



## Bescheid

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vertreten durch R.B.G., Steuerberatungsgesellschaft, 1040 Wien, Operngasse 23/19, gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 4/5/10 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. September 2001 bis 31. März 2004 entschieden:

Der angefochtene Bescheid und die Berufungsvorentscheidung werden gemäß § 289 Abs. 1 der Bundesabgabenordnung (BAO), BGBl Nr. 1961/194 idGf, unter Zurückweisung der Sache an die Abgabenbehörde erster Instanz aufgehoben.

### Begründung

Der Berufungswerber (Bw.) bezog für seine Kinder R, geb. am 23.4.1995, und E, geb. am 12.2.1999, Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge im Zeitraum 1. September 2001 bis 31. März 2004.

Für die Tochter E wurde auch der Erhöhungsbetrag zur Familienbeihilfe infolge 50%iger Behinderung bezogen.

Das Finanzamt erließ am 22. Oktober 2004 einen Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge für diesen Zeitraum und führte zur Begründung wörtlich aus:

"Gemäß § 2 (8) FLAG 1967 haben Personen, 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 festgestellt wurde, dass sich Ihre Kinder seit 09/2001 nicht mehr ständig im Bundesgebiet aufhalten, war wie oben zurückzufordern."

Die steuerliche Vertretung des Bw. erhab mit Schreiben vom 19. November 2004 Berufung und führte Folgendes aus:

"...Herr Dr.G.G. ist österreichischer Staatsbürger und hat seinen Wohnsitz in W.. Diese Wohnung wurde weder aufgegeben noch vermietet und stand daher ständig zur Verfügung.

Weiters stellen wir fest, dass sich die Fam.G. nur zeitweilig, also zeitlich begrenzt, im Ausland (USA) aufgehalten hat. Der Mittelpunkt der Lebensinteressen befand sich weiters im Bundesgebiet, lediglich aus den unten angeführten medizinischen Gründen kam es zu längeren Auslandsbesuchen.

Der zeitweilige Aufenthalt der Kinder im Ausland war bedingt durch die chronische Stoffwechselkrankheit Tyrosinämie Type I, an der Tochter E leidet. Diese unheilbare Krankheit ist äußerst selten und betrifft weltweit nur etwa 250 Kinder. E ist zu 60 % behindert und benötigt ein extrem kostspieliges lebenserhaltendes Medikament (NTBC – Kosten ca. 40.000 Euro pro Jahr) und eine ebenfalls sehr teure proteinarme Diät. In den USA war die Tochter E Teil einer Studie bei Dr.W. am Boston Childrens Hospital und bei Dr.B. in Portland.

Die Fam.G. musste das Leben rund um die häufigen Reisen zwischen ihrem Hauptwohnsitz in Wien und dem Appartement in Neu-England organisieren. Der Mittelpunkt der Lebensinteressen war und ist dabei immer der Hauptwohnsitz in Wien geblieben. Während E's zeitweiligen Aufenthalts in Boston wurden alle Behandlungskosten von einer amerikanischen Versicherung übernommen – und nicht mit der in Österreich vorhandenen Pflichtversicherung (WGKK) abgerechnet. Damit konnte dem österreichischen Staat und dem Steuerzahler sehr viel Geld erspart werden, während Herr Dr.G. als Familienerhalter seiner Steuerpflicht sowohl in den Vereinigten Staaten als auch in Österreich pünktlich und in vollem Ausmaß nachgekommen ist. Seit Jänner 2004 sind sowohl die Studie als auch die wiederholten Auslandsaufenthalte beendet.

Bei einer so ernsten Krankheit, die unbehandelt zum Tod führt, ändern sich naturgemäß die Lebensumstände einer Familie, manchmal mitunter dramatisch. Die Fam.G. musste ihr gesamtes Leben (Beruf, Reisen, Schule etc.) nach der Krankheit der Tochter E ausrichten. So musste Sohn R zeitweise sein Schulbildung in einer amerikanischen Privatschule absolvieren, Herr Dr.G. verstärkt in Amerika beruflich tätig werden und seine österreichische Karriere teilweise vernachlässigen, alles unter dem Vorzeichen, dass eine plötzliche Änderung im Blutbild der Tochter dem Familienleben eine neue Wendung geben könnte. Dafür auch noch von der Steuerbehörde mit dem Entzug einer Transferleistung bestraft zu werden, die für viele "gesunde" Familien selbstverständlich ist, ist nicht nur unfair sondern auch in höchstem Maße unmenschlich."

Das Finanzamt erließ am 16. August 2005 eine Berufungsvorentscheidung und wies die Berufung – unter Verweis auf § 2 Abs. 8 FLAG 1967 – mit der Begründung ab, dass sich die Kinder nicht ständig im Bundesgebiet aufhalten würden. Dieser Tatbestand wäre durch das Berufungsschreiben noch untermauert worden.

Der Bw. stellte fristgerecht den Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz und führte begründend aus:

"Ich weise nochmals darauf hin, dass ich und meine Kinder den Lebensmittelpunkt in Österreich hatten und sich ausschließlich im Bundesgebiet aufgehalten haben, mit Ausnahme von unbedingt erforderlichen medizinischen Behandlungen in den USA. Deshalb ist § 2/8 FLAG inhaltlich und sinngemäß erfüllt.

Die Krankenbehandlung im Ausland war notwendig, da sich die maßgeblichen Experten in den USA befinden und eine Verbesserung des Gesundheitszustandes bei so seltene genetisch bedingten Krankheiten nur möglich ist, wenn der Patient an bestimmten Studien teilnimmt. Die Kinder waren nicht ständig in den USA, die Auslandsaufenthalte dienten in ihrer zeitlichen Abfolge der Behandlung und der Stabilisierung des Krankheitsverlaufes, außerdem war eine Betreuung unserer Kinder in dieser Zeit unerlässlich. Eine optimale Behandlung für diese seltene Krankheit ist derzeit nur in den USA gegeben, was ermöglicht hat, dass meine Tochter sich nun in einem stabilen Allgemeinzustand befindet. Diese Aufenthalte waren zeitlich befristet mit den Behandlungszeiträumen, entsprechende Unterlagen und

medizinische Zeugnisse bin ich bereit vorzulegen. Nach Ende der Therapien kehrte die Tochter und mit ihr der Rest der Familie jedes Mal nach Österreich zurück. Beide Kinder sind seit 2004 in österreichischen Schulen eingeschrieben.

Es kann wohl nicht Sinn des Gesetzes sein, dass eine Behandlung in einem ausländischen Klinikum den Verlust der Familienbeihilfe nach sich zieht. Ein solches Vorgehen erscheint mir unmenschlich und kann nicht die Absicht des Gesetzgebers reflektieren..."

Der Bw. beantragte weiters in diesem Vorlageantrag die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

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

Gemäß § 5 Abs. 3 FLAG steht Familienbeihilfe nicht für Kinder zu, die sich ständig im Ausland aufhalten.

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).

Gemäß § 289 Abs. 1 BAO kann die Abgabenbehörde zweiter Instanz die Berufung durch Aufhebung des angefochtenen Bescheides sowie allfälliger Berufungsvorentscheidungen unter Zurückweisung der Sache an die Abgabenbehörde erster Instanz erledigen, wenn Ermittlungen unterlassen wurden, bei deren Durchführung ein im Spruch anders lautender Bescheid hätte erlassen werden oder eine Bescheiderteilung hätte unterbleiben können.

Wie aus dem oben dargestellten Sachverhalt ersichtlich ist, wurde Familienbeihilfe sowie Kinderabsetzbetrag vom Finanzamt mit der Begründung rückgefordert, es sei festgestellt worden, dass sich die Kinder des Bw. seit September 2001 nicht mehr ständig im Bundesgebiet aufhalten.

Auf welche genauen Umstände sich diese Annahme gründet, hat das Finanzamt in seinem Bescheid nicht dargelegt.

Der Bw. bringt vor, dass er sich mit seiner Familie nur zeitweilig, also zeitlich begrenzt, im Ausland aufgehalten habe. Der Mittelpunkt der Lebensinteressen habe sich weiters im Bundesgebiet befunden, lediglich aus den dargelegten medizinischen Gründen sei es zu längeren Auslandsbesuchen gekommen. Die Kinder hätten sich also ausschließlich im Bundesgebiet aufgehalten, mit Ausnahme von unbedingt erforderlichen medizinischen Behandlungen in den USA. Seit Jänner 2004 seien die wiederholten Auslandsaufenthalte beendet.

Auf diese Vorbringen ist das Finanzamt in keiner Weise eingegangen. Insbesondere wurden keine Erhebungen über die genaue Dauer des Auslandsaufenthaltes getätigt (der im Übrigen nach den Ausführungen in der Berufung bereits im Jänner 2004, also vor dem Ende des Rückforderungszeitraumes geendet hat).

Im fortgesetzten Verfahren wird also zu überprüfen sein, in welchem zeitlichen Umfang sich die Kinder tatsächlich im Ausland aufgehalten haben. Sollte dabei hervorkommen, dass die Kinder in den USA länger dauernd (ein Schuljahr wird hierfür analog der Sechsmonatsfrist des § 26 Abs. 2 BAO jedenfalls ausreichend sein) die Schule (den Kindergarten) besucht haben, wird für diesen Zeitraum ein ständiger Auslandsaufenthalt angenommen werden können.

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

Ohne Bedeutung ist es auch, ob der Auslandsaufenthalt durch die Erkrankung der Tochter bedingt war, da es nur auf das Faktum des ständigen Aufenthalts im Ausland ankommt, nicht aber auf dessen Ursache.

Da also der Sachverhalt nur äußerst fragmentarisch geklärt ist, ist es zweckmäßig, dass die Ermittlungen von der Abgabenbehörde erster Instanz durchgeführt werden. Der Vorlageantrag wurde erst vor rund zwei Monaten eingebracht; somit ist durch die Aufhebung keine Verzögerung des Berufungsverfahren zu erwarten, weshalb auch keine überwiegenden Parteiinteressen dem entgegen stehen.

Von der fristgerecht beantragten mündlichen Verhandlung konnte nach § 284 Abs. 5 iVm Abs. 3 BAO abgesehen werden.

Wien, am 25. November 2005