



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat durch die Vorsitzende Hofrätin Dr. Anna Maria Radschek und die weiteren Mitglieder Mag. Wolfgang Tiwald, Werner Just und Mag. Robert Steier im Beisein der Schriftführerin Gerlinde Maurer über die Berufung des SFW, vertreten durch Interexpert Treuhand- und Steuerberatungsgesellschaft mbH & Co OG, 1120 Wien, Gierstergasse 6, vom 23. August 2011 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 4/5/10 vom 11. August 2011 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum November 2009 bis August 2010 und ab März 2011 für seinen Sohn AS, geboren am XX.XX.XXXX sowie für den Zeitraum September 2009 bis August 2010 und ab März 2011 für seinen Sohn P, geboren am YY.YY.YYYY und seine Tochter KS, geboren am ZZ.ZZ.ZZZZ nach der am 18. Jänner 2012 in 1030 Wien, Vordere Zollamtsstraße 7, durchgeführten mündlichen Berufungsverhandlung entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw) – Herr ao. Univ.-Prof. Dr. SF – beantragte mit Schreiben vom 10.09.2010 Familienbeihilfe für seine drei Kinder A (geboren am XX.XX.XXXX), P (geborene am YY.YY.YYYY) und K (geboren am ZZ.ZZ.ZZZZ). Der Bw wies darauf hin, dass seine Kinder das Schuljahr 2009/10 in den USA absolviert hätten und seit 06.09.2010 nun wieder in Österreich die Schule besuchten.

Mit Schreiben vom 11.02.2011 teilte der Bw mit, dass seine drei Kinder das gesamte Sommersemester 2011 in den USA zur Schule gehen würden.

Mit Schriftsatz vom 13.07.2011 führte der Bw aus, dass sich seine Kinder im Schuljahr 2009/10 und im Sommersemester 2011 zu Ausbildungszwecken in den USA aufgehalten hätten und dass sie sich auch im Schuljahr 2011/12 zu diesem Zweck in den USA aufhalten würden. Da sich seine Kinder nur vorübergehend zu Ausbildungszwecken im Ausland aufhielten, und der Bezug der Familienbeihilfe auch bei vorübergehendem Auslandsaufenthalt der Kinder möglich sei, beantragte der Bw Familienbeihilfe für seine drei Kinder für den Zeitraum September 2009 bis August 2010 sowie ab März 2011.

Mit Abweisungsbescheid vom 11.08.2011 wurde der Antrag vom 14.07.2011 mit der Begründung abgewiesen, dass sich die Kinder des Bw ständig im Ausland aufhielten und somit nicht von einem vorübergehenden Auslandsaufenthalt gesprochen werden könne.

In der gegen den Abweisungsbescheid erhobenen Berufung vom 23.08.2011 führte der Bw aus, dass sich seine drei Kinder für eine bestimmte Zeit zum perfekten Erlernen der englischen Sprache in den USA aufhielten, ohne dass dadurch die Haushaltszugehörigkeit zur Familie des Bw aufgehoben wäre. Der in § 2 Abs 5 des Familienlastenausgleichsgesetzes verwendete Begriff „vorübergehend“ sei – wie aus dem Gesetzesinhalt selbst hervorgehe – zeitlich unbestimmt und nach dem Textzusammenhalt offensichtlich primär teleologisch und nicht nur rein zeitlich bedingt zu verstehen. Da es unbestritten sei, dass die Kinder nach dem zeitlich begrenzten Aufenthalt in den USA zu Schulzwecken in den Familienverband zurückkehren würden, sei der Aufenthalt in den USA jedenfalls als vorübergehend einzustufen.

Die Berufung wurde – ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung – der Abgabenbehörde zweiter Instanz vorgelegt.

Mit Vorhalt vom 19.10.2011 wurde der Bw ersucht, mitzuteilen, ob sich seine Gattin während des Aufenthaltes seiner Kinder in den USA ebenfalls in den USA aufgehalten habe, wo seine Kinder während ihres Aufenthaltes in den USA gewohnt hätten, welche Schule/n seine Kinder in den USA besuchten, wie lange seine Kinder voraussichtlich noch die Schule/n in den USA besuchen würden und weshalb die im Schuljahr 2009/10 in den USA begonnene Schulausbildung seiner Kinder für ein Semester (Wintersemester 2010) unterbrochen und im Sommersemester 2011 fortgesetzt worden sei.

Mit Schreiben vom 09.11.2011 teilte der Bw mit, dass sich während des Aufenthaltes seiner Kinder in den USA seine Gattin ebenfalls in den USA aufgehalten habe und die gesamte Familie im selben Haushalt gewohnt habe. Dies gelte auch für den derzeitigen Aufenthalt. Der

Bw führte weiter aus, dass er außerordentlicher Universitätsprofessor für Europa- und Technologierecht an der Universität Wien sei. Im Studienjahr 2009/10 habe der Bw an der S University (Freeman Spogli Institute for International Studies), Kalifornien den Distinguished Visiting Austrian Chair inne, der jedes Jahr mit einem anderen österreichischen Universitätsprofessor als Gastprofessor in Stanford besetzt werde. Seine Gattin und seine Kinder hätten ihn begleitet. Gewohnt habe die Familie in einem gemieteten Haus in L, einem an die S University unmittelbar angrenzenden Ort. Der Mietvertrag für das Haus sei wie die Gastprofessur auf das Studienjahr 2009/10 befristet gewesen. Nach Ablauf dieser Gastprofessur sei die Familie im Sommer 2010 wieder nach Österreich zurückgekehrt, wo die Kinder ab dem Wintersemester 2010 wieder in Wien in die Schule gegangen seien. In weiterer Folge habe der Bw von der S University (nun von der S Law School) ein Angebot für eine Gastprofessur für das Winter Quarter 2011 (Jänner, Februar, März 2011) erhalten, das er angenommen habe. Der Bw und seine Gattin hätten sich im November 2010 kurzfristig entschlossen, den Kindern für das Sommersemester 2011 einen weiteren englischsprachigen Auslandsaufenthalt in den USA zu ermöglichen auch vor dem Hintergrund, dass alle drei Kinder in Wien öffentliche bilinguale Schulen (Volksschule VBS [Vienna Bilingual Schooling] Keplerplatz bzw. Gymnasium VBS Draschestraße) besuchten, in denen der gesamte Unterricht zweisprachig deutsch-englisch stattfindet und englischsprachige Auslandsaufenthalte von derartigen Schulen zum besseren Erlernen der englischen Sprache besonders befürwortet würden. Dieser zweite USA-Aufenthalt sei auf das Sommersemester 2011 befristet gewesen, ebenso wie der Mietvertrag für das gemietete Haus in L. Im Sommer 2011 seien die Gattin und die Kinder des Bw nach Österreich zurückgekehrt. Aufgrund der für beide Seiten sehr erfolgreichen Zusammenarbeit mit der S Law School habe der Bw das Angebot für eine weitere Gastprofessur im Studienjahr 2011/12 erhalten, um verschiedene zwischen S und der Universität Wien entwickelte Projekte vertiefen zu können. Dieses Angebot von S für das Studienjahr 2011/12 habe der Bw ebenfalls angenommen. Der Bw wies darauf hin, dass er daher den Kindern die Möglichkeit bieten könne, das laufende Schuljahr 2011/12 in den USA zu verbringen. Nach Ablauf des Schuljahres 2011/12 würden die Gattin des Bw und die Kinder wieder nach Österreich zurückkommen. Der Mietvertrag für das derzeit bewohnte Haus in L sei daher ebenfalls mit Sommer 2012 befristet. Es sei international im akademisch-wissenschaftlichen Bereich üblich und typisch, dass Gastprofessuren stets nur befristet vergeben würden. Dies sei gerade der Charakter einer „Gastprofessur“, als Gast an einer anderen wissenschaftlichen Einrichtung vorübergehend mitzuwirken. Derartige Gastprofessuren würden von der S Law School immer nur maximal für ein Studienjahr bzw. für Teile eines Studienjahres vergeben. Eine neuerliche Gastprofessur an der S Law School sei nicht ausgeschlossen, aber derzeit nicht prognostizierbar, weil dies von vielen verschiedenen

Faktoren abhängen, in S und an der Universität Wien, vor allem aber auch davon, ob die Zusammenarbeit mit S im laufenden Studienjahr 2011/12 erfolgreich verlaufen werde. Vor diesem Hintergrund seien alle derzeitigen Planungen auf den Sommer 2012 befristet, sowohl beruflich als auch privat, einschließlich des Mietvertrages für die Unterkunft in den USA, mit dem derzeitigen Plan, dass die Kinder ab dem Wintersemester 2012 wieder in Wien in die Schule gehen würden. In der Beilage übermittelte der Bw Schulbesuchsbestätigungen seiner Kinder und drei Mietverträge.

In der am 18. Jänner 2012 abgehaltenen mündlichen Berufungsverhandlung wurde von Seiten des steuerlichen Vertreters des Bw ergänzend ausgeführt, dass die Kinder des Bw in Österreich zweisprachige Schulen besuchten, von denen ein Auslandsaufenthalt empfohlen werde. Der steuerliche Vertreter des Bw verwies auch auf Punkt 5.2.7 der Durchführungsrichtlinien zum FLAG und auf das Urteil des OGH vom 17.08.2006, GZ. 10ObS65/06s, in dem der OGH Ausführungen hinsichtlich der Beibehaltung des Wohnsitzes mache. Die unterschiedlichen Zeiträume die Abweisung der Familienbeihilfe betreffend ergäben sich – laut Aussage der Finanzamtsvertreter – daraus, dass eine Mitteilung vom Stadtschulrat im Juli 2009 über die Abmeldung der Kinder K und P eingegangen sei, weshalb dann ab August 2009 die Familienbeihilfe eingestellt und die bereits ausgezahlten Beträge für die Vormonate nicht zurückgefordert worden seien. Hinsichtlich des Sohnes A sei eine Mitteilung des Bw erfolgt, weshalb die Familienbeihilfe ab Oktober 2009 eingestellt worden sei und die bis dahin ausbezahlten Beträge nicht rückgefordert worden seien.

Über die Berufung wurde erwogen:

Folgender Sachverhalt wird der Entscheidung zu Grund gelegt:

- Die Auszahlung der Familienbeihilfe an den Bw für seinen Sohn P und seine Tochter K wurde mit August 2009 eingestellt, da die beiden Kinder laut telefonischer Mitteilung des Stadtschulrates für Wien mit 27.06.2009 wegen eines USA-Aufenthaltes vom Unterricht abgemeldet wurden.
- Die Auszahlung der Familienbeihilfe an den Bw für seinen Sohn A wurde mit Oktober 2009 eingestellt, da der Bw mit Schreiben vom 15.10.2009 dem Finanzamt mitteilte, dass seine drei Kinder das Schuljahr 2009/10 in den USA absolvieren würden.
- Die drei Kinder des Bw absolvierten das Schuljahr 2009/10 (Wintersemester 2009 und Sommersemester 2010, vom 19.08.2009 bis 09.06.2010) und das Sommersemester 2011 in den USA. Derzeit absolvieren die drei Kinder gerade das Schuljahr 2011/12 (Wintersemester 2011 und Sommersemester 2012, ab 17.08.2011) ebenfalls in den USA.

- Der Bw beantragte Familienbeihilfe für seinen Sohn AS, geboren am XX.XX.XXXX für den Zeitraum November 2009 bis August 2010 und ab März 2011 sowie für seinen Sohn P, geboren am YY.YY.YYYY und seine Tochter KS, geboren am ZZ.ZZ.ZZZZ für den Zeitraum September 2009 bis August 2010 und ab März 2011.
- Mit Mietvertrag vom 20.07.2009 mietete die Gattin des Bw, Frau AF die Immobilie 1 für den Zeitraum vom 01.08.2009 bis zum 31.07.2010. Mit Mietvertrag vom 28.12.2010 mietete das Ehepaar F die Immobilie 2 zunächst für den Monat Jänner 2011, mit der Möglichkeit das Mietverhältnis unbefristet zu verlängern. Mit Mietvertrag vom 03.08.2011 mietete das Ehepaar F die Immobilie 3 für den Zeitraum vom 27.08.2011 bis zum 26.08.2012.

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus den Schreiben des Bw vom 13.07.2011 und vom 09.11.2011 und den vorgelegten Schulzeugnissen der Kinder und den Mietverträgen.

Der Sachverhalt ist in folgender Weise zu würdigen:

Gemäß § 2 Abs 1 lit a des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 – FLAG, haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder.

Nach § 2 Abs 8 FLAG 1967 haben Personen nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben. Eine Person hat den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.

§ 5 Abs 3 FLAG 1967 normiert weiters, dass für Kinder kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht, die sich ständig im Ausland aufhalten.

Nach der ständigen 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 BAO zu beurteilen (vgl etwa die Erkenntnisse vom 17.12.2009, Zl. 2009/16/0221, vom 18.11.2009, Zl. 2008/13/0072, vom 21.09.2009, Zl. 2009/16/0178, vom 22.04.2009, Zl. 2008/15/0323, und vom 28.11.2007, Zl. 2007/15/0055).

Nach § 26 Abs 2 BAO hat jemand den gewöhnlichen Aufenthalt dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt. Die Frage des ständigen Aufenthaltes iSd § 5 Abs 3 FLAG ist somit nicht nach den subjektiven Gesichtspunkten, sondern nach dem objektiven Kriterium der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit zu beantworten (vgl 21.09.2009,

Zl. 2009/16/0178). Ein nicht nur vorübergehendes Verweilen liegt vor, wenn sich der Aufenthalt über einen längeren Zeitraum erstreckt (vgl 28.11.2007, Zl. 2007/15/0055).

Im Erkenntnis vom 24.06.2010, Zl. 2009/16/0133 hat der Verwaltungsgerichtshof deutlich ausgesprochen, dass bei Vorliegen äußerer Umstände, welche klar auf eine zeitlich begrenzte Aufenthaltsdauer hinweisen, eine Aufenthaltsdauer von fünfeinhalb Monaten im Ausland es „gerade noch“ möglich macht, von einem vorübergehenden Aufenthalt auszugehen.

Im vorliegenden Fall hielt sich der Bw mit seiner Gattin und seinen drei Kindern anlässlich einer Gastprofessur an der S University im Schuljahr 2009/10 in den USA auf. Seit Jänner 2011 ist der Bw anlässlich einer Gastprofessur an der S Law School erneut in den USA. Seine drei Kinder folgten ihm mit Sommersemester 2011. Da die Gastprofessur des Bw an der S Law School für das Schuljahr 2011/12 verlängert wurde, befindet sich der Bw mit seiner gesamten Familie voraussichtlich bis zum Ende des Sommersemesters 2012 in den USA. Im Hinblick darauf, dass die Kinder des Bw das Schuljahr 2009/10 in den USA absolviert haben und somit zehn Monate (September 2009 bis Juni 2010) die Schule in den USA besucht haben, und dass der Zeitraum von März 2011 – dem Beginn des zweiten Aufenthaltes der Kinder des Bw in den USA – bis dato mittlerweile ebenfalls bereits zehn Monate beträgt, haben entsprechend den Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofes im gegenständlichen Fall die Kinder des Bw ihren ständigen Aufenthalt in den USA, weshalb gemäß § 5 Abs 3 FLAG für die genannten Zeiträume kein Anspruch auf Gewährung von Familienbeihilfe besteht.

Hinsichtlich der Ausführungen des steuerlichen Vertreters des Bw wonach gemäß Punkt 5.2.7. der Durchführungsrichtlinien zum FLAG „diese Personen immer den RV des MS unterliegen, in dessen Behörde sie beschäftigt sind“ ist anzumerken, dass die zitierten Durchführungsrichtlinien zu EU-Verordnungen erlassen wurden, die für Staatsangehörige eines Mitgliedstaates gelten, für die die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten anzuwenden sind, während sich im gegenständlichen Fall der Bw samt Familie in einem Drittstaat (USA) aufgehalten hat. In diesem Zusammenhang wird auch darauf hingewiesen, dass Erlässe der Finanzverwaltung keine Rechtsnormen sind und deshalb keine Bindungswirkung entfalten (VwGH vom 08.05.2003, 99/15/0101).

Den Ausführungen des steuerlichen Vertreters des Bw hinsichtlich des Urteils des Obersten Gerichtshofes vom 17.08.2006, GZ. 10ObS65/06s, in dem der OGH Ausführungen hinsichtlich der Beibehaltung des Wohnsitzes macht, ist hinzuzufügen, dass der OGH im selben Urteil den Verwaltungsgerichtshof dahingehend zitiert, „dass im Regelfall nach den Erfahrungen des Lebens die stärksten persönlichen Beziehungen zu dem Ort bestehen, an dem man regelmäßig und Tag für Tag mit seiner Familie lebt; dass also der Mittelpunkt der Lebensverhältnisse einer verheirateten Person regelmäßig am Ort des Aufenthaltes ihrer Familie zu

finden sein wird". Diese Rechtsauffassung kommt auch im Erkenntnis des Unabhängigen Finanzsenates vom 27.04.2011, RV/0360-I/10 zum Ausdruck: Wird von einem Elternteil eine auf ein Jahr begrenzte Forschungstätigkeit in einem Drittstaat ausgeübt und wird dieser Elternteil von seiner gesamten Familie dorthin begleitet, verlagert sich für diesen Zeitraum nicht nur der Mittelpunkt der Lebensinteressen (§ 2 Abs 8 FLAG), sondern es liegt auch ein ständiger Aufenthalt der Kinder in diesem Drittstaat vor (vgl Kuprian Martin: Kein Familienbeihilfenanspruch bei Ausbildung eines Kindes in einem „Drittland“, in: UFS Journal Nr. 10, S 371ff).

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 27. Jänner 2012