



## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vertreten durch Mag. Boris Knirsch/Mag. Michael Braun/Mag. Christian Fellner, Rechtsanwälte, Rudolfsplatz 12, 1010 Wien, gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 4., 5. und 10. Bezirk betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. Jänner 1999 bis 31. Oktober 2004 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Strittig ist im vorliegenden Fall, ob der Berufungserwerber (Bw.) für den Zeitraum Jänner 1999 bis Oktober 2004 zu Unrecht die Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag für seine drei Kinder bezogen hat.

Das Finanzamt erließ am 22. Oktober 2004 einen Rückforderungsbescheid und führte zur Begründung aus:

„Gemäß § 2 (2) Familienlastenausgleichsgesetz 1967 hat nur die Person Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind, zu deren Haushalt das Kind gehört.“

Gemäß § 2 (5) FLAG 1967 gehört ein Kind dann zum Haushalt einer Person, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt.

Gemäß § 5 (3) FLAG 1967 besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

Da Ihre Kinder nie in Österreich die Schule besuchten, besteht keine Haushaltszugehörigkeit gemäß Familienlastenausgleichsgesetz sowie kein Anspruch auf Familienbeihilfe, da sich die Kinder ständig im Ausland befinden, und die Familienbeihilfe war daher wie oben rückzufordern.“

Der Bw. erhab am 4. November 2004 gegen obigen Bescheid Berufung und führte dazu aus:

„Am 22. Sept. 2004 erhielt ich die Mitteilung bezüglich meines Anspruches auf Familienbeihilfe für meine Kinder

T.

G.

F.

der mir bis April 2009, Dezember 2010 bzw. Juli 2012 bestätigt wurde.

Dennoch wurde mir der Bezug der Familienbeihilfe eingestellt und überdies eine Rückforderung in Höhe von 36.594,41 € vorgeschrieben.

Sowohl ich als auch meine drei Kinder sind österreichische Staatsbürger. Der Hauptwohnsitz der Kinder ist nach wie vor Wien. Sie befinden sich nur während des Schuljahres (9 Monate) in Ägypten, wegen der islamischen Religion und der arabischen Sprache. Dennoch sind meine Kinder nach wie vor Teil meines Haushaltes. Die Kinder befinden sich lediglich zum Zweck des Schulbesuches im Ausland und verbringen schulfreie Zeiten immer in Österreich bei der Familie. Der Unterhalt der Kinder wird zur Gänze von mir bestreiteten. Die Kinder besuchen die Schule in Schebin el Koum laut Bestätigung des Unterrichtsministeriums. Weiters kann ich noch Bestätigungen von einem Kinderarzt vorlegen, dass alle drei Kinder regelmäßig untersucht werden (diverse Impfungen usw.). Beglaubigte Übersetzungen dieser Betätigungen können über Wunsch nachgereicht werden.

Es wurde eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung – und somit eine Verletzung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Gleichbehaltungsgebotes – bedeuten, wenn mir die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag nur deshalb verwehrt werden würde, weil meine Kinder eine Schule im Ausland besuchen. Durch Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag hat der Gesetzgeber entschieden, einen finanziellen Ausgleich zu schaffen zwischen jenen Steuerzahlern, welche kinderlos bleiben und jenen, welche den Unterhalt von Nachkommen zu bestreiten haben. Die Interessenslage zwischen Staatsbürgern, deren Kinder eine inländische Schule besuchen und Staatsbürgern, deren Kinder eine ausländische Schule besuchen, ist gleich, insbesondere dann, wenn die letztgenannten Kinder weiterhin Teil des Haushaltes im Inland bleiben und ihr Unterhalt von hier aus bestreitet wird. Unterschiede in der Interessenslage, die eine Differenzierung sachlich rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich...“

Das Finanzamt erließ am 21. Dezember 2004 eine Berufungsvorentscheidung und wies die Berufung unter Verweis auf die gesetzlichen Bestimmungen (§ 2 Abs. 2, § 2 Abs. 5, § 5 Abs. 3 FLAG 1967) mit folgender Begründung ab:

„Ihre Kinder leben ständig in Ägypten, besuchen dort die Schule und sind nur für Ferienzwecke nach Österreich eingereist. Ein nur vorübergehender Aufenthalt eines Kindes im Inland spricht jedoch nicht gegen die Annahme eines ständigen Aufenthaltes im Ausland. Ein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, besteht nur, wenn die Gegenseitigkeit durch Staatsverträge verbürgt sind. Da mit Ägypten aber kein Staatsvertrag besteht, war Ihre Berufung abzuweisen.“

Der Bw. stellte fristgerecht durch seine Rechtsvertreter ohne weitere Begründung den Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz.

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

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. 4 Z. 3 lit. a bis c Einkommensteuergesetz 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. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 FLAG anzuwenden.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs. 4 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 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 Verwaltungsgerichtshofes vom 2.6.2004, 2001/13/0160, vom 20.6.2000, 98/15/0016).

Auf Grund der vorliegenden Unterlagen und der Angaben in der Berufung kann unbestritten davon ausgegangen werden, dass die Kinder des Bw. im strittigen Zeitraum (Jänner 1999 bis Oktober 2004) in Ägypten eine Schule besuchten.

Bezüglich der Aufenthalte der Kinder in Österreich wurde in der Berufung ausgeführt, dass die Kinder ihre Schulferien regelmäßig in Österreich bei der Familie verbringen würden. Die Kinder würden auch regelmäßig in Österreich untersucht werden (diverse Impfungen usw.).

Das Verbringen der Ferien in Österreich ist aber jeweils als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, wodurch der ständige Aufenthalt der Kinder in Ägypten nicht unterbrochen wurde (vgl. insbesondere die ebenfalls einen mehrjährigen Schulbesuch im Ausland betreffenden Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 2.6.2004, 2001/13/0160, vom 28.11.2002, 2002/13/0079, und vom 20.6.2000, 98/15/0016).

Im Übrigen hat der Verfassungsgerichtshof 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 hiebei 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. Daher liegt auch keine Diskriminierung nach der Staatsangehörigkeit vor (vgl. VwGH vom 18.9.2003, 2000/15/0204).

Das Finanzamt hat somit zu Recht die Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für den strittigen Zeitraum rückgefordert.

Wien, am 29. April 2005