



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., W., gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 3/11 Schwechat Gerasdorf betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. Februar 2010 bis 31. Dezember 2011 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Die Berufungswerberin (Bw.) bezog für ihre Tochter F., geb. 1993, bis 31. Dezember 2011 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge.

Im Zuge der Überprüfung der Anspruchsvoraussetzungen stellte das Finanzamt fest, dass die Tochter der Bw. bis Ende Jänner 2010 (Zeugnis vom 29. Jänner 2010) in Wien zur Schule ging und seit Februar 2010 das Lycée B. in Beirut besucht. Sie wohnt dort bei ihrer Tante Fa K. X. in D. Die Bw. bezahlt nach ihren eigenen Angaben für den Lebensunterhalt von F. (Lebensmittel, Transport, Schulbücher) monatlich 150 Euro.

Das Finanzamt forderte von der Bw. mit Bescheid vom 23. Februar 2012 die für den Zeitraum Februar 2010 bis Dezember 2011 bezogenen Familienbeihilfen- und Kinderabsetzbeträge mit folgender Begründung zurück:

"Gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) haben Personen Anspruch auf Familienbeihilfe für ein 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.

Gemäß § 2 Abs. 8 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) haben Personen nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Inland haben.

Eine Person hat den Mittelpunkt der Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat. Bei der Beurteilung, ob eine Person den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Bundesgebiet hat, sind nicht so sehr die wirtschaftlichen Interessen dieser Person, sondern vielmehr die persönlichen Beziehungen dieser Person, die sie zum Bundesgebiet hat, von ausschlaggebender Bedeutung."

Die Bw. erhob gegen den Rückforderungsbescheid mit folgender Begründung Berufung:

"Wir haben das Glück, unserer Tochter einen Schulbesuch am Mittelmeer auf einer französischen Eliteschule mit ausgezeichneten Zukunftsaussichten zu ermöglichen. Dass sie die Chance erhält, diese Ausbildung zu absolvieren, ist der Unterstützung des Großvaters väterlicherseits zu verdanken, der die Schulkosten übernimmt, für die wir sonst mit unserer Finanzlage unmöglich aufkommen könnten. Unser Beitrag ist, dass wir für unsere Tochter 150,00 Euro monatlich rein an Kostgeld bezahlen (Essen, Trinken). Hinzu kommen Schulbücher, Kleidung, Transport, Prüfungsgebühren, Kopiergeld etc. (variable Kosten, die wir auch bezahlen), sowie Taschengeld für etwaige Theaterbesuche usw. Die Belastung inkl. variabler Kosten beträgt monatlich 400,00 Euro.

Da wir im Antrag den Punkt bezüglich Unterhaltskosten missverstanden haben, gaben wir nur das reine Kostgeld von 150,00 Euro an, und mit diesem Betrag ist es unmöglich, in diesem Land ein halbwegs normales Leben führen zu können.

Das Lebensinteresse unserer Tochter besteht sehr wohl in Österreich, da sie fast alle Ferien in Wien verbringt (3x/Jahr), bei dieser Gelegenheit übergeben wir ihr jeweils das Geld, das sie für ihr Aufkommen benötigt, um die sehr teuren Überweisungskosten einzusparen. Sie schließt dieses Semester mit der franz. Matura (Bac francais), die in der EU anerkannt wird, einschließlich der deutschen Matura, um im Anschluss daran hier an der Universität studieren zu können..."

Das Finanzamt erließ am 23. April 2012 eine Berufungsvorentscheidung; trotz der widersprüchlichen Spruchgestaltung „Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen. Der Bescheid wird aufgehoben“ ist aus der unten wiedergegebenen Begründung ersichtlich, dass eine Abweisung der Berufung erfolgte:

"Gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) haben Personen Anspruch auf Familienbeihilfe für ein 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. Tochter F. lebt im gemeinsamen Haushalt der Tante, da sie die Schulausbildung in Beirut absolviert. Da keine Anspruchsvoraussetzung für den Bezug der Familienbeihilfe vorliegt – kein gemeinsamer Haushalt mit der Kindesmutter – war die Berufung abzuweisen."

Die Bw. stellte fristgerecht einen Vorlageantrag, dies mit folgender Begründung:

"Da Fa K. X. (Tante) keinen Cent für die Unterhaltskosten unserer Tochter beiträgt, lehnen wir die Anwendung des § 2 Abs 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) ab, da dieser gar nicht auf unsere Tochter zutrifft.

Wie wir im ersten Einspruch bereits geschrieben haben, bekommt die Tante Kostgeld, was den Anteil unserer Tochter an den Kosten für Miete, Essen und Strom beträgt, und das ist die Summe, die tatsächlich unsere Tochter zu der WOHN-GEMEINSCHAFT mit ihrer Tante beizutragen hat, wobei keine Kosten für die Tante entstehen, dadurch, dass unsere Tochter mit ihr zusammenwohnt.

Die Entscheidung, dass unsere Tochter mit der Tante in Wohngemeinschaft lebt, haben wir nur deswegen getroffen, weil unsere Tochter kein Einsamkeitsgefühl haben sollte, und weil sie lieber mit Blutsverwandten als mit fremden Schülern im Internat zusammenwohnen wollte. Rein aus Rücksicht auf ihr Wohlbefinden, es sollte dadurch keine finanzielle Belastung für die Tante entstehen und wir tragen ihre kompletten Unterhaltskosten.

Diesbezüglich können Sie von der Tante eine eidesstattliche Erklärung bekommen, dass sie keinen Cent für unsere Tochter ausgibt."

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

Fest steht im vorliegenden Fall, dass die Tochter der Bw. bis Ende Jänner 2010 (Semesterzeugnis vom 29. Jänner 2010) das Akademische Gymnasium in Wien und seit Februar 2010 das B. Gymnasium in Beirut besucht. Sie befindet sich somit seit mehr als zwei Jahren nicht mehr in Österreich.

Laut ZMR-Abfrage war sie vom 12. Jänner 1998 bis 18. Mai 2010 im Haushalt der Bw. mit einem Hauptwohnsitz gemeldet. Seit dem 7. Juni 2011 ist sie an derselben Adresse nur mehr mit einem Nebenwohnsitz gemeldet. Es findet sich auf dem Auszug der Vermerk "Verzogen nach Libanon".

Die Bw. führte in Beantwortung des Ergänzungsersuchens des Finanzamtes vom 13. Februar 2012 unter anderem aus, dass ihre Tochter F. sich im Sommersemester 2009/10 entschloss, ein Semester im Ausland zu absolvieren. Sie sei von dem Unterrichtssystem im Lycée B. in Beirut so begeistert gewesen, dass sie sich entschloss, auch die Matura an dieser Schule zu machen.

In ihrer Berufung vom 16. März 2012 führte sie weiters aus, dass das Lebensinteresse ihrer Tochter sehr wohl in Österreich bestehe, da sie fast alle Ferien in Wien verbringe (3 x/Jahr). Die von F. gewählte Matura (Bac francais) werde in der EU anerkannt und sie würde im Anschluss daran in Wien an der Universität studieren.

Nach [§ 5 Abs. 3 FLAG 1967](#) besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 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, wobei es auf subjektive Momente nicht ankommt. Ein Aufenthalt in dem genannten Sinne 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. VwGH 2.6.2004, [2001/13/0160](#); 20.6.2000, [98/15/0016](#)).

Aus der Rechtsprechung des VwGH geht hervor, dass ein Auslandsaufenthalt wie im Berufungsfall von mehr als zwei Jahren einen ständigen Aufenthalt im Ausland begründet und damit der Gewährung von Familienbeihilfe entgegensteht (sh. auch *Nowotny in Csaszar/Lenneis/Wanke*, FLAG, § 5 Rz 9).

So beurteilte der Gerichtshof im Erkenntnis VwGH 20.10.1993, [91/13/0175](#), den sich über volle zwei Jahre erstreckenden Auslandsaufenthalt von minderjährigen Kindern des (damaligen) Beschwerdeführers in den USA als ständig und damit schädlich im Sinne dieser Gesetzesbestimmung. Er führte wörtlich aus, dass es nicht zweifelhaft sein könne, dass ein sich über volle zwei Jahre erstreckender Auslandsaufenthalt der Kinder des Beschwerdeführers als ständig im Sinne des (damaligen) § 5 Abs. 4 FLAG 1967 (neu: Abs. 3) beurteilt werden muss.

Im Erkenntnis VwGH 24.6.2010, [2009/16/0133](#), hat der Verwaltungsgerichtshof schließlich ausgesprochen, dass bei Vorliegen äußerer Umstände, die klar auf eine zeitlich begrenzte Aufenthaltsdauer hinweisen, eine Aufenthaltsdauer von fünfeinhalb Monaten im Ausland es "gerade noch" möglich macht, von einem vorübergehenden Aufenthalt auszugehen.

Auch der Verfassungsgerichtshof hat sich in seinem Erkenntnis VfGH 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 zum Ergebnis gelangt, 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, die den Anspruch auf eine der Familienförderung dienende Transferleistung an eine Nahebeziehung des anspruchsvermittelnden Kindes zum Inland binde und hierbei auf dessen Aufenthalt abstelle, keine verfassungsrechtlichen Bedenken erwecke.

Es wird darauf hingewiesen, dass auch österreichische Staatsbürger von der einschränkenden Bestimmung des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 erfasst sind. Auch ihnen erwächst kein Anspruch auf Familienbeihilfe für sich ständig im Ausland außerhalb des Gemeinschaftsgebietes aufhaltende Kinder (vgl. VwGH 18.9.2003, [2000/15/0204](#)).

Das Verbringen der Ferien in Österreich ist als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, wodurch der ständige Aufenthalt von F. in Beirut nicht unterbrochen wird (vgl. insbesondere die ebenfalls einen mehrjährigen Schulbesuch im Ausland betreffenden Erkenntnisse des VwGH 27.4.2005, [2002/14/0050](#); 20.6.2000, [98/15/0016](#); 8.6.1982, [82/14/0047](#); 28.11.2002, [2002/13/0079](#); 2.6.2004, [2001/13/0160](#)).

Es kann daher im vorliegenden Berufungsfall bei einem mehr als zwei Jahre andauernden Aufenthalt in Beirut nicht mehr von einem nur vorübergehenden Auslandsaufenthalt gesprochen werden, weshalb das Finanzamt die Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge von Februar 2010 bis Dezember 2011 zu Recht zurückgefordert hat.

Wien, am 17. August 2012