



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Berufungswerbers, Wohnort., Straße, vom 9. November 2010 gegen den Bescheid des Finanzamtes FA vom 2. November 2010 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab 1. September 2010 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Der Beihilfenwerber beantragte beim Finanzamt die (Weiter-)Gewährung der Familienbeihilfe für seinen Sohn ab 1. September 2010. In Ergänzung seines Antrages führte er mit Schreiben vom 16. August und 14. September 2010 aus, dass sein Sohn über eigenen Wunsch ein Gymnasium in Bosnien besuche, weil er dort im islamischen Glauben unterrichtet werde. Die Ausbildung würde vier Jahre dauern. Sein Ziel sei es, nach der Rückkehr nach Österreich „hier bei uns“ den Islam zu unterrichten. Dieser Umstand (des Schulbesuches in Bosnien) wäre nicht leicht für den Beihilfenwerber und seine Frau, da das Internat ca 300 km von ihrem Wohnsitz in Bosnien entfernt gelegen sei. Der Sohn wohne während der Schulzeit (auch an den Wochenenden) im schuleigenen Internat. Er komme „höchstens in den Ferien“ zurück nach Österreich. Für die Schulkosten komme der Beihilfenwerber ebenso auf, wie für das regelmäßige „Taschengeld für Nahrung und Kleidung“. Der Sohn sei erst 15 Jahre alt und daher noch minderjährig, weshalb der Beihilfenwerber „voll unterhaltspflichtig“ sei. Der

Beihilfenwerber und seine Frau würden ständig in einem gemeinsamen Haushalt in Österreich wohnen.

Der Antrag wurde mit Bescheid vom 2. November 2010 abgewiesen. Das Finanzamt vertrat die Ansicht, dass sich der Sohn des Beihilfenwerbers „zum Schulbesuch dauernd in Bosnien“ aufhalte. Ein Aufenthalt in Österreich während der Ferien unterbreche nach der Judikatur diesen ständigen Aufenthalt nicht.

In der Berufung gegen diesen Bescheid hielt der Einschreiter fest, dass sein Sohn „hier in Österreich“ geboren sei und seit Geburt „bei uns in der Wohnung“ wohne. Er sei österreichischer Staatsbürger und halte sich ausschließlich zu Schulzwecken in Bosnien auf, habe dort jedoch nicht – wie das Finanzamt annehme – ständig seinen Wohnsitz. Der ordentliche Wohnsitz befände sich nach wie vor an der Adresse des Berufungswerbers. In einem Internat, „wo sechs Kinder in einem Zimmer wohnen und schlafen“, könne wohl nicht von einem ständigen Aufenthalt bzw Wohnsitz die Rede sein.

Das Finanzamt legte die Berufung dem Unabhängigen Finanzsenat ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung zur Entscheidung vor.

Über die Berufung wurde erwogen:

An Sachverhalt steht im gegenständlichen Fall wie folgt fest:

Der Sohn des Berufungswerbers, [Name,Geb.Dat.], besucht nach Abschluss der Hauptschule ein Gymnasium in Bosnien. Zu diesem Zweck ist der Sohn in einem Internat untergebracht, wo er während des Schuljahres (auch an den Wochenenden) wohnt. Die Ferien verbringt der Sohn – zumindest teilweise (siehe Schreiben vom 14. September 2010: „Er kommt höchstens in den Ferien zu uns nach Österreich.“) – am inländischen Wohnsitz des Berufungswerbers. Der Berufungswerber leistet für seinen Sohn Unterhalt.

In rechtlicher Hinsicht ist darauf zu verweisen, dass das Familienlastenausgleichsgesetz die materiellrechtlichen Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug der Familienbeihilfe durch einen Elternteil im Wesentlichen im [§ 2 FLAG 1967](#) regelt. Im Weiteren normiert [§ 5 FLAG 1967](#) jedoch sogenannte „Ausschlussgründe“, welche der Zuerkennung der Familienbeihilfe auch bei grundsätzlichem Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen entgegenstehen können.

Familienbeihilfenanspruch besteht demnach nur dann, wenn die Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind und kein Ausschlussgrund vorliegt.

Nach [§ 5 Abs 3 FLAG 1967](#) besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, kein Anspruch auf Familienbeihilfe. Das Finanzamt sieht gegenständlich – ohne auf das Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen näher einzugehen – den Ausschlussgrund des [§ 5 Abs 3 FLAG 1967](#) als gegeben an.

Mit der Bestimmung des [§ 5 Abs 3 FLAG 1967](#) hat sich sowohl der Verfassungsgerichtshof als auch der Verwaltungsgerichtshof in mehreren Entscheidungen auseinandergesetzt. Im Erkenntnis VfGH 4.12.2001, [B2366/00](#), führte der Gerichtshof unter Bezugnahme auf seine Vorjudikatur aus, dass eine gesetzliche Regelung, die den Anspruch auf eine der Familienförderung dienende Transferleistung an eine Nahebeziehung des anspruchsvermittelnden Kindes zum Inland bindet und hiebei auf dessen Aufenthalt abstellt, als solche keine verfassungsrechtlichen Bedenken erweckt. Solches zu normieren, steht dem Gesetzgeber im Rahmen seiner rechtspolitischen Gestaltungsfreiheit zu. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Finanzierung dieser Leistungen zu einem erheblichen Teil durch zweckgebundene, von der Lohnsumme bemessene Beiträge der Arbeitgeber erfolgt, weil sich daraus keinesfalls ableiten lässt, dass es sich bei der Familienbeihilfe um eine Art Versicherungsleistung handelt, auf deren Gewährung durch Beitragsleistung Anspruch erworben würde.

Zur oben genannten Bestimmung hat der Verwaltungsgerichtshof (vgl VwGH 8.6.1982, [82/14/0047](#)) ausgesprochen, dass zur Auslegung des Begriffes des "ständigen Aufenthaltes" auf [§ 26 Abs 2 BAO](#) zurückgegriffen werden kann. 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 Lande nicht nur vorübergehend verweilt. Diese Begriffsbestimmung lasse sich zwangslos auf das "sich ständig im Ausland Aufhalten" des damaligen § 5 Abs 4 FLAG 1967 (nunmehr wortgleich [§ 5 Abs 3 FLAG 1967](#)) übertragen. Denn wer sich in einem Land unter erkennbaren Umständen aufhalte, dass er dort nicht nur vorübergehend verweile, von dem müsse bei objektiver Betrachtung angenommen werden, dass er sich in jenem Land ständig aufhalte (vgl auch VwGH 22.4.2009, [2008/15/0323](#), VwGH 18.11.2009, [2008/13/0072](#)).

Entscheidend in diesem Zusammenhang ist, dass die innerstaatliche Bestimmung des früheren § 5 Abs 4 FLAG 1967 (nunmehr [§ 5 Abs 3 FLAG 1967](#)), den Familienbeihilfenanspruch ausschließt, wenn sich das potenziell anspruchsvermittelnde Kind ständig im Ausland aufhält (VwGH 18.9.2003, [2000/15/0204](#)). Die Tatsache, dass die Kinder noch minderjährig sind, ist nicht von ausschlaggebender Bedeutung (vgl VwGH 27.4.2005, [2002/14/0050](#)). Auch auf den Wohnsitz und ständigen Aufenthalt der Eltern bzw der (vermeintlich) anspruchsberechtigten Person kommt es daher ebenso wenig an, wie auf deren Staatsbürgerschaft, deren

Berufsausübung in Österreich, den Mittelpunkt der Lebensinteressen, die Tragung der Kosten des Lebensunterhaltes oder die Argumentation, dass der Auslandsaufenthalt „nur“ zu Ausbildungszwecken erfolgt (vgl VwGH 2.6.2004, [2001/13/0160](#)).

Die Auffassung, der Aufenthalt sei wegen der Beschränkung des Aufenthaltszweckes auf ein Studium ein bloß vorübergehender, was auch für ein mehrjähriges Studium gelte, trifft nicht zu (vgl VwGH 18.11.2009, [2008/13/0072](#)).

Ein auf - voraussichtlich - mehrere Jahre angelegter Schulbesuch ist nicht mehr als bloß vorübergehender Aufenthalt zu beurteilen (vgl VwGH 17.12.2009, [2009/16/0221](#)).

Ein unbestritten auf mehrere Jahre angelegter Schulbesuch im Ausland ist nicht mehr als bloß vorübergehenden Aufenthalt zu beurteilen (vgl VwGH 15.11.2005, [2002/14/0103](#)). Dass ein sich über volle zwei Jahre erstreckender Auslandsaufenthalt der Kinder als ständig im Sinne des (damaligen) § 5 Abs 4 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 beurteilt werden muss, kann nicht zweifelhaft sein (vgl VwGH 20.10.1993, [91/13/0175](#)).

Hält sich das Kind während der Schuljahre im Ausland auf, ist selbst das Verbringen der Ferien in Österreich jeweils als (nur) vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, wodurch der ständige Aufenthalt im Ausland nicht unterbrochen wird. Ob die Sommerferien dabei einen Zeitraum von mehr als zwei Monaten umfassen, ist unter Berücksichtigung der jeweiligen Rückkehr ins Ausland nicht entscheidungswesentlich. Die Ferienaufenthalte in Österreich unterbrechen den gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland nicht (vgl VwGH 20.6.2000, [98/15/0016](#)).

Aus dem Zusammenhalt dieser vom Verwaltungsgerichtshof herausgearbeiteten Grundsätze ergibt sich für den vorliegenden Fall, dass ein Aufenthalt des Sohnes des Berufungswerbers in Bosnien, welcher dem Zweck eines vierjährigen Schulbesuches dient, als ständiger Aufenthalt in Bosnien (und somit einem Nicht-EU-Land) angesehen werden muss.

Wie der Berufungswerber in seiner Eingabe vom 14. September 2010 selbst ausführt, hält sich sein Sohn während des Schuljahres im schuleigenen Internat auf und dies „auch an den Wochenenden“. Eine Rückkehr nach Österreich in den Haushalt des Berufungswerbers finde „höchstens in den Ferien“ statt. Dazu wurde auch eine Bestätigung der besuchten Schule vorgelegt, nach der der Sohn „während der Schulung im schuleigenen Internat“ wohne und „während der Ferien frei“ sei.

In der Eingabe vom 8. November 2010 ist mit keinem Wort erwähnt, dass der Aufenthalt in Bosnien durch regelmäßige Heimfahrten unterbrochen worden wäre, obwohl in der

Begründung des Erstbescheides vom 2. November 2010 ausdrücklich ausgeführt wurde, dass sich der Sohn „seit September 2010 dauernd in Bosnien“ aufhalte.

In der Folge ist es sodann zu (telefonischen) Kontaktaufnahmen des Berufungswerbers mit der Abgabenbehörde erster Instanz gekommen, in welchen die Rechtslage nochmals mündlich erläutert wurde.

Nunmehr wurden an einem (mangels Eingangsvermerk) nicht feststellbaren Tag im Jänner 2011 und am 11. Feber 2011 weitere Bestätigungen der Schule nachgereicht, nach welchen der Sohn an diversen Wochenenden und anderen schulfreien Tagen „nach Hause gehen“ habe können; insgesamt würde es sich dabei um 48 Tage in einem Zeitraum von vier Monaten (September 2010 bis Jänner 2011, entspricht 151 Tagen) handeln. Dies ist insofern bemerkenswert, als diese Aussagen in eklatantem Widerspruch zu den ursprünglichen Ausführungen des Berufungswerbers und der ersten Bestätigung der Schule stehen und in der oben erwähnten Eingabe vom 8. November 2010, welche somit zu einem Datum verfasst wurde, zu dem sich der Sohn des Berufungswerbers bereits an vier vorangegangenen Wochenenden und aktuell zum Zeitpunkt der Verfassung der Eingabe während eines Zeitraumes von zusammenhängend neun Tagen nicht in der Schule aufgehalten haben soll, derartige Aufenthalte außerhalb des Internats mit keinem Wort erwähnt sind. Im Übrigen erscheint es unglaublich, dass der fünfzehnjährige Sohn des Berufungswerbers regelmäßig wegen zweier freier Tage an diesen eine Hin- und Rückfahrt (mit öffentlichen Verkehrsmitteln) von insgesamt weit mehr als 1.000 Kilometern unternimmt, welche nicht nur einen Großteil der „freien“ Zeit beanspruchen würde, sondern auch mit entsprechend hohen Kosten verbunden wäre. Dies auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der Berufungswerber zur Bestreitung seiner Lebenshaltungskosten bereits auf soziale Hilfe der öffentlichen Hand angewiesen ist (vgl die im Verwaltungsakt enthaltenen Bescheinigungen der Wohnsitzgemeinde vom 17. Dezember 2010 und vom 11. Feber 2011).

Der Unabhängige Finanzsenat geht daher davon aus, dass derartige vierzehntätige (Heim-) Fahrten nach Österreich in Wahrheit nicht unternommen werden, zumal fest steht, dass der Berufungswerber auch über einen Wohnsitz in [Drittland] verfügte (vgl Eingabe vom 14. September 2010) und die vorgelegten Bestätigungen keinerlei Nachweis dafür sind, dass der Sohn des Berufungswerbers tatsächlich regelmäßig nach Österreich zurückkehrt. Im Übrigen wäre selbst bei einer regelmäßigen (vierzehntätigen) Rückkehr nach Österreich nicht davon auszugehen, dass sich der Sohn des Berufungswerbers in zeitlicher Hinsicht tatsächlich körperlich überwiegend in Österreich aufhält und unterbrechen, wie der Verwaltungsgerichtshof in den oben bereits erwähnten Erkenntnissen ausführt, zeitlich von vornherein auf einzelne Tage bzw auf die Ferienzeit begrenzte Aufenthalte den ständigen

Aufenthalt am Schulort nicht. Derartige kurzfristige Besuche der Eltern sind nämlich nur als vorübergehende Abwesenheit vom Ort des ständigen Aufenthaltes zu qualifizieren.

Damit ist der Ausschlussgrund des [§ 5 Abs 3 FLAG 1967](#) erfüllt und kann dem Finanzamt nicht erfolgreich entgegengetreten werden, wenn es den Anspruch des Berufungswerbers auf Familienbeihilfe für den in Rede stehenden Sohn verneint.

Es war daher wie im Spruch ausgeführt zu entscheiden.

Abschließend darf noch darauf hingewiesen werden, dass Unterhaltsaufwendungen für minderjährige Kinder, für die, weil sie sich ständig in einem Drittland aufhalten, keine Familienbeihilfe gewährt wird, nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (vgl VfGH 4.12.2001, [B2366/00](#)) im Wege der Einkommensteuerveranlagung Berücksichtigung finden können.

Innsbruck, am 21. März 2011