

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin R in der Beschwerdesache M, Adr, vertreten durch Rechtsanwalt gegen den Bescheid des FA Innsbruck vom 27.02.2013 betreffend Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum September 2012 bis Jänner 2013 zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

Herr M (= Beschwerdeführer, Bf) hat im Februar 2013 für seinen Sohn T, österr. Staatsbürger, geb. 16.9.2003, Schüler, die Familienbeihilfe beantragt. An Unterlagen wurden vorgelegt:

1. ein Auszug aus dem Zentralen Melderegister, wonach der Sohn seit Geburt mit wechselnden Adressen im Inland mit Hauptwohnsitz gemeldet ist, zuletzt an der Wohnadresse des Bf in Adresse;
2. eine Geburtsurkunde, wonach der Sohn im Inland in X geboren ist;
3. eine Schulbesuchsbestätigung samt Jahreszeugnis der inländ. Volksschule A dahin, dass der Sohn im Schuljahr 2011/12 die Klasse 1b vom 12.9.2011 bis 6.7.2012 besucht und abgeschlossen hat;
4. eine Bestätigung der türkischen Grundschule I, S, in deutscher Übersetzung darüber, dass der Sohn als ordentlicher Schüler der 2D Klasse angemeldet ist.

Laut eigenen Angaben des Bf in Beantwortung eines Vorhaltes des Finanzamtes besuche der Sohn seit September 2012 die türkische Schule.

Das Finanzamt hat daraufhin mit Bescheid vom 27. Februar 2013, SV-Nr, vom Bf zu Unrecht für den Sohn für den Zeitraum September 2012 bis Jänner 2013 bezogene Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen in Höhe von gesamt € 955,50 zurückgefordert. Begründend wurde ausgeführt, da sich der Sohn seit September 2012 nicht mehr in Österreich aufhalte und in der Türkei die Grundschule besuche, müsse die Familienbeihilfe für den betreffenden Zeitraum rückgefordert werden.

In der dagegen rechtzeitig erhobenen Beschwerde, vormals Berufung, wird eingewendet, es sei nicht nur auf den vorübergehenden Aufenthaltsort des Sohnes in der Türkei, sondern vielmehr auf den Mittelpunkt der Lebensinteressen abzustellen. Dieser liege beim Sohn des Bf sowie der gesamten Familie ohne Zweifel in Österreich, die hier ihren Hauptwohnsitz habe. Eltern und Geschwister würden hier leben und arbeiten. Der mj. Sohn habe in der Türkei einen vorübergehenden Nebenwohnsitz zu Ausbildungszwecken, würde in absehbarer Zeit nach Österreich zurückkehren und würde fast die Hälfte des Jahres, nämlich sämtliche Ferienzeiten, in Österreich verbringen. Seine persönliche Verbindung und Verwurzelung zu Österreich sei daher wesentlich höher als zur Türkei. Während seines dortigen Aufenthaltes komme der Bf für sämtlichen Unterhalt des mj. Sohnes auf. Der Bescheid sei daher aufzuheben.

Die abweisende Berufungs-/Beschwerdevorentscheidung wurde unter Darlegung der Bestimmungen nach § 2 Abs. 8 und § 5 Abs. 3 Familienlastenausgleichsgesetz dahin begründet, dass ein Familienbeihilfenanspruch dann nicht bestehe, wenn das potenziell anspruchsvermittelnde Kind sich ständig im Ausland aufhalte, wobei auch das Verbringen der Ferien im Inland jeweils als nur vorübergehende Abwesenheit vom ausländischen Aufenthalt zu beurteilen sei.

Mit Antrag vom 7.6.2013 wurde die Vorlage der Beschwerde an die Abgabenbehörde II. Instanz, nunmehr Bundesfinanzgericht (BFG), ohne weitere Begründung begehrt.

In Beantwortung eines Vorhaltschreibens des BFG vom März 2014 wurden seitens des Bf vorgelegt:

1. eine türkische Wohnsitzbestätigung, wonach der mj. Sohn T in S/Türkei als "*andere Adresse (im Sommer, im Winter, Zweit- oder Drittwohnsitz)*" wohnhaft ist;
2. eine Schulbesuchsbestätigung vom 14.4.2014 der türkischen Grundschule/Volksschule in S, wonach der mj. Sohn seit 17.9.2012 an dieser Schule angemeldet ist und die Schule besucht, derzeit die Klasse 3C.

Über die Beschwerde wurde erwogen:

Nach § 2 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967, BGBl 376/1967 idgF., haben Anspruch auf Familienbeihilfe Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben,
lit a) für minderjährige Kinder, ...

Nach **§ 5 Abs. 3** FLAG 1967 besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich **ständig im Ausland** aufhalten.

Zu Unrecht bezogene Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen (§ 33 Abs. 4 Z 3 lit a EStG 1988) sind gemäß § 26 FLAG 1967 zurückzuzahlen.

Bei der Frage des "ständigen Aufenthaltes" iSd § 5 Abs. 3 FLAG geht es um *objektive* Kriterien, die nach den Gesichtspunkten des Vorliegens eines **gewöhnlichen Aufenthaltes** nach § 26 Abs. 2 BAO zu beurteilen sind (vgl. VwGH 24.6.2010, 2009/16/0133; VwGH 22.4.2009, 2008/15/0323; VwGH 28.11.2007, 2007/15/0055; VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103). Diese Beurteilung hat nicht auf den subjektiven Gesichtspunkt des "Mittelpunktes der Lebensinteressen" abzustellen, sondern auf das objektive Kriterium der *grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit* (vgl. VwGH 21.9.2009, 2009/16/0178).

Gemäß § 26 Abs. 2 BAO hat jemand den gewöhnlichen Aufenthalt 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 (VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103). Daraus folgt auch, dass eine Person zwar mehrere Wohnsitze, jedoch nur *einen* (1) gewöhnlichen Aufenthalt haben kann (vgl. VwGH 9.11.2004, 99/15/0008). 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 (vgl. VwGH 27.4.2005, 2002/14/0050; VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103; vgl. zu vor: *Ritz*, BAO-Kommentar, 5. Auflage, Rzn 13 und 17 zu § 26 mit weiteren Verweisen zu Judikatur und Lehre).

Das (teilweise) Verbringen der Ferien in Österreich ist jeweils als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, wodurch der ständige Aufenthalt der Kinder im Ausland nicht unterbrochen wurde (VwGH 27.4.2005, 2002/14/0050; VwGH 2.6.2004, 2001/13/0160; VwGH 28.11.2002, 2002/13/0079; VwGH 8.6.1982, 82/14/0047). Diesfalls ist der Anspruch auf Familienbeihilfe auch nicht etwa für jene Ferienzeiten gegeben, die im Inland (zB monatsweise in den Sommerferien) verbracht werden (VwGH 20.6.2000, 98/15/0016).

Der VfGH hat im Erkenntnis vom 4.12.2001, B 2366/00, zum Ausdruck gebracht, dass gegen eine Vorschrift, die bewirkt, dass Personen, die im Ausland (Drittland) lebenden Kindern gegenüber zu Unterhaltsleistungen verpflichtet sind, keine Familienbeihilfe gewährt wird, keine verfassungsgrechtlichen Bedenken bestehen. Der Gesetzgeber wird der verfassungsrechtlichen Pflicht zur steuerlichen Berücksichtigung von Unterhaltslasten auch dann gerecht, wenn er hierfür nicht den Weg der Gewährung von Transferzahlungen wählt, sondern die Berücksichtigung im Wege des Steuerrechts (als außergewöhnliche Belastung gem. § 34 EStG 1988) ermöglicht. Dem hat sich der VwGH im Erkenntnis vom 27.4.2005, 2002/14/0050, angeschlossen (siehe auch VwGH 18.9.2003, 2000/15/0204).

An Sachverhalt ist nunmehr gegenständlich anhand eigener Angaben des Bf und der vorgelegten Unterlagen davon auszugehen, dass der mj. Sohn des Bf seit dem 17.9.2012

in der Türkei in S die Grundschule/Volksschule als ordentlich gemeldeter Schüler besucht und sich regelmäßig dort am gemeldeten Nebenwohnsitz bzw. Zweitwohnsitz körperlich aufhält.

Nach oben dargelegten gesetzlichen Bestimmungen samt Judikatur liegt diesfalls der "gewöhnliche Aufenthalt" des Sohnes in der Türkei vor. Entgegen dem Dafürhalten des Bf ist in Zusammenhalt mit § 5 Abs. 3 FLAG nämlich nicht auf den "Mittelpunkt der Lebensinteressen" im Hinblick auf etwaige persönliche Bindungen an die Familie, sondern vielmehr – wie oben ausgeführt – auf den "gewöhnlichen Aufenthalt" iSd § 26 Abs. 2 BAO abzustellen, wonach es aufgrund der *objektiv* geforderten körperlichen Anwesenheit eben nur einen Ort des gewöhnlichen Aufenthaltes geben kann. Daran ändert auch nichts der eingewendete Umstand, dass das Kind sämtliche Ferien in Österreich verbringe. Nach der einhelligen höchstgerichtlichen Rechtsprechung ist das Verbringen der Ferien in Österreich jeweils als vorübergehende Abwesenheit (vom Auslandsaufenthalt) zu beurteilen, wodurch der ständige Aufenthalt des Kindes im Ausland nicht unterbrochen wird.

Dem Einwand, der Bf habe für den gesamten Unterhalt des Sohnes im Ausland aufzukommen, ist letztlich entgegenzuhalten, dass nach Ansicht beider Höchstgerichte (VfGH und VwGH) solche Unterhaltslasten im Wege des Steuerrechtes (als außergewöhnliche Belastung gem. § 34 EStG) zu berücksichtigen wären, nicht aber im Wege der Familienbeihilfe als Transferzahlung.

In Anbetracht obiger Sach- und Rechtslage konnte daher der Beschwerde kein Erfolg beschieden sein und war spruchgemäß zu entscheiden.

Zulässigkeit einer Revision:

Die Lösung der Frage, ob ein beihilfenschädlicher Auslandsaufenthalt des mj. Sohnes vorliegt, ergibt sich anhand der bezughabenden Gesetzesbestimmungen in Zusammenhalt mit der langjährigen und einhelligen, oben angeführten VwGH-Judikatur. Nachdem sohin keine Rechtsfrage von "grundsätzlicher Bedeutung" zugrunde liegt, ist eine Revision nicht zulässig.

Innsbruck, am 12. Mai 2014