besteht Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind bei einer 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.

Auf Grund des vorgelegten Jahreszeugnisses für das Schuljahr 2009/2010 war das Kind A bis Juli 2010 Schüler.

Sohn A hat mit 13. Juli 2010 den gemeinsamen Haushalt verlassen und lebt bei Verwandten in Ghana, wo er die Schule besucht.

Da die Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug der Familienbeihilfe nur bis Juli 2010 vorlagen, war Ihrer Berufung teilweise statzugeben.“

Die Bw. stellte ohne weitere Begründung einen Vorlageantrag.

Aus einem von der Bw. nachgereichten Flugticket ist weiters ersichtlich, dass der Sohn der Bw. am 13. Juli 2010 via Kairo nach Accra, der Hauptstadt Ghanas, geflogen und am 9. September 2010 nach Wien zurückgekehrt ist. Im Akt liegt weiters eine „Übersiedlungs-Mitteilung“, derzufolge der Sohn am 20. September 2010 von der bisherigen österreichischen Schule abgemeldet wurde.

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](#)).

Fest steht im vorliegenden Fall, dass A die 2. Klasse (6. Schulstufe) einer Kooperativen Mittelschule in Wien im Schuljahr 2009/2010 beendete, am 13. Juli 2010 nach Ghana flog und er dort ab Mitte September eine Schule besucht hat. Die Unterbringung erfolgt bei einem Onkel der Bw. Die Kosten für Schule etc. werden von der Bw. getragen. Der Sohn ist allerdings am 9. September 2010 wieder nach Wien zurückgekehrt.

A wurde nachweislich am 20. September 2010 von der Schule in Wien abgemeldet. Die Bw. führt in ihrer Berufung aus, dass ihr Sohn seine Ferienzeiten in Österreich verbringen werde und vorgesehen sei, dass er nach Beendigung der Schulpflicht in Ghana wieder nach Österreich zurückkehre. Damit ist aber klargestellt, dass ein mehrjähriger Auslandsaufenthalt geplant ist.

Das Verbringen der Ferien in Österreich ist aber jeweils als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, wodurch der ständige Aufenthalt von A in Ghana nicht unterbrochen wird (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) FLAG 1967 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 hierbei 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 (vgl. VwGH 18.9.2003, [2000/15/0204](#)).

Da allerdings anzunehmen ist, dass der Aufenthalt in Ghana vom 13. Juli bis 9. September 2010 primär Urlaubszwecken diente, weil das Schuljahr in Ghana offensichtlich noch nicht begonnen hatte, ist dadurch noch kein ständiger Aufenthalt iSd [§ 5 Abs. 3 FLAG 1967](#) begründet worden. Da nach [§ 10 Abs. 2 FLAG 1967](#) der Anspruch auf Familienbeihilfe mit Ablauf des Monats erlischt, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschließungsgrund hinzukommt, war die Rückforderung auf den Monat Oktober 2010 einzuschränken.

Wien, am 8. März 2011