



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw, vertreten durch V, vom 6. Februar 2009 gegen den Bescheid des Finanzamtes Salzburg-Land, vertreten durch N, vom 12. Jänner 2009 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum März 2006 bis Mai 2008 entschieden:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.

Der Rückforderungsbetrag wird wie folgt herabgesetzt:

Art der Beihilfe	Betrag
Familienbeihilfe	€ 10.423,80
Kinderabsetzbeträge	€ 3.715,70
Summe	€ 14.139,50

Entscheidungsgründe

Im Zuges eines Vorhalteverfahrens zur Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe für die Söhne DJ, D und H gab der Berufungswerber (Bw) mit Schriftsätzen vom 3. Mai, 16. Juni, 28. August und 13. Oktober 2008 bekannt, dass sein Sohn H am 3. Juni 2008 einen Schulabschluss an der DF High School in Florida, USA, erhalten habe, der einem Maturazeugnis entspreche und er in der Folge den Zivildienst in Österreich absolviere. Auch

die Söhne DJ und D befänden sich nach einem Auslandsaufenthalt wieder in Österreich. Konkret hätten alle drei Söhne das Schuljahr 2004/2005 als ein von der Schuldirektion genehmigtes Auslandsjahr an der DF High School, Jacksonville, Florida (H), bzw. an der DF Middle School, Jacksonville, Florida (D und DJ) besucht. Daran habe sich für alle das Schuljahr 2005/2006 im Privatgymnasium XY angeschlossen. Die Schuljahre 2006/2007 und 2007/2008 absolvierten alle drei Söhne an der Duncan and Fletcher High School, Jacksonville, Florida. H habe dort sein Abschlussdiplom erhalten, wohingegen D und DJ ab dem Schuljahr 2008/2009 das Gymnasium in AB besucht hätten. Es sei zu keinem Zeitpunkt beabsichtigt gewesen, den Lebensmittelpunkt der Söhne in das Ausland zu verlegen. Daher sei auch der Wohnsitz in den beiden Auslandsjahren (Ende Februar 2006 bis Ende Mai 2008) nicht abgemeldet worden. Während der Sommer-, Semester- und Weihnachtsferien seien die Jungs stets beim Bw gewesen. Die Ehegattin des Bw, ES, habe sich nach langer Überlegung nunmehr entschlossen, ihren Lebensmittelpunkt endgültig nach Florida zu verlegen, die Söhne würden jedoch ihre Ausbildung in Österreich vollenden. Wie aus der in der Anlage befindlichen Aufstellung ersichtlich sei, wäre der Bw durch Überweisungen von € 18.306,-- im Jahr 2006, € 8.806,-- im Jahr 2007 und € 5.519,-- im Jahr 2008 auch in den Jahren des Auslandsaufenthaltes der Kinder in den USA für deren Unterhalt aufgekommen.

Während des Schuljahres 2006/2007 (September 2006 bis Ende Mai 2007) und während der Monate September 2007 bis Anfang Dezember 2007 des Schuljahres 2007/2008 hätten die Kinder bei deren Großmutter in einem Appartement ganz in der Nähe der Schule gewohnt. Die Mutter habe in der Nähe in einer etwas kleineren Wohnung gelebt, was sich auf Grund ihrer ganztätigen Berufstätigkeit sehr bewährt hätte. Während der Weihnachts-, Semester- und Sommerferien seien die Kinder beim Bw in Österreich gewesen. Von Anfang Dezember 2007 bis Ende Mai 2008 des Schuljahres 2007/2008 hätten die Kinder gemeinsam mit Großmutter und Mutter in einem Haus gewohnt, welches von dem im Herbst 2007 verstorbenen Bruder der Kindesmutter übernommen worden sei. Auch dort wäre die Betreuung der Kinder durch die Großmutter erfolgt.

Mit Bescheid vom 12. Jänner 2009 forderte das Finanzamt die für die drei Söhne ausbezahlte Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbeträgen im Gesamtbetrag von € 15.590,60 zurück, und zwar für H für den Zeitraum März 2006 bis April 2008 und für die Söhne D und DJ für den Zeitraum März 2006 bis Mai 2008.

Gemäß § 5 Abs 3 FLAG bestehe kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten. Der ständige Aufenthalt sei unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 BAO zu beurteilen. Danach habe jemand seinen 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. Die Kinder hätten sich von März 2006 bis Mai 2008 ständig in den USA aufgehalten, das Verbringen der Ferien in Österreich sei als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, weshalb für den angeführten Zeitraum die Rückforderung zu erfolgen habe.

Dagegen wurde Berufung erhoben und ausgeführt:

"Meine Kinder haben sich nur vorübergehend außerhalb der Haushaltszugehörigkeit befunden und sind während des Auslandsaufenthaltes und unmittelbar nach deren Auslandsaufenthalt in den Haushalt zurückgekehrt. Die Wohnmöglichkeit in der vorhandenen Wohngemeinschaft wurde zu keinem Zeitpunkt aufgelöst. Eine Rückkehr nach einem Jahr mit nachfolgendem Schulabschluss in Österreich war stets geplant und somit absehbar. Eine Rückkehr der beiden Kinder DJ und D ist jedenfalls nach einem Jahr erfolgt. H hat sich überhaupt nur sechs Monate in den USA aufgehalten, da er nicht ab April, sondern erst ab Oktober 2006 in den USA war. Auf Drängen der Kinder wurde im Sommer 2007 beschlossen ein weiteres Jahr anzuhängen. Nach Rücksprache mit Professoren des hiesigen Gymnasiums, die ein weiteres Schuljahr aus schulpädagogischer Sicht befürworteten, wurde dem Wunsch der Kinder stattgegeben. Die Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft wurde lediglich für ein Jahr und danach für noch ein Schuljahr unterbrochen, jedoch nicht aufgelöst. Falls der Gesetzgeber der Meinung sein sollte, dass der Begriff "absehbar" einen Zeitraum von unter 2 Jahren umfasst, dann sollte zumindest das erste Jahr nicht von einer Rückzahlung betroffen sein. Laut beigebrachten Aufstellungen lag die Kostentragung zum Unterhalt der Kinder nachweislich bei mir. Es wurden von mir von März 2006 bis April 2008 im Mittel € 373,71 pro Monat und Kind bezahlt. Die Zahlungen des Finanzamtes für Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag betrugen für den gleichen Zeitraum im Mittel € 185,60 pro Monat und Kind. Eine Rückerstattung der Finanzamtszahlungen käme faktisch einem Entzug der zustehenden staatlichen Unterstützung gleich, welche nachweislich ihrer Bestimmung (den Kindern) übergeben wurde.

Des Weiteren bezieht sich der Einspruch auf den im Bescheid genannten Zeitraum des Aufenthaltes von Sohn H in den USA. Dieser war nicht ab März sondern erst ab Oktober 2006 in den USA."

Mit teilweise stattgebender Berufungsvorentscheidung vom 2. März 2009 wurde der Rückforderungsbetrag von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für die Kinder DJ, D und H mit € 14.139,50 festgesetzt.

Zur Begründung wurde ausgeführt, dass D und H jeweils die Schuljahre 2006/2007 und 2007/2008 an der High School bzw. DJ an der Middle und High School in Jacksonville, Florida besucht hätten, wobei für diesen Schulbesuch keine Genehmigung der Schuldirektion

vorgelegen wäre, sodass nach Rückkehr ins Inland (Schuljahr 2008/2009) zunächst die Aufnahme nur als außerordentliche Schüler in die dem Alter entsprechende Schulstufe unter Auflage einer Einstufungsprüfung erfolgt wäre. Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind habe die Person, zu deren Haushalt das Kind gehöre. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehöre, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trage, habe dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person anspruchsberechtigt ist. Im gegenständlichen Fall seien die Kinder während des Auslandsaufenthaltes im Haushalt der Mutter bzw. Großmutter gewesen, ein Anspruch auf Familienbeihilfe auf Grund der Unterhaltszahlungen lasse sich daher nicht ableiten. Gemäß § 5 Abs.3 FLAG bestehe kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten. Sowohl die Kinder als auch die Mutter und Großmutter hätten einen gemeinsamen Haushalt und somit gewöhnlichen Aufenthalt in Florida gehabt. Hinsichtlich der Rückforderung der Familienbeihilfe von H S für die Monate März bis September 2006 werde der Berufung stattgegeben.

Der Bw beantragte die Vorlage der Berufung zur Entscheidung an die zweite Instanz und führte zwecks Richtigstellung der Berufungsvorentscheidung aus, dass eine Genehmigung der Direktion für den Auslandsschulbesuch weder beantragt noch notwendig gewesen wäre. Eine Einstufung als außerordentliche Schüler sei vom Direktor des BRG zwar angedacht worden, jedoch tatsächlich nie erfolgt. Vielmehr wäre die Aufnahme beider Schüler D und DJ als ordentliche Schüler erfolgt. Weiters führte der Bw aus, dass laut Richtlinien ein Anspruch auf Familienbeihilfe ungeachtet der Haushaltszugehörigkeit aufgrund der Kostentragung immer bestehen bliebe. Zwecks Vorbringung weiterer klärender Argumente wurde um Durchführung einer mündlichen Verhandlung bzw. eines Gespräches vor Erlassung der Berufungsentscheidung ersucht.

Anlässlich der am 12. Mai 2010 erfolgten Erörterung im Sinne des § 279 BAO stellte der Bw ausdrücklich außer Streit, dass *"sich sowohl die Kindesmutter als auch die Söhne DJ und D im Streitzeitraum Februar 2006 bis Ende Mai 2008, und Sohn H von Oktober 2006 bis April 2008 in den USA aufhielten. Die Kinder wohnten in den angeführten Zeiträumen ihres Amerikaaufenthaltes im Haushalt der Großmutter in Florida, bzw. zeitweise im gemeinsamen Haushalt mit Mutter und Großmutter. Alle drei Söhne besitzen sowohl die österreichische als auch die amerikanische Staatsbürgerschaft. Der Bw führte weiter aus, dass im Februar 2006 ein Schulaufenthalt in den USA für ein Semester bis zu einem Jahr als positiv beurteilt wurde und auch mit der Schulleitung abgesprochen war. Ein Daueraufenthalt war ursprünglich nicht geplant."*

Mit Fax vom 4. Juni 2010 legte der Bw ein Schreiben der Schuldirektion des Privatgymnasiums XY vom 26. Mai 2010 vor, wonach ein etwaiger Schulbesuch im fremdsprachigen Ausland

(gemäß § 25 Abs.9 SchUG) aus pädagogischer Sicht grundsätzlich zu befürworten wäre. Die Schüler DJ und D seien bis 11 Februar 2006 Schüler dieses Gymnasiums gewesen.

Gleichzeitig wurde der Antrag auf Abhaltung einer mündlichen Berufungsverhandlung zurückgezogen.

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 2 Abs.1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, 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 EStG 1988 steht einem Abgabepflichtigen für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, kein Kinderabsetzbetrag zu.

Gemäß § 26 Abs.1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) hat, wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen. Entscheidend ist lediglich, ob der Empfänger die Beträge zu Unrecht erhalten hat.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofgesetzes (VwGH) ist der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs.3 FLAG unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs.2 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 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. Erkenntnisse des VwGH vom 2.6.2004, ZI 2001/13/0160, 20.6.2000, 98/15/0016).

Außer Streit steht gegenständlich, dass die drei Söhne des Bw in den Schuljahren 2006/2007 und 2007/2008 die Schule in Jacksonville, Florida, besucht haben. Die Kindesmutter ist

amerikanische Staatsbürgerin und ging während des gesamten Streitzeitraumes in den USA, Florida, in unmittelbarer Nähe der Schule, einer ganztätigen Berufstätigkeit nach. Aus diesem Grund erfolgte die Betreuung der drei Kinder durch die Großmutter, mit der sie auch im gemeinsamen Haushalt - zeitweise auch gemeinsam mit der Kindesmutter - lebten.

Ab Dezember 2007 bezogen die drei Söhne, die Großmutter und Kindesmutter gemeinsam ein Haus, welches von einem im Herbst 2007 verstorbenen Onkel übernommen wurde.

Aus der Aktenlage nach Erlassung der Berufungsvorentscheidung vom 2. März 2009 ergibt sich weiters zweifelsfrei, dass sich der dortige Schulbesuch der drei Söhne DJ und D und H über mehr als zwei Schuljahre erstreckte. Nach Angaben des Bw hielt sich auch die Kindesmutter im Streitzeitraum - gemeinsam mit ihren Kindern - ständig im Ausland auf.

Dass die Kinder die Weihnachts-, Semester- und Sommerferien beim Bw in Österreich verbracht haben, wurde seitens des Finanzamtes nicht angezweifelt. Das Verbringen der Ferien in Österreich ist jedoch als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, wodurch der ständige Aufenthalt der Kinder in den USA nicht unterbrochen wird (VwGH vom 28.11.2002, 2002/13/0079). 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 in den USA (vgl. VwGH vom 22.4.2009, 2008/15/0323).

Zum Aufenthalt von Kindern hat der VwGH bereits mehrfach entschieden, dass ein Aufenthalt von einer Dauer von mehr als zwei Jahren jedenfalls schädlich sein kann.

So beurteilte er in einem Erkenntnis den sich über zwei Jahre erstreckenden Auslandsaufenthalt minderjähriger Kinder in den USA als ständig und damit schädlich im Sinne der Gesetzesbestimmung. Er führte wörtlich aus, dass es nicht zweifelhaft sein könne, dass ein sich über volle zwei Jahre erstreckender Auslandsaufenthalt der Kinder als ständig im Sinne des Gesetzes 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 Aufenthalt in den USA teilte. Dabei hielt sich der Sohn während der Sommerferien 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 auch später tatsächlich in Angriff genommen haben. Trotzdem beurteilte das Höchstgericht auch diesen Aufenthalt als schädlich (VwGH 20.6.2000, 98/15/ 0016).

Im streitgegenständlichen Fall handelt es sich bei den Aufenthalten der Söhne in Österreich um Aufenthalte in den Ferienmonaten. Das Verbringen solcher Zeiten in Österreich ist jeweils als vorübergehende Abwesenheit vom Aufenthaltsort im Ausland zu beurteilen. Dadurch wird nach Auffassung des UFS der ständige Aufenthalt der Söhne in den USA nicht unterbrochen (vgl. auch VwGH vom 22.4.2009, 2008/15/0323).

Auch der Verfassungsgerichtshof 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 zu dem Ergebnis gekommen, 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 Anspruch vermittelnden Kindes zum Inland binde und hierbei auf dessen Aufenthalt abstelle, keine verfassungsrechtlichen Bedenken erwecke.

Da die Kinder gegenständlich jeweils über einen Zeitraum von mindestens zwei Schuljahren zum Haushalt der Großmutter bzw. teilweise auch der Mutter in Florida gehörten, ist ihr Aufenthalt in den USA gemäß ständiger höchstgerichtlicher Rechtsprechung unzweifelhaft als ständiger im Sinne des § 5 Abs. 4 FLAG zu beurteilen.

Die Ferienaufenthalte der Kinder beim Bw in Österreich unterbrechen den gewöhnlichen Aufenthalt in den Vereinigten Staaten nicht, sodass die Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen auch für die Ferienzeiten zu Recht erfolgte. Die Frage der überwiegenden Kostentragung brauchte somit nicht mehr geklärt zu werden.

Da zwischen den Parteien des Verfahrens nunmehr (seit Erlassung einer Berufungsvorentscheidung) Einvernehmen darüber besteht, dass Sohn H seinen Auslandsaufenthalt nicht bereits im März sondern erst im Oktober 2006 angetreten hat, war der Rückforderungsbetrag daher in teilweiser Stattgebung der Berufung von bisher € 15.590,- auf € 14.139,50 zu reduzieren.

Der Rückforderungsbetrag errechnet sich wie folgt:

Name des Kindes	Geburtsdatum	Art	Zeitraum	Betrag in €
David James	1993	FB	3/06-5/08	3.534,30
David James	1993	KAB	3/06-5/08	1.374,30

Douglas	1991	FB	3/06-5/08	3.879,90
Douglas	1991	KAB	3/06-5/08	1.374,30
Harry	1990	FB	10/06-4/08	3.009,60
Harry	1990	KAB	10/06-4/08	967,10
Rückforderungsbetrag insgesamt daher				14.139,50

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

Salzburg, am 8. Juni 2010