



## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 12., 13. und 14. Bezirk und Purkersdorf betreffend Familienbeihilfe ab 1. Oktober 2001 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Strittig ist im vorliegenden Fall, ob dem Berufungswerber (Bw.) für seine Tochter B., geb. am 17.11.1983 in Br, die Familienbeihilfe ab Oktober 2001 zusteht.

Der Bw. ist von der Kindesmutter geschieden, hat aber laut Bescheid vom 21. März 2001 (rechtskräftig seit 26.9.2000) für seine Tochter das Obsorgerecht. Die Tochter wohnte aber weiterhin bei ihrer Mutter in P., Slowakei. Als Grund dafür wurde der schlechte Gesundheitszustand der Tochter angegeben (Verdauungsprobleme und in der Folge mentale Anorexie). B. besuchte in P. ein französisches Gymnasium. Später wohnte sie in Prag in einem Studentenwohnheim und besuchte dort ebenfalls ein französisches Gymnasium. Nach dessen Abschluss begann sie im Studienjahr 2003/04 an der UNI Bratislava mit einem Architekturstudium.

Der Bw., ein slowakischer Staatsbürger, war laut Versicherungsdatenauszug der österreichischen Sozialversicherung vom 1. September 1998 bis 30. Juni 1999 am Institut T. beschäftigt. Seit 1. Juli 1999 arbeitet er am Institut M. in Wien. Der Dienstvertrag wurde bis 31. Juli 2004 verlängert (Schreiben des Institutes M., Universität Wien, vom 15. Juli 2002).

Laut einem – im Akt aufliegenden - aus dem Tschechischen übersetzten rechtskräftigen Bescheid vom 3. August 2000 lebt der Bw. in Bratislava, ist jedoch die meiste Zeit in Wien und verbringt lediglich seinen Urlaub in Bratislava. Der Bw. leiste ununterbrochen Unterhalt und die Mutter zahle die Schulkosten.

Das Finanzamt wies den Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe für seine Tochter B. ab Oktober 2001 mit folgender Begründung ab:

"Gemäß § 2 Abs. 8 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) haben Personen für Kinder, die sowohl im Bundesgebiet als auch im Ausland einen Wohnsitz 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. Da sich Ihre Tochter B. nicht ständig im Bundesgebiet aufhält und die Schule in Prag besucht, wird Ihr Antrag auf Familienbeihilfe abgewiesen."

Der Bw. erhob gegen den Bescheid fristgerecht Berufung und führte dazu aus:

"...Meine Tochter, B.B., lebt in Prag und besucht dort die Schule aufgrund ihrer Gesundheitsprobleme. 1990 wurde meine Ehe mit M.B., der Mutter von B., geschieden. Die elterliche Sorge für die minderjährige B. wurde der Kindesmutter übertragen. B. hat mit ihrer Mutter in P. gelebt. 1998 sind erstmals Verdauungsprobleme zum Vorschein gekommen, welche in mentaler Anorexie eskalierten. Die Erkrankung wurde zuerst von einem Facharzt in P. behandelt. Später, als die Krankheit weiter fortgeschritten war, kam B. ins Krankenhaus (P., Dezember 1998) und kurz danach sogar in eine zweimal wegen einer weiteren Verschärfung ihres Zustandes in der Kinderpsychiatrie der Fakultätsklinik in Prag (Februar 1999 – Juni 1999 und Dezember 1999 – Februar 2000). Bis Frühling 2000 war ihr Befinden nicht besser geworden, und im Februar 2000 war sie aus dem Krankenhaus nur bedingt entlassen worden. Auf Empfehlung des Arztes wechselte sie ins Französische Gymnasium in Prag. Das Krankenhaus hat für sie eine Wohnung im christlichen Jugendheim besorgt. Die Entlassung aus dem Krankenhaus wurde an die Bedingung geknüpft, dass B. regelmäßig den Facharzt besucht. Momentan ist ihr Gesundheitszustand künstlich stabilisiert. Im Jahre 2000 wurde die elterliche Sorgepflicht für die minderjährige B.B. dem Kindesvater Dr.B. übertragen, der in Wien arbeitet und wohnt... Wegen den sensiblen Gesundheitszustandes von B.B. und der großen Sorge, dass sich ihr Zustand wieder verschlechtern könnte, blieb B. allein in Prag, um dort das französische Gymnasium weiterhin zu besuchen. Außerdem sind die kommenden Schuljahre 2001/02 und 2002/03 Maturajahre (die Matura ist zweigeteilt). Ein Wechsel in das französische Gymnasium in Wien würde für das Kind eine riesige Belastung aufgrund der rasanten Umstellung bedeuten.

B.B. gehört natürlich auch zu unserem Familienkreis, und wir begrüßen die Möglichkeit sehr, dass sie ständig bei uns wohnt. Derzeit ist es ihrem Gesundheitszustand zufolge für sie besser die Schule in Prag weiter zu besuchen und zum Abschluss zu bringen..."

Das Finanzamt erließ am 18. Juli 2002 eine Berufungsvorentscheidung und wies die Berufung mit folgender Begründung ab:

"Gemäß § 2 (1) Familienlastenausgleichsgesetz haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Haushalt haben, grundsätzlich Anspruch auf Familienbeihilfe – soweit auch alle übrigen Voraussetzungen vorliegen. In der Begründung des von Ihnen angefochtenen Bescheides wurde Ihnen bereits zur Kenntnis gebracht, dass Personen, welche sowohl im Bundesgebiet als auch im Ausland einen Wohnsitz haben, nur dann einen Anspruch haben, wenn Sie den Mittelpunkt Ihrer Lebensinteressen im Bundesgebiet haben und sich die Kinder ständig im Bundesgebiet aufhalten. Gemäß § 5 (4) – bzw. Abs. 3 (in der ab 1.1.2001 geltenden Fassung) FLAG 1967 – besteht ebenfalls kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten. Den Mittelpunkt der Lebensinteressen hat eine Person dabei in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.

Da es sich bei Ihrer Inlandstätigkeit, wie es sich aus der Aktenlage ergibt (laut Bestätigung von C. vom November 2000 sind Sie bei diesem Unternehmen seit Sept. 1998 – bzw. bis mindestens 2002 beschäftigt) offensichtlich nur um eine vorübergehende, wenngleich auch möglicherweise längerfristige Beschäftigung handelt, erscheint auch im Hinblick auf die berufliche Tätigkeit Ihrer jetzigen Frau die wirtschaftliche und auch persönliche Beziehung Ihrer Familie (fester Wohnsitz, Bezüge und Arbeitsplatz ihrer Frau) immer noch stärker zur Slowakei gegeben. Ihre Frau ist in der Slowakei bei einer Bank beschäftigt und wurde von Ihnen zuletzt als im Karenzurlaub befindlich gemeldet. Aus dem Urteil des Bezirksgerichtes P. vom 3. August 2000 ist ersichtlich, dass Sie als Forschungsarbeiter tätig sind und in Bratislava Ihren festen Wohnsitz haben. Im Urteil ist weiter vermerkt, dass Sie in Bratislava leben, jedoch die meiste Zeit in Wien (eben zur Zeit beruflich) sind und dass Sie lediglich den Urlaub in Bratislava verbringen.

Da Ihre Frau nach Beendigung des Karenzurlaubes vermutlich früher oder später wenn nicht sogar gleich anschließend die Beschäftigung bei der Bank wieder aufnehmen wird, der gemeinsame familiäre – feste Wohnsitz – in der Slowakei auch nicht aufgegeben wurde, das Kleinkind sich mit der Mutter sicherlich zeitweilig zumindest in der Slowakei aufhalten wird und dort wohl auch ärztliche Betreuung und Impfungen erhalten hat, liegt der Mittelpunkt Ihrer Lebensinteressen nach Meinung des Finanzamtes auf Grund der persönlichen Beziehungen (Berufstätigkeit der Frau und gemeinsamer Wohnsitz in der Slowakei). Außerdem kann auch Ihre jetzige Frau als Stiefmutter Sorgepflichten betreffend Ihre Tochter B. aus Ihrer früheren geschiedenen Ehe wahrnehmen, wobei ja im Fall von B. aus österr. Sicht bis heute und auch für die nächste Zeit ein ständiger Auslandsaufenthalt vorliegt, weshalb für sie ein Beihilfenanspruch derzeit auszuschließen ist. Hinzu kommt noch, dass bei B. die Beziehung zur leiblichen Mutter weiterhin aufrecht bleiben wird und besonders bei ihr auch die persönlichen Beziehungen zur Heimat (insbesondere betreffend die Sprache, Freunde und Kultur) für ihren schulischen Fortschritt von wesentlicher Bedeutung sein werden.

Letztlich halten Sie sich in Österreich tatsächlich nur auf Grund der vorübergehenden Tätigkeit im Inland auf, weshalb auf Grund Ihrer persönlichen wie familiären Situation ein Familienbeihilfenanspruch gemäß § 2 Abs. 8 FLAG nicht besteht, wobei die Frage offen ist, ob Sie oder Ihre jetzige Frau (in Ihrer Eigenschaft als Stiefmutter wie auch als Arbeitnehmerin in der Slowakei) nicht grundsätzlich Kindergeldanspruch nach Übernahme der Sorgepflicht für B. in der Slowakei haben, weil Sie ja den festen Familienwohnsitz dort (bis heute) beibehalten (haben).

Der Bw. erhob gegen die Berufungsvorentscheidung mit Schreiben vom 31. Juli 2002 eine als Vorlageantrag zu wertende Berufung und führte dazu aus:

"Zum einen, weil Ihre Ausführungen auf einer nicht aktuellen Aktenlage und des weiteren auf bloßen und falschen Vermutungen basierten.

Der einzige gemeinsame Haushalt meiner Familie liegt in Wien! Es existiert zwar ein "formaler Wohnsitz" in Bratislava, aber auch nur aus dem Grund, weil es sich um eine Eigentumswohnung handelt, die wir damals wie heute nicht verkaufen wollen, da ein möglicher Kaufpreis viel zu gering ausfiele. Um diese Eigentumswohnung vermieten zu können, müssen wir nach slowakischem Recht in Bratislava gemeldet sein. Es passierte sogar vor nicht all zu langer Zeit, dass ich während eines berufsbedingten Aufenthaltes in Bratislava in einem Hotel nächtigen musste!

Die Karenzzeit meiner Frau wird am 16. August 2002 enden. Dass Sie das automatisch gleichsetzen mit einer Rückkehr in die Slowakei ist mir unverständlich. Außerdem hat sich meine Frau bereits auf Arbeitssuche begeben, um in Wien einem Job nachzugehen. Ihr Arbeitgeber in Bratislava (TB, Hr.P., ...) wurde schriftlich davon in Kenntnis gesetzt, dass sie **nicht** nach Bratislava zurückkehren wird!

Mein Arbeitsvertrag mit dem Institut M. wurde bis mindestens Ende August 2004 verlängert. Es ist aber bereits jetzt schon offensichtlich, dass meine Tätigkeit über diesen Zeitraum hinausgehen wird. Aber, aufgrund der universitären Gesetzmäßigkeit sind längerfristige Arbeitsverträge schwer bis gar nicht möglich.

Meine jüngste Tochter, Zuzana, besucht bereits fast ein Jahr lang den Kindergarten KIWI in W. .... Das Kind hat sich in Wien so sehr eingewohnt, dass wir es nicht aus ihrer gewohnten Umgebung reißen wollen. Außerdem erfüllt meine Frau die vorgeschriebenen Besuche beim Kinderarzt und sämtliche Pflichtimpfungen. Vor allem das sollte Ihnen anzeigen, dass wir auch in weiterer Zukunft in Wien, und somit in Österreich bleiben werden.

Seit August 2000 zählt meine Tochter B. zu unserem gemeinsamen Haushalt in Wien. Seither kam sie auch so oft es ging bzw. es ihre Gesundheit erlaubte, "nach Hause" nach Wien. Aufgrund ihrer psychologisch bedingten Krankheit (Sie kennen die Gründe hierfür bereits) wollte ich Sie nicht aus der Schule in Prag nehmen, um ihr endlich Kontinuität in ihrem noch so jungen Leben geben zu können. In Prag wird sie aber wie eine Ausländerin behandelt. Im Juni 2003 wird B. am dortigen französischen Gymnasium ihre Abschlussprüfung machen, um danach hier in Wien zu studieren.

Heute erst wurde uns ihr Visum für weitere zwei Jahre Aufenthalt in Österreich von der Fremdenpolizei bestätigt.

B. zählt zu meinem Haushalt, der hier in Wien ist und wird es auch in Zukunft tun..."

Der Bw. übermittelte - zur Untermauerung, dass sein Lebensmittelpunkt Wien sei – folgende Unterlagen:

- Kopien von an seiner Tochter Z. in Wien vorgenommenen Schutzimpfungen
- Kopie der Niederlassungsbewilligung vom 24.7.2004 für die Tochter B.
- aus dem Tschechischen übersetztes Schreiben, aus dem hervorgeht, dass das Dienstverhältnis zwischen der TB in Bratislava und seiner jetzigen Gattin zum Stichtag 16. August 2002 beendet wurde.

In einem weiteren Schreiben teilte der Bw. mit, dass die Eigentumswohnung in Bratislava seit Sommer 2002 vermietet sei, weshalb seine Familie nur in Wien ansässig sei.

Die beiden Töchter (B. und Z. ) seien bei der Wiener Gebietskrankenkasse bei ihm mitversichert.

Mit Schreiben vom 7. Mai 2004 ersuchte der Bw. um Gewährung der Ausgleichszahlung der Familienbeihilfe für seine Kinder B. und M.

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

#### **1. Rechtsgrundlagen**

Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG hat die Person Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind, 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 § 2 Abs. 5 FLAG gehört ein Kind dann zum Haushalt einer Person, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt.

Gemäß § 2 Abs. 5 lit. a FLAG gilt ein Kind noch als haushaltsgerechtig, wenn es sich nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält.

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

## **2. Ständiger Auslandsaufenthalt iSd § 5 Abs. 3 FLAG**

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes 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 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).

Dem würde auch nicht entgegen stehen, wenn das Kind beispielsweise die Ferien in Österreich verbracht hätte; dies wäre jeweils als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, wodurch der ständige Aufenthalt des Kindes im Ausland nicht unterbrochen wird (vgl. insbesondere die 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).

## **3. Folgender Sachverhalt steht fest:**

- Die Tochter des Bw. wohnt seit ihrer Geburt in der Slowakei. Nach der elterlichen Scheidung lebte sie weiterhin bei der Mutter.
- Auch nach der Übertragung des Sorgerechtes im Jahr 2000 auf den Bw. blieb die Tochter weiterhin in der Slowakei und besuchte dort ein französisches Gymnasium. Im Studienjahr 2003/2004 begann sie in Bratislava mit einem Architekturstudium.
- Der Bw. arbeitet seit 1998 in Österreich.
- Er leistet für B. laufend Unterhaltszahlungen.

## **4. Rechtliche Würdigung**

Nach der Aktenlage steht somit eindeutig fest, dass sich die Tochter des Bw. jedenfalls ab Oktober 2001 ständig im Ausland aufgehalten hat. Dies steht aber nach dem oben angeführten § 5 Abs. 3 FLAG der Gewährung von Familienbeihilfe entgegen, wobei es hierfür ohne Bedeutung ist, in welchem Staat der Bw. selbst seinen Mittelpunkt der Lebensinteressen hat.

Es wird darauf hingewiesen, dass Steuerpflichtigen, die für ein nicht ihrem Haushalt zugehöriges Kind den gesetzlichen Unterhalt leisten, grundsätzlich der Unterhaltsabsetzbetrag nach § 33 Abs. 4 Z 3 lit. b EStG zusteht oder ein (teilweiser) Abzug der Unterhaltskosten als außergewöhnliche Belastung nach § 34 EStG möglich ist.

Bemerkt wird, dass im Rahmen dieser Berufungsentscheidung über die Rechtslage vor dem EU-Beitritt der Slowakei zu entscheiden war. Es konnte somit nicht geprüft werden, ob und in welcher Höhe eine Differenzzahlung nach § 4 FLAG zusteht. Hierüber ist von der Abgabenbehörde erster Instanz abzusprechen.

Wien, am 13. März 2006