



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 2. Februar 2004 gegen den Bescheid des Finanzamtes Grieskirchen Wels vom 23. Jänner 2004 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für das Kind x, für die Zeit von Juli 2001 bis Mai 2003 in Höhe von insgesamt € 3.631,08 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Mit Schreiben vom 9.6.2008 hat der Unabhängige Finanzsenat dem Berufungswerber Nachstehendes mitgeteilt und ihm die Möglichkeit zu einer Stellungnahme geboten.

"Im Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe vom 18.11.2003 wurde von Ihnen als Datum der Einreise nach Österreich der 16.11.2003 angegeben. Dies ebenfalls bei Ihrer Ehegattin und dem Sohn P..

Auf Grund eines Vorhaltes des Finanzamtes vom 26.11.2003 erklärten Sie mit Schriftstück, das beim Finanzamt am 4.12.2003 einlangte, Sie hätten sich mehrmals von 2002 bis 2003 in Indonesien für den Zeitraum von 1 bis 2 Monaten aufgehalten. Von Mai bis November 2003 wäre die ganze Familie in Indonesien gewesen. Die Familienbeihilfe werde ab November 2003 beantragt, weil sich die ganze Familie wieder in Österreich aufhalten werde.

Vom Arbeitsmarktservice wurde dem Finanzamt am 8.1.2004 telefonisch mitgeteilt, dass die Gewährung der Beihilfe gem. § 20 Abs. 2 AMFG am 3.6.2001 wegen "Auslandsaufenthalt"

eingestellt worden sei. Die Gewährung der Notstandshilfe erfolgte für die Zeit vom 12.9.2002 bis 12.11.2002 und wurde ebenfalls wegen "Auslandsaufenthalt" eingestellt. Eine neuerliche Gewährung erfolgte dann ab 18.11.2003.

Aus dem Auszug aus dem Zentralen Melderegister geht hervor, dass Ihre Ehegattin in der Zeit von 20.1.2000 bis 25.9.2001 in W, H 60, gemeldet war. Am 25.9.2001 erfolgte eine amtliche Abmeldung. Zur neuerlichen Anmeldung kam es am 20.1.2004.

Das Finanzamt hat mit Bescheid vom 23.1.2004 die Familienbeihilfe (incl. Kinderabsetzbetrag) für Ihren Sohn P. für den Zeitraum Juli 2001 bis Mai 2003 unter Hinweis auf § 2 Abs. 8 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 zurückgefordert, weil Ihre Ehegattin und der Sohn sich seit Juni 2001 nicht mehr ständig im Bundesgebiet (6 Monate) aufhalten würden.

Die dagegen eingebrachte Berufung wird im Wesentlichen damit begründet, dass Sie, selbst wenn sich Ihr Sohn mit der Mutter öfters im Ausland aufgehalten habe, in dieser Zeit für den Lebensunterhalt Ihres Kindes (wie Kindergarten, etc.) aufgekommen seien. Das Kind sei österreichischer Staatsbürger mit indonesischer Mutter und es könne nicht sein, dass die Kindesmutter mit dem gemeinsamen Kind nicht in ihre Heimat reisen könne.

Mit Vorhalt vom 16.9.2005 wurden Sie vom Finanzamt aufgefordert, eine Schulbesuchsbestätigung (aktuelles Schuljahr) nachzureichen. Zur Erledigung der Berufung wurde Ihnen auch die Möglichkeit eingeräumt, Unterlagen nachzubringen, aus denen ein Aufenthalt des Kindes in Österreich ersichtlich sei. Laut den von Ihnen vorgelegten Unterlagen sei Ihr Sohn zwar für den Kindergarten angemeldet gewesen, jedoch habe er diesen nicht besucht (laut telefonischer Auskunft vom Magistrat Wels). Sollten Sie daher noch Nachweise haben (z.B. Bestätigung des Kindergartens über den tatsächlichen dauerhaften Besuch), mögen Sie diese vorlegen.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 2.11.2005 wurde die Berufung vom Finanzamt als unbegründet abgewiesen. Da Sie den Verzug der Gattin und des Sohnes nicht gemeldet hätten und diese Tatsache erst im November 2003 (Einreisezeit der Gattin und des Sohnes) bekannt gegeben worden sei, erfolge die Rückforderung nach Bekanntgabe der Umstände mit Jänner 2004. Verwertbare Unterlagen über den tatsächlichen Aufenthalt der Mutter und des Sohnes in Österreich hätten bisher nicht nachgereicht werden können. Da auch auf den Vorhalt vom 16.9.2005 keine Reaktion erfolgt sei und die Frist abgelaufen sei, müsse die Berufung abgewiesen werden.

Der Vorlageantrag wird im Wesentlichen damit begründet, dass Sie, Ihre Ehegattin und der gemeinsame Sohn in W., mit Hauptwohnsitz ordentlich gemeldet seien (seit 2000). Da die Ehegattin indonesische Staatsbürgerin sei, reise sie zu Familienbesuchen jährlich mit dem

Sohn zu ihrer Familie. Die Behauptung, die Ehegattin und der Sohn würden sich seit Juni 2001 nicht mehr ständig im Bundesgebiet aufhalten (mindestens 6 Monate) sei unrichtig. Richtig sei, dass Ihre Familie sich mehrheitlich (mehr als 6 Monate im Jahr) im Bundesgebiet aufhalte. Die Ehegattin habe 2005 eine zehnjährige Aufenthaltsgenehmigung von der hiesigen Fremdenpolizei erhalten.

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 genannte Bedingungen erfüllen), Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder sowie unter bestimmten Voraussetzungen für volljährige Kinder.

§ 2 Abs. 8 in der im Berufungszeitraum geltenden Fassung lautete: "Personen, die sowohl im Bundesgebiet als auch im Ausland einen Wohnsitz haben, haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Bundesgebiet haben und sich die Kinder ständig im Bundesgebiet aufhalten. Eine Person hat den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat."

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kann eine Person zwar mehrere Wohnsitze, jedoch nur einen Mittelpunkt der Lebensverhältnisse haben. Unter persönlichen Beziehungen sind dabei all jene zu verstehen, die jemanden aus in seiner Person liegenden Gründen auf Grund der Geburt, der Staatszugehörigkeit, des Familienstandes und der Betätigungen religiöser und kultureller Art, folglich nach allen Umständen, die den eigentlichen Sinn des Lebens ausmachen, an ein bestimmtes Land binden. Nach den Erfahrungen des täglichen Lebens bestehen im Regelfall die stärksten persönlichen Beziehungen zu dem Ort, an dem man regelmäßig und Tag für Tag mit seiner Familie lebt. Daraus folgt, dass der Mittelpunkt der Lebensverhältnisse einer verheirateten Person regelmäßig am Ort des Aufenthaltes ihrer Familie zu finden sein wird. Diese Annahme setzt allerdings im Regelfall die Führung eines gemeinsamen Haushaltes sowie das Fehlen ausschlaggebender und stärkerer Bindungen zu einem anderen Ort, etwa aus beruflichen oder gesellschaftlichen Gründen, voraus. Der Familienwohnsitz ist also nur bei gemeinsamer Haushaltsführung von ausschlaggebender Bedeutung, nicht bei getrennten Haushalten. Bei von der Familie getrennter Haushaltsführung kommt es auf die Umstände der Lebensführung, wie etwa eine eigene Wohnung, einen selbstständigen Haushalt, gesellschaftliche Bindungen, aber auch auf den Pflichtenkreis einer Person und hier insbesondere auf ihre objektive und subjektive Beziehung zu diesem an. Die auf die Wohnsitze entfallenden Aufenthaltszeiten sind

ein bedeutsames quantitatives Kriterium dafür, wo der Mittelpunkt der Lebensverhältnisse einer Person besteht (zB VwGH 18.1.1996, 93/15/0145).

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.

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).

Das Verbringen der Ferien in Österreich wäre als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, wodurch der ständige Aufenthalt des Kindes im Ausland nicht unterbrochen wird (vgl die einen mehrjährigen Schulbesuch im Ausland betreffenden Erkenntnisse des VwGH vom 2.6.2004, ZI 2001/13/0160 und vom 28.11.2002, ZI 2002/13/0079).

Zum Aufenthalt von Kindern im Ausland (z.B. USA) hat der VwGH zumindest zweimal entschieden und dabei festgestellt, dass ein Aufenthalt von einer Dauer von mehr als zwei Jahren jedenfalls schädlich sein kann.

So urteilte er in einem Erkenntnis den sich über volle zwei Jahre erstreckenden Auslandsaufenthalt von minderjährigen Kindern des (damaligen) Beschwerdeführers in den USA als ständig und damit schädlich im Sinne dieser Gesetzesbestimmung. Er führte wörtlich aus, dass es nicht zweifelhaft sein könne, dass ein sich über volle zwei Jahre erstreckender Auslandsaufenthalt der Kinder des Beschwerdeführers als ständig im Sinne des (damaligen) § 5 Abs 4 FLAG beurteilt werden muss. Ob und wie lange die Kinder in den USA eine Schule besucht haben, sei für diese Beurteilung bedeutungslos gewesen (VwGH 20.10.1993, 91/13/0175).

In einem weiteren Beschwerdefall handelte es sich um einen annähernd dreijährigen Auslandsaufenthalt des Sohnes, wobei dieser den Wohnsitz seines Vaters während dessen

Aufenthaltes in den USA teilte. Dabei hielt sich der Sohn während der (Sommer)Ferien bei der (damaligen) Beschwerdeführerin in Österreich auf, besuchte die Schule offenbar im Hinblick auf den Erwerb von Sprachkenntnissen für den beabsichtigten Besuch einer (österreichischen) höheren Lehranstalt für Tourismus und durfte diese Ausbildung später auch tatsächlich in Österreich in Angriff genommen haben. Trotzdem beurteilte das Höchstgericht auch diesen Aufenthalt als schädlich (VwGH 20.6.2000, 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 hierbei auf dessen Aufenthalt abstelle, keine verfassungsrechtlichen Bedenken erwecke.

Auf Grund des vorliegenden Sachverhaltes wäre davon auszugehen, dass Sie sich mit Ihrer Ehegattin und dem Sohn P. im Zeitraum Juni 2001 bis November 2003 nur vorübergehend ca. zwei Monate (September 2002 bis November 2002) in Österreich aufgehalten haben.

Da sich der Aufenthalt des Kindes in Indonesien demnach über einen Zeitraum von mehr als 2 Jahren erstreckte, würde es sich iS leg cit und der dazu ergangenen Judikatur um einen ständigen Aufenthalt im Ausland handeln, sodass die Gewährung der Familienbeihilfe schon aus diesem Grund ausgeschlossen wäre.

Es wird Ihnen aber die Möglichkeit eingeräumt, zu diesem Vorhalt innerhalb von drei Wochen schriftlich Stellung zu nehmen und gegebenenfalls eventuelle Aufenthalte des Kindes in Österreich im Zeitraum Juni 2001 bis November 2003 nachzuweisen, ansonsten laut Aktenlage über die Berufung abweislich zu entscheiden sein wird."

Der Berufungswerber gab in seiner Stellungnahme vom 26.6.2008 Folgendes bekannt.

"Bezugnehmend auf Ihr Schreiben vom 9. Juni 2008 in unter Betreff angeführtem Grund, kann ich Ihnen nur folgendes mitteilen.

Das Einreisedatum 16. November 2003 (Einreise der gesamten Familie) ist richtig, auch, dass ich wieder ein Ansuchen für Familienbeihilfe beim FA Wels einreichte.

Ich wurde damals vom FA Wels vorgeladen und musste sämtliche Reisepässe, von meiner Familie und mir, alle Ein- und Ausreisestempel, kopieren zur Überprüfung vom FA Wels. Ich hatte dies damals im guten Glauben gemacht, in der Annahme, dass sich dadurch etwaige

Ungereimtheiten klären lassen, aber leider ist dadurch nur noch mehr Verwirrung in diese Angelegenheit geraten.

Sg. Herr N., jetzt nach so vielen Jahren dies noch einmal alles genau nachzuvollziehen ist sehr schwierig, ich will es dennoch versuchen.

Seit der Erstanmeldung meiner Gattin und unseres Sohnes P. am 20. Jänner 2000 bis Mai 2005 hatten wir uns hauptsächlich in Österreich aufgehalten, mit Ausnahme einer 2-monatigen Reise nach Indonesien im Jahre 2002 und ca. 4 Monate im Jahre 2003.

Dass meine Gattin (und zwar nur meine Gattin!!) am 25. September 2001 abgemeldet wurde, habe ich erst erfahren, als ich vom FA Wels in dieser Angelegenheit vorgeladen wurde. Denn weder ich als auch meine Gattin hatten diese Abmeldung beim Einwohnermeldeamt beantragt und dies erkläre ich hiermit eidesstattlich. Ihnen wird es sicher möglich sein diesbezüglich eine zufriedenstellende Antwort beim zuständigen Meldeamt zu erhalten und dies zu prüfen, denn mir wurde damals, als ich meine Gattin neuerlich anmeldete und nach dem Grund für ihre Abmeldung fragte, wie es zu dieser rätselhaften Abmeldung kommen konnte, keine plausible Auskunft erteilt und ich konnte auch nicht ahnen, welche schweren Auswirkungen dies in unserem Falle haben könnte.

Ihre Auskünfte vom AMS y bezüglich Ab- und Anmeldung für Notstandshilfe und die daraus ergehenden Daten haben rein gar nichts mit den Aufenthaltsdaten meiner Familie in Österreich oder deren Abwesenheit zu tun, lediglich, dass ich wieder als Auslandsmontageleiter eine Tätigkeit im Ausland angenommen hatte, daher der Ausdruck Auslandsaufenthalt. Meine Gattin und unser Sohn wohnten zu diesem Zeitpunkt in unserer gemeinsamen Wohnung in xx.

Für all diese Jahre hatten wir keine finanzielle Unterstützung mehr vom FA Wels erhalten, obwohl ich im November 2003 einen Antrag eingereicht hatte, stattdessen erhielt ich eine Rückforderung vom FA Wels. Im Dezember 2003 hatte ich nach einer Rechtsberatung bei einem Volksanwalt des Magistrates y im Anschluss ein sehr ausführliches Gespräch mit Frau G. vom FA Wels, die damals unseren Fall bearbeitete und sie auch eine Entscheidung zu treffen hatte, die wie folgt lautete:

Auf mein eindringliches Ersuchen stimmte mir Frau yy zu, dass diese Angelegenheit zu meinen Gunsten "erledigt" sei, wofür ich mich für ihr Einsehen und Verständnis recht herzlich bedankte und mich verabschiedete in der Annahme, dass dies nun endgültig geklärt ist. Um so verwunderter war ich als ich ca. 2 Jahre nach diesem Gespräch wiederum ein Schreiben vom FA erhielt mit der neuerlichen Zahlungsaufforderung inkl. Zinsen. Ich hatte daraufhin sofort Frau yy angerufen in ihrem Büro, ihre Aussage auf meine verzweifelte Frage, warum nun doch wiederum eine Zahlungsaufforderung an mich gerichtet wird, war mehr als befremdend, sie sei nun nicht mehr zuständig für meinen Fall und ich sollte den Rechtsweg

einhalten und sie mir einfach den Telefonhörer auflegte!!!!

Sg. Herr N. , ich könnte noch 2 Seiten füllen mit dieser leidlichen Geschichte, bin es aber in meiner hilflosen Verzweiflung ein wenig Leid, dass ich mich für meine Familie und mich andauernd rechtfertigen muss, wofür uns im Grunde genommen nicht einmal eine Schuld trifft, denn ich hatte zu diesem Zeitpunkt keines der sogenannten Erinnerungsschreiben vom Fa Wels ausgefüllt und retourniert und um eine Familienbeihilfe angesucht oder gefordert für den Zeitraum, wo wir uns nicht gerade in Österreich aufhielten. Ich kann Ihnen auch keine weiteren Unterlagen mehr aushändigen, denn diese hatte ich damals allesamt an das FA Wels übergeben. Einen Rechtsanwalt für die Bereinigung dieser Angelegenheit kann ich mir mit meiner Mindestpension auch nicht leisten, genauso wenig wie ich den vom FA geforderten Betrag zur Rückzahlung aufbringen kann und deswegen ersuche ich Sie höflichst um eine Stundung."

Über die Berufung wurde erwogen:

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 genannte Bedingungen erfüllen), Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder sowie unter bestimmten Voraussetzungen für volljährige Kinder.

§ 2 Abs. 8 in der im Berufungszeitraum geltenden Fassung lautete: "Personen, die sowohl im Bundesgebiet als auch im Ausland einen Wohnsitz haben, haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Bundesgebiet haben und sich die Kinder ständig im Bundesgebiet aufhalten. Eine Person hat den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat."

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kann eine Person zwar mehrere Wohnsitze, jedoch nur einen Mittelpunkt der Lebensverhältnisse haben. Unter persönlichen Beziehungen sind dabei all jene zu verstehen, die jemanden aus in seiner Person liegenden Gründen auf Grund der Geburt, der Staatszugehörigkeit, des Familienstandes und der Tätigkeiten religiöser und kultureller Art, folglich nach allen Umständen, die den eigentlichen Sinn des Lebens ausmachen, an ein bestimmtes Land binden. Nach den Erfahrungen des täglichen Lebens bestehen im Regelfall die stärksten persönlichen Beziehungen zu dem Ort, an dem man regelmäßig und Tag für Tag mit seiner Familie lebt. Daraus folgt, dass der Mittelpunkt der Lebensverhältnisse einer verheirateten Person regelmäßig am Ort des Aufenthaltes ihrer Familie zu finden sein wird. Diese Annahme setzt

allerdings im Regelfall die Führung eines gemeinsamen Haushaltes sowie das Fehlen ausschlaggebender und stärkerer Bindungen zu einem anderen Ort, etwa aus beruflichen oder gesellschaftlichen Gründen, voraus. Der Familienwohnsitz ist also nur bei gemeinsamer Haushaltsführung von ausschlaggebender Bedeutung, nicht bei getrennten Haushalten. Bei von der Familie getrennter Haushaltsführung kommt es auf die Umstände der Lebensführung, wie etwa eine eigene Wohnung, einen selbstständigen Haushalt, gesellschaftliche Bindungen, aber auch auf den Pflichtenkreis einer Person und hier insbesondere auf ihre objektive und subjektive Beziehung zu diesem an. Die auf die Wohnsitze entfallenden Aufenthaltszeiten sind ein bedeutsames quantitatives Kriterium dafür, wo der Mittelpunkt der Lebensverhältnisse einer Person besteht (zB VwGH 18.1.1996, 93/15/0145).

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.

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).

Das Verbringen der Ferien in Österreich wäre als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, wodurch der ständige Aufenthalt des Kindes im Ausland nicht unterbrochen wird (vgl die einen mehrjährigen Schulbesuch im Ausland betreffenden Erkenntnisse des VwGH vom 2.6.2004, ZI. 2001/13/0160 und vom 28.11.2002, ZI. 2002/13/0079).

Zum Aufenthalt von Kindern im Ausland (z.B. USA) hat der VwGH zumindest zweimal entschieden und dabei festgestellt, dass ein Aufenthalt von einer Dauer von mehr als zwei Jahren jedenfalls schädlich sein kann.

So urteilte er in einem Erkenntnis den sich über volle zwei Jahre erstreckenden Auslandsaufenthalt von minderjährigen Kindern des (damaligen) Beschwerdeführers in den

USA als ständig und damit schädlich im Sinne dieser Gesetzesbestimmung. Er führte wörtlich aus, dass es nicht zweifelhaft sein könne, dass ein sich über volle zwei Jahre erstreckender Auslandsaufenthalt der Kinder des Beschwerdeführers als ständig im Sinne des (damaligen) § 5 Abs. 4 FLAG beurteilt werden muss. Ob und wie lange die Kinder in den USA eine Schule besucht haben, sei für diese Beurteilung bedeutungslos gewesen (VwGH 20.10.1993, 91/13/0175).

In einem weiteren Beschwerdefall handelte es sich um einen annähernd dreijährigen Auslandsaufenthalt des Sohnes, wobei dieser den Wohnsitz seines Vaters während dessen Aufenthaltes in den USA teilte. Dabei hielt sich der Sohn während der (Sommer)Ferien bei der (damaligen) Beschwerdeführerin in Österreich auf, besuchte die Schule offenbar im Hinblick auf den Erwerb von Sprachkenntnissen für den beabsichtigten Besuch einer (österreichischen) höheren Lehranstalt für Tourismus und dürfte diese Ausbildung später auch tatsächlich in Österreich in Angriff genommen haben. Trotzdem beurteilte das Höchstgericht auch diesen Aufenthalt als schädlich (VwGH 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 hierbei auf dessen Aufenthalt abstelle, keine verfassungsrechtlichen Bedenken erwecke.

Trotz Aufforderungen des Finanzamtes und des Unabhängigen Finanzsenates wurde vom Berufungswerber von der gebotenen Möglichkeit, eventuelle Aufenthalte des Kindes in Österreich im Zeitraum Juni 2001 bis November 2003 nachzuweisen, kein Gebrauch gemacht. Entsprechende Unterlagen, die auf einen Aufenthalt des Berufungswerbers und des Kindes in Österreich in dieser Zeit schließen lassen würden, konnten offensichtlich nicht beigebracht werden.

Auf Grund des vorliegenden Sachverhaltes ist daher davon auszugehen, dass sich der Berufungswerber mit seiner Ehegattin und dem Sohn P. im Zeitraum Juni 2001 bis November 2003 nur vorübergehend ca. zwei Monate (September 2002 bis November 2002) in Österreich aufgehalten hat.

Da sich der Aufenthalt des Kindes in Indonesien demnach über einen Zeitraum von mehr als zwei Jahren erstreckte, handelt es sich iS leg cit und der dazu ergangenen Judikatur um einen

ständigen Aufenthalt im Ausland, sodass die Gewährung der Familienbeihilfe schon aus diesem Grund ausgeschlossen ist.

Nach § 33 Abs. 4 Z 3 a Einkommensteuergesetz 1988 steht einem Steuerpflichtigen, dem auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ab dem Jahr 2000 ein Kinderabsetzbetrag von monatlich "50,90 Euro" für jedes Kind zu. Für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, steht kein Kinderabsetzbetrag zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 anzuwenden.

Mangels Anspruchs auf die Familienbeihilfe lagen im Berufungszeitraum auch die Voraussetzungen für die Gewährung der Kinderabsetzbeträge nicht vor.

Aus den angeführten Gründen war wie im Spruch zu entscheiden.

Linz, am 27. November 2008