



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Herrn X in XY, vom 5. April 2012, gerichtet gegen den Abweisungsbescheid des Finanzamtes Graz-Stadt vom 8. März 2012 betreffend eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages ab 1. Oktober 2011 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Im Zuge der Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe gab der Berufungswerber an, dass seine Tochter M die islamische Mittelschule Behram- Begova in Tuzla (Bosnien-Herzegowina) seit Oktober 2011 besucht.

Mit Bescheid vom 8. März 2012 wies das Finanzamt Graz-Stadt den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für die Tochter M ab Oktober 2011 ab. Als Begründung wurde zusammenfassend ausgeführt, dass gemäß [S. 5 Abs. 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967](#) (FLAG) kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder bestehe, die sich ständig im Ausland aufhalten. Da M seit dem Schuljahr 2010/11 in Bosnien die Schule besucht, ist von einem ständigen Aufenthalt in Bosnien (Drittstaat) auszugehen.

Der Berufungswerber hat mit Schriftsatz vom 5. April 2012 gegen den Abweisungsbescheid das Rechtsmittel der Berufung eingebracht. Als Begründung wurde Folgendes ausgeführt:

Im bekämpften Bescheid wird für M die Familienbeihilfe (inkl. Kinderabsetzbetrag) ab 10/2011 abgewiesen.

Der Bescheid wird im Wesentlichen damit begründet, dass sich M überwiegend im Ausland aufhält und somit kein ständiger Aufenthalt in Österreich gegeben sei, da M erstmals im Schuljahr 2010/2011 eine Schule in Bosnien besuchen würde.

Das im Bescheid angeführte Schuljahr entspricht nicht den Tatsachen, denn M besucht erstmals im Schuljahr 2011/2012 eine Schule in Bosnien.

Richtig ist, dass der Berufungswerber österreichischer Staatsbürger ist und seit 1987 mit R, Staatsbürgerin von Bosnien und Herzegowina, verheiratet ist. Die Familie wohnte ursprünglich in Zwornik, Bosnien und Herzegowina und befindet sich seit 1992 in Österreich, seit 1995 in Graz.

M ist in Graz am TT.MM.1997 geboren und ist österreichische Staatsbürgerin. Richtig ist weiters, dass die Tochter M aufgrund ihrer geistigen Fähigkeiten und Neigungen seit dem Schuljahr 2010/2011 ein theologisches Gymnasium in Tuzla, Bosnien und Herzegowina besucht, dessen Schwerpunkt Ausbildung in der islamischen Religion liegt.

Tatsache ist, dass in Österreich ein solches Gymnasium mit diesem Schwerpunkt nicht existiert und das Gymnasium in Tuzla soweit absehbar das einzige Gymnasium mit dieser Schwerpunktsteilung darstellt.

Dieses Gymnasium verfügt über ein Internat, welches M besucht. Dabei befindet sich M unter der Woche im Internat. Alle 14 Tage ist Samstags schulfrei. An diesen Wochenenden ist es den Schülern erlaubt nach Hause zu fahren.

Tatsächlich nützt M jede Möglichkeit, um in diesen 14-tägigen Rhythmus von Tuzla nach Hause nach Graz zu fahren. Dabei reist sie am Freitag nach der Schule von Tuzla ab und reist erst wieder Sonntagabend von Graz ins Internat zurück. Die Fahrt dauert mit dem Bus rund acht Stunden, zeitweise wird M auch von Bekannten in die eine oder andere Richtung zurückgenommen.

Tatsache ist weiters, dass sich in Tuzla keine Familienangehörigen der Familie des Berufungswerbers befinden. Die Schule dauert vier Jahre, der Abschluss erfolgt mit der Matura.

Tatsache ist weiters, dass weder der Berufungswerber noch ein sonstiges Mitglied seiner Familie eine vergleichbare Leistung wie die Familienbeihilfe aus Bosnien erhält.

Der einzige Grund des vorübergehenden Aufenthaltes während der wöchentlichen Schulzeit in Tuzla für M ist die Anwesenheit in der Schule bzw. im Internat.

Gemäß § 2 FLAG haben Personen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich haben, für minderjährige Kinder Anspruch auf Familienbeihilfe.

Gemäß § 2 Abs. 5 FLAG gehört ein Kind zum Haushalt, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltsgeschäftigkeitsgeltung gilt nicht als aufgehoben, wenn sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält oder das Kind für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt.

Wenn nun schon die Berufsausübung an einem anderen Ort die Haushaltsgeschäftigkeitsgeltung von Kindern nicht als aufgehoben erscheinen lässt, so muss umso mehr für einen vorübergehenden Schulbesuch in Tuzla gelten. Eine andere Gesetzesauslegung wäre gleichheitswidrig und würde daher gegen Verfassungsrechte verstößen.

Selbstverständlich ist der gemeinsame Haushalt zur Familie des Berufungswerbers nach wie vor gegeben, da die vorübergehende Abwesenheit nur mit der Schulausbildung notwendigerweise verbunden ist. Keinesfalls kann angenommen werden, dass sich das Kind ständig im Ausland aufhält.

Bei richtiger rechtlicher Würdigung hätte die Behörde zum Ergebnis kommen müssen, dass der Anspruch auf Familienbeihilfe gegeben ist. Dem Berufungswerber wäre es möglich, unter Vorlage von entsprechenden Unterlagen diesen Sachverhalt nachzuweisen.

Mit Bericht vom 12. Juni 2012 legte das Finanzamt Graz-Stadt die Berufung aus verwaltungsökonomischen Gründen, ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung, dem unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung vor.

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 2 Abs. 2 des Familienlastenausgleichsgesetzes (FLAG) 1967 hat Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.

Nach dessen Abs. 5 gehört ein Kind dann zum Haushalt einer Person, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die

Haushaltzugehörigkeit gilt (unter anderem) nicht als aufgehoben, wenn sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält.

Von entscheidungswesentlicher Bedeutung ist im vorliegenden Fall jedoch auch die Bestimmung des [§ 5 Abs. 3 FLAG 1967](#), wonach kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten. Da sich die Tochter des Berufungswerbers maximal nur alle zwei Wochen für zwei volle Tage im Haushalt der Eltern aufhält, befindet sich der ständige Aufenthalt des Kindes im Ausland.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zu [§ 5 Abs. 3 FLAG 1967](#) kann zur Auslegung des Begriffes des "ständigen Aufenthaltes" auf [§ 26 Abs. 2 BAO](#) zurückgegriffen werden kann (z.B. VwGH 8.6.1982, [82/14/0047](#); So auch Nowotny in *Csaszar/Lenneis/Wanke*, FLAG, § 5 Rz 9). Danach hat eine Person den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne der Abgabenvorschriften dort, wo sie sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass sie an diesem Ort oder in diesem Lande nicht nur vorübergehend verweilt. Diese Begriffsbestimmung ist auch auf [§ 5 Abs. 3 FLAG 1967](#) anzuwenden. Denn wer sich in einem Land unter erkennbaren Umständen aufhält, dass er dort nicht nur vorübergehend verweilt, von dem muss bei objektiver Betrachtung angenommen werden, dass er sich in jenem Land ständig aufhält (vgl auch VwGH 22.4.2009, [2008/15/0323](#), VwGH 18.11.2009, [2008/13/0072](#)).

Lassen die äußereren Umstände auf eine terminlich feststehende Rückkehr nach Österreich schließen, kann eine Aufenthaltsdauer von fünf bis zu sechs Monaten im Ausland gerade noch als vorübergehender Aufenthalt angesehen werden (Nowotny in *Csaszar/Lenneis/Wanke*, FLAG, § 5 Rz 9, unter Bezugnahme auf VwGH 24.6.2010, [2009/16/0133](#)).

Im Erkenntnis des VwGH vom 20. Juni 2000, [98/15/0016](#) wurde Folgendes ausgeführt:

Bei einem Aufenthalt zum Zwecke des Schulbesuches vom Herbst 1991 bis zum Jänner 1993 ging der Verwaltungsgerichtshof von einem ständigen Aufenthalt im Ausland aus. Ein einjähriger Auslandsaufenthalt etwa zum Zwecke eines einjährigen Schulbesuches im Ausland ist nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes als ständiger Aufenthalt im Ausland anzusehen (vgl. auch Kuprian, Kein Familienbeihilfenanspruch bei Ausbildung eines Kindes in einem „Drittland“, in UFS Journal 2011/10,371).

Im Erörterungsgespräch am 23. Oktober 2012 verwies der Berufungswerber darauf, dass seine beiden anderen Kinder ebenfalls die islamische Mittelschule in Bosnien besuchten, aber dafür die Familienbeihilfe vom Finanzamt im Berufungsverfahren zugesprochen worden war.

Dies kann der Berufung jedoch nicht zum Erfolg verhelfen, da gemäß [§ 5 Abs. 3 FLAG 1967](#) kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten und eine frühere unrichtige rechtliche Beurteilung durch das Finanzamt kann nämlich niemand

für sich einen Anspruch auf vergleichbare Rechtswidrigkeit ableiten (vgl. die Erkenntnisse des VwGH vom 11. Juni 1991, [87/14/0133](#) und 6.11.1991, 91/13/0074).

Auch das in der Berufungsschrift gerügte unrichtig angeführte Schuljahr 2010/11 (richtig 2011/12) hat keine Auswirkung, da die Familienbeihilfe im Spruch richtig ab Oktober 2011 eingestellt wurde.

Im Hinblick auf die behauptete Verfassungswidrigkeit ist zu sagen, dass die Überprüfung von Gesetzen auf ihre Verfassungskonformität nicht den Verwaltungsbehörden und somit auch nicht den unabhängigen Finanzsenat ([§ 1 Abs. 1 UFG](#)), sondern unter Bedachtnahme auf [Art. 144 Abs. 1 B-VG](#) dem Verfassungsgerichtshof obliegt. Der unabhängige Finanzsenat als Abgabenbehörde zweiter Instanz hat die geltenden gesetzlichen Bestimmungen unabhängig von deren Verfassungskonformität zur Anwendung zu bringen.

Im ähnlich gelagerten Fall hat der Verfassungsgerichtshof die Beschwerde mit Beschluss vom 29. November 2011, B 1087/11-3, abgelehnt und diese dem Verwaltungsgerichtshof gemäß [Art. 144 Abs. 3 B-VG](#) zur Entscheidung abgetreten.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 2. Jänner 2012, 2012/16/0008, diese Beschwerde (Auslandsaufenthalt von einem Jahr ist kein vorübergehender, sondern ein dauernder Aufenthalt) ebenfalls abgewiesen.

Hinsichtlich der doch sehr hohen Kosten für den Auslandsaufenthalt des Kindes wird hingewiesen, dass Unterhaltsleistungen für Kinder, für die kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht, grundsätzlich bei der Ermittlung des Einkommens (§ 2 Abs. 2 EStG) als außergewöhnliche Belastungen abziehbar sein können.

Die Berufung musste daher, wie im Spruch geschehen, als unbegründet abgewiesen werden.

Graz, am 25. Oktober 2012