



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vertreten durch Dr. Reinhard Schwarzkogler, Rechtsanwalt, 4650 Lambach, Marktplatz 2, vom 8. Oktober 2008 gegen den Bescheid des Finanzamtes Gmunden Vöcklabruck vom 22. September 2008 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe für den Zeitraum 1. Juli 2008 bis 31. Oktober 2008 entschieden:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird abgeändert. Die Rückforderung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages für den Zeitraum 1. Juli 2008 bis 30. September 2008 entfällt. Bezüglich des Zeitraumes 1. Oktober 2008 bis 31. Oktober 2008 wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

Der Rückforderungsbetrag beträgt:

Familienbeihilfe 165,90 €,

Kinderabsetzbetrag 50,90 €,

Rückforderungsbetrag gesamt: 216,80 €.

### **Entscheidungsgründe**

Der Sohn des Berufungswerbers, A, geboren am xx, ist seit dem Schuljahr 2008/2009 Schüler des IV. Gymnasiums in Z, Kroatien. Mit Bescheid vom 22.9.2008 forderte das Finanzamt für die Monate Juli 2008 bis Oktober 2008 die bereits gewährte Familienbeihilfe sowie die Kinderabsetzbeträge zurück und führte in der Begründung aus, dass für Kinder, die nicht

österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe besteht, wenn sie sich nach den §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.

In der dagegen eingebrochenen Berufung führte der Berufungswerber durch seinen rechtlichen Vertreter sinngemäß aus, dass die Finanzbehörde richtigerweise feststellen hätte müssen, dass sich A nach wie vor rechtmäßig in Österreich aufhalte. Er sei seit dem Schuljahr 2008/2009 in der ersten D-Klasse des IV. Gymnasiums als Schüler eingeschrieben. Er kehre regelmäßig und zwar zumindest 14-tägig über das Wochenende nach Hause zurück und verbringe sämtliche Feiertage, Sommerferien, Winterferien, Semesterferien und Osterferien in Österreich. Damit hätte die Finanzbehörde zum Ergebnis kommen müssen, dass der Mittelpunkt der Lebensinteressen nach wie vor in Österreich sei.

Das Finanzamt gab der Berufung mit Berufungsvorentscheidung teilweise statt und forderte nur mehr die für Oktober gewährte Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag zurück. In der Begründung wurde ausgeführt, dass der Anspruch auf Familienbeihilfe mit Ablauf des Monats erlosche, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfallen. Der Sohn besuchte seit September 2008 das Gymnasium in Z, es werde daher vom Mittelpunkt der Lebensinteressen in Kroatien ausgegangen.

Im Vorlageantrag wurde neuerlich ausgeführt, dass der Mittelpunkt der Lebensinteressen des Sohnes nach wie vor in Österreich sei, da sich seine Familie in Österreich befindet und hier auch wohnhaft bleibe. Außerdem würden sich seine persönlichen Sachen in Österreich befinden, er kehre jedenfalls 14-tägig sowie an sämtlichen Feiertagen, Ferien und sonstigen freien Tagen nach Österreich zurück und befindet sich nur für Ausbildungszwecke im Ausland.

Im Zuge des weiteren Berufungsverfahrens wurde dem Berufungswerber mittels Vorhalt mitgeteilt, dass nicht der Mittelpunkt der Lebensinteressen, sondern der ständige Aufenthaltsort des Kindes für den Anspruch auf Familienbeihilfe wesentlich sei. Aus diesem Grund sei es erforderlich mitzuteilen, wann sich der Sohn tatsächlich in Österreich aufgehalten hätte, für welchen Zeitraum der Schulbesuch in Z vorgesehen sei und wo er während des Schulbesuches wohnhaft sei. Der Vorhalt wurde sinngemäß folgendermaßen beantwortet: Der Sohn besuchte seit September 2008 in Kroatien ein Sprachgymnasium. In dieser Zeit wohne er von Montag bis Freitag in der Wohnung der Großeltern, welche jedoch wegen des fortgeschrittenen Alters nicht in der Lage seien, ihn zu pflegen oder seine Wäsche zu versorgen. Daher kehre er jedes Wochenende nach Österreich zurück. Hier werde im Elternhaus seine Wäsche gewaschen und ihm für die kommende Woche die notwendige Wäsche (Bekleidung und Bettwäsche) bereitgestellt. Darüber hinaus nutze er das Wochenende zur Pflege seines Freundeskreises und nehme vor der Abfahrt wieder

Lebensmittel für die laufende Woche mit. Er verbringe auch die Sommerferien von Ende Juni bis 6. September sowie die Weihnachtsferien und die Semesterferien im Umfang einer Woche jeweils in Österreich. Sobald sich aufgrund der Konstellation von Feiertagen zwei schulfreie Tage ergeben, nütze er den Umstand, um diese in Österreich zu verbringen. Diese Aufenthaltszeiten würden auch für das Schuljahr 2009/2010 gelten. Das Sprachgymnasium dauere insgesamt vier Jahre, daher nunmehr restliche 2 ½ Jahre. Als Nachweis für diese Darstellung wurde die Einvernahme der Eltern bzw. seines Bruders angeboten.

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

Gemäß § 5 Abs. 3 FLAG 1967 in der für den Berufungszeitraum geltenden Fassung besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

Vorweg ist zu bemerken, dass diese hier zur Anwendung kommende Regelung Personen unabhängig von ihrer Staatsbürgerschaft, somit auch österreichische Staatsbürger erfasst.

In Zusammenhang mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein ständiger Aufenthalt eines Kindes im Ausland anzunehmen ist, hat der Verwaltungsgerichtshof in seiner Rechtsprechung folgende Feststellung getroffen: Der ständige Aufenthalt im Sinn dieser Gesetzesbestimmung ist unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2 BAO zu beurteilen. Danach hat jemand den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinn 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 in dem genannten Sinne 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, unterbrechen nicht den Zustand des Verweilens und daher auch nicht den gewöhnlichen Aufenthalt.

Unter Zugrundelegung dieser Ausführungen hat der Verwaltungsgerichtshof bereits in mehreren Erkenntnissen den Familienbeihilfanspruch für Kinder verneint, die im Ausland eine Schule besuchen und sich nur in der Ferienzeit im Inland bei den Eltern aufhalten (vgl. z.B. VwGH 20.6.2000, 98/15/0016; VwGH 2.6.2004, 2001/13/0160, u.a.). Kehren die Kinder nach ihren jeweiligen Ferienaufenthalten in Österreich wieder an die Schule ins Ausland zurück, dann ist das Verbringen der Ferien in Österreich damit nur als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, durch die der ständige Aufenthalt der Kinder im Ausland nicht

unterbrochen wird. Auf den Mittelpunkt der Lebensinteressen kommt es bei dieser Beurteilung nicht an.

Im Erkenntnis vom 15.11.2005, 2002/14/0103, hat der Verwaltungsgerichtshof unter Hinweis auf seine frühere Judikatur ausgesprochen, dass Personen, die sich während der Arbeitswoche ständig am Betriebsort aufhalten, nur dort ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, und dass dies grundsätzlich auch für Schüler gelten muss, die sich während der Schulwoche ständig am Schulort aufhalten, sofern nicht im Einzelfall ein zeitliches Überwiegen der Aufenthalte in Österreich glaubhaft gemacht werden kann.

Im gegenständlichen Fall ist unbestritten, dass der Sohn des Berufungswerbers seit September 2008 in Kroatien eine Schulausbildung absolviert, die vier Schuljahre umfassen soll. Nach Darstellung des Berufungswerbers wohnt er dort in der Wohnung der Großeltern, verbringt jedoch sämtliche Wochenenden und Ferienzeiten in Österreich. Hiezu ist zunächst zu bemerken, dass in den ursprünglichen Berufungsschriften, in denen fälschlicherweise noch davon ausgegangen wurde, dass es entscheidungswesentlich ist, wo der Sohn den Mittelpunkt der Lebensinteressen hat, lediglich erklärt wurde, dass der Sohn „jedenfalls 14-tägig“ nach Österreich zurückkehre, was in Anbetracht der großen Entfernung zwischen Wohnort in Österreich und Schulort (395 km laut Routenplaner) und der langen Fahrzeiten (öffentliches Verkehrsmittel mindestens acht Stunden, Pkw mehr als vier Stunden) jedenfalls glaubwürdiger ist als die zuletzt erklärten wöchentlichen Heimfahrten.

Ungeachtet dieser Überlegungen ist jedoch auch unter der Annahme, dass der Sohn tatsächlich neben den Ferienzeiten jedes Wochenende in Österreich verbracht hätte, im Sinn der oben zitierten Rechtsprechung sein ständiger Aufenthalt ab September 2008 in Kroatien gelegen, da er auch unter diesen Umständen immer noch zeitlich überwiegend in Kroatien aufhältig wäre. Damit ist dieser Aufenthalt in Kroatien nicht als bloß vorübergehender zu beurteilen, Ferienaufenthalte oder Wochenenden in Österreich unterbrechen nicht diesen ständigen Aufenthalt, sodass der Ausschließungsgrund nach § 5 Abs. 3 FLAG vorliegt. An dieser Feststellung vermag auch die Darstellung nichts zu ändern, dass der Sohn bei seinen Besuchen in Österreich mit Wäsche und Verpflegung auch für den Aufenthalt in Kroatien versorgt werde. Von einer zusätzlichen Einvernahme der Familienmitglieder konnte daher abgesehen werden.

Wie hingegen richtigerweise vom Finanzamt in der Berufungsvorentscheidung festgestellt wurde, besteht der Anspruch auf Familienbeihilfe auf Grund der zuvor getroffenen Feststellungen erst ab Oktober 2008 nicht mehr, weshalb die Rückforderung für Juli, August und September 2008 im angefochtenen Bescheid zu Unrecht erfolgt ist. Es war daher lediglich die für Oktober 2008 ausbezahlte Familienbeihilfe rückzufordern.

Gemäß § 33 Abs. 4 Z 3 lit.a EStG 1988 steht einem Steuerpflichtigen, dem auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag für jedes Kind zu. Mangels Anspruchs auf Familienbeihilfe für Oktober 2008 war auch der Kinderabsetzbetrag zurückzufordern.

Aus den angeführten Gründen war wie im Spruch zu entscheiden.

Linz, am 4. März 2010