



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., Adresse1, vormals Adresse2, vom 3. Juni 2002 gegen den Bescheid des Finanzamtes X. vom 3. Mai 2002 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum von Juli bis Dezember 2001 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

### **Entscheidungsgründe**

Der Berufungswerber (Bw.), österreichischer Staatsbürger, verheiratet mit einer ungarischen Staatsbürgerin, bezog für seine Stieftochter S. B., geb. am Datum1, ab April 1996 laufend Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge.

Anlässlich einer Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe im Jänner 2002 wurde dem Finanzamt bekannt gegeben, dass das Kind wieder die Schule in Ungarn besuchte. Über Aufforderung des Finanzamtes legte der Bw. das Jahreszeugnis der österreichischen Schule (Schuljahr 2000/01) mit der Abmeldebestätigung sowie eine Schulbesuchsbestätigung der von der Stieftochter in Ungarn besuchten Schule vor

Mit Bescheid vom 3. Mai 2002 forderte das Finanzamt vom Bw. die für die Stieftochter bezogene Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge für den Zeitraum Juli 2001 bis Dezember 2001 als zu Unrecht bezogen zurück und verpflichtete den Bw. gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 iVm § 33 Abs. 4 EStG 1988 den Rückforderungsbetrag in Höhe von € 1.046,49 (ATS 14.400) zurückzuzahlen. In der Begründung führte das Finanzamt aus, es

bestehe kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten. Da die Stieftochter seit 25. Juni 2001 eine Schule in Ungarn besuchte, wären die genannten Beträge rückzufordern gewesen.

In der gegen den Rückforderungsbescheid eingebrachten Berufung führte der Bw. im Wesentlichen aus:

„...Gegen diesen Bescheid lege ich gemäß der Rechtsmittelbelehrung zeitgerecht Berufung ein.

Begründung:

Gemäß geltenden und unter anderem auf der Website des BMSG veröffentlichten Verordnungen haben ...

„... unabhängig von Beschäftigung oder Einkommen (haben) Eltern, die einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für bei ihnen haushaltzugehörige Kinder bzw. für Kinder, denen sie überwiegend Unterhalt leisten.“ Weiters besteht Anspruch auf Kinderabsetzbeträge von € 50, 90 pro Kind und Monat.

Meine Frau und ich haben unseren Wohnsitz in Österreich und die Haushaltzugehörigkeit meiner Stieftochter S. B. , die die einzige Voraussetzung für die Ansprüche auf Kinderbeihilfe und Kinderabsetzbetrag ist, ist eindeutig gegeben. Denn

a) S. s Hauptwohnsitz ist in der elterlichen Wohnung in Wien, wo sie gemeldet ist.

b) S. s schulbedingte Abwesenheit (sie besucht ein privates Internat in Ungarn, dessen Kosten von uns getragen werden) außerhalb der gemeinsamen Wohnung ist vorübergehend und sie hält sich dazu auch einen wesentlichen Teil des Jahres in Österreich auf.

c) außerdem - und das sei hervorgehoben - findet sich der Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen (bei einem 15 jährigen Mädchen kann das nur die in Wien ansässige Familie sein) in Österreich.

Betrachtet man nun die Durchführungsrichtlinien zum Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (BGBl. Nr. 376/1967 i.d.g.F.) (Stand September 2001), die ebenfalls nicht nur auf der Website des BMSG veröffentlicht sind, so liest man dort unter Abschnitt 02.05. zum Begriff „Haushaltzugehörigkeit“ in Absatz 3:

„Als ‘vorübergehend’ •wird ein Aufenthalt des Kindes außerhalb der gemeinsamen Wohnung dann anzusehen sein, wenn aus den Umständen des Falles darauf geschlossen werden kann, dass das Kind nach absehbarer Zeit wieder in der gemeinsamen Wohnung leben wird.“

und in Absatz 7 heißt es weiter

„Auch im Falle einer vollen Heimerziehung unabhängig ob mit Einverständnis der Erziehungsberechtigten oder gegen deren Willen (§§ 28, 29, 30 des Jugendwohlfahrtsgesetzes 1989, BGBl. Nr. 161/1989, i.d.g.F.), ist nicht auszuschließen, dass das Kind beiden Eltern weiterhin als haushaltzugehörig gilt. Maßgebend dafür ist auch hier, dass das Kind noch weiterhin der elterlichen Obsorge teilhaftig wird.“

Meine Stieftochter ... besucht, wie schon erwähnt, ein Privatinternat in Ungarn. Der Ganztagesunterricht findet dort in Unterrichtsblöcken zu 12-14 Tagen, getrennt durch ca. vier- bis fünfjährige Unterrichtspausen statt. Die ununterrichtsfreie Zeit verbringt S. vornehmlich in G., wie sie auch ihre Ferien gemeinsam mit der Familie in Österreich verbringt. Damit sollte die Tatsache, dass ihr Aufenthalt außerhalb der gemeinschaftlichen Wohnung nur vorübergehend ist und sie sich nicht, wie von Ihnen behauptet, ständig im Ausland aufhält, ausreichend untermauert sein. Zieht man nun weiters in Betracht, dass die genannten Durchführungsrichtlinien zum Familienlastenausgleichsgesetz in Abschnitt 02.05. Absatz 8 festhalten

„Für die Beurteilung der Haushaltzugehörigkeit ist ausschließlich die Tatsache der Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft von Bedeutung, nicht dagegen das Erziehungsrecht (VwGH-Erkenntnis vom 22.10.1971, Zl. 336/70)“

außerdem in verschiedenen anderen Punkten ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass die vorübergehende Abwesenheit zu Ausbildungszwecken keinesfalls die Haushaltzugehörigkeit eines Kindes in Frage stellt, und beachtet man darüber hinaus die in Absatz 02.08. zu findende Definition des Mittelpunktes der Lebensinteressen, die da lautet

Bei der Beurteilung, ob eine Person den 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 (VwGH-Erkenntnis vom 30.01.1990, Zl. 14/0054, und vom 18.01.1996, Zl. 15/0145), so ist all dem klar zu entnehmen, dass ein Schulbesuch im Ausland keine Schmälerung meines Anspruches auf Familienbeihilfe sowie Kinderabsetzbetrag darstellen kann.

Ich darf Sie, sehr geehrte Damen und Herren daher höflich bitten,

- 1) den an mich am ... ergangenen Bescheid zur Rückzahlung der Beiträge für .... aufzuheben und
- 2) die mir zustehenden und bislang aushaltenden Kinderbeihilfe- und Kinderabsetzbeträge für den Zeitraum 1.1. bis 30.6.2002 an mich zur Überweisung zu bringen."

Das Finanzamt wies die Berufung mit Berufungsvorentscheidung als unbegründet ab und führte dazu aus:

„Gem. § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 hat eine Person für ein Kind Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn es zum Haushalt dieser Person gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch, wenn keine andere Person aus dem Titel der Haushaltzugehörigkeit anspruchsberechtigt ist.

Gem. § 2 Abs. 5 FLAG 1967 gehört ein Kind zum Haushalt einer Person, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt.

Gem. § 5 Abs. 4 leg. cit. besteht kein Anspruch für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, es sei denn, dass die Gegenseitigkeit durch Staatsverträge verbürgt ist. Bei der Auslegung des Begriffes "ständig aufhalten" muss auf § 26 Abs. 2 Bundesabgabenordnung zurückgegriffen werden (Verwaltungsgerichtshof vom 6.10.1980, Z 2350/79), wonach jemand den gewöhnlichen Aufenthalt dort hat, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt.

Gelegentliche Aufenthalte eines Kindes an einem inländischen Wohnsitz z.B. während der Schulferien, sind jedoch nicht geeignet, den ständigen Aufenthalt im Ausland, wo während des Schuljahres die Schule besucht wird, zu unterbrechen.“

Der Bw. beantragte ohne weiterem Vorbringen die Vorlage der Berufung zur Entscheidung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz.

In einer Vorhaltsbeantwortung vom 2. Oktober 2002 ergänzte der Bw., dass seine Gattin in Ungarn einen Zweitwohnsitz unterhalte, an dem sie auch gemeldet sei. Der Hauptwohnsitz der Gattin sei allerdings in G. . Die Gattin habe in Ungarn weder Einkünfte noch irgendein Dienstverhältnis. Die Stieftochter sei am Hauptwohnsitz seiner Gattin gemeldet.

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

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. b Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 haben Personen, die die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für ihre minderjährigen Kinder.

Kinder einer Person sind nach § 2 Abs. 3 FLAG 1967 auch deren Stiefkinder.

Im Sinne des § 2 Abs. 2 FLAG 1967 hat die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört, Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind. 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. 5 FLAG 1967 gehört ein Kind zum Haushalt einer Person dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltsgewöhnlichkeit gilt nicht als aufgehoben, wenn (lit. a) sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält oder (lit. b) das Kind für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt. Ein Kind gilt bei beiden Elternteilen als haushaltsgewöhnlich, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen, dem das Kind angehört.

Gemäß § 2 Abs. 8 FLAG 1967 idF BGBl 23/1999 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.

Gemäß § 5 Abs. 3 FLAG 1967 idF BGBl. I Nr. 142/2000 besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder besteht, die sich ständig im Ausland aufhalten. Soweit bestehende Staatsverträge die Gewährung von Familienbeihilfe für Kinder vorsehen, die sich ständig in einem anderen Staat aufhalten, ist Abs. 4 in der Fassung vor dem Bundesgesetz BGBl. Nr. 201/1996 weiter anzuwenden, bis völkerrechtlich anderes bestimmt ist (vgl. § 50g Abs. 2). Mit Ungarn gab es im strittigen Zeitraum Juli bis Dezember 2001 hinsichtlich der Familienbeihilfe weder ein diesbezügliches Abkommen über Soziale Sicherheit noch war Ungarn in besagtem Zeitraum Mitglied der Europäischen Union.

Gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 ist zu Unrecht bezogene Familienbeihilfe rückzuzahlen. § 26 i. d. R. gilt gemäß § 33 Abs. 4 Z. 3 lit. a EStG 1988 auch für den zu Unrecht bezogenen Kinderabsetzbetrag.

Im gegenständlichen Berufungsfall ist aufgrund der Angaben des Bw. unbestritten, dass der Bw. selbst einen Wohnsitz bzw. seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet hat, ebenso dass die Kindesmutter sowohl in Österreich als auch in Ungarn einen Wohnsitz hat (dort ist sie laut Vorhaltsbeantwortung vom 30. Oktober 2002 auch gemeldet). Der Bw. ist österreichischer Staatsbürger, seine Ehefrau und seine Stieftochter sind ungarische Staatsbürgerinnen. Die Ehegattin des Bw. hatte laut Aktenlage bis März 1996 in Ungarn eine Kinderzulage für ihre Tochter S. bezogen.

Weiters ist aufgrund der vorgelegten Unterlagen davon auszugehen, dass die minderjährige Stieftochter des Bw.

ab dem Schuljahr 1997/1998 in Österreich die Schule besuchte, sich laut Jahreszeugnis für das Schuljahr 2000/2001 vom Bundesrealgymnasium L. gemäß § 33 Abs.2 lit.a des Schulunterrichtsgesetzes mit 29. Juni 2001 vom Schulbesuch abgemeldet hatte, laut vorgelegter Schulbestätigung vom 14. September 2001 ab dem Schuljahr 2001/2002 ein Gymnasium in 9999 M., Ungarn, besuchte und dort in einem Mädcheninternat untergebracht war, laut Bescheinigung der ungarischen Schule vom 8. März 2002 der Schulbesuch in Ungarn mit 25. Juni 2001 aufgenommen wurde und bis zum Schulabschluss im Juni 2007 erfolgen sollte.

Strittig ist, ob sich die Stieftochter des Bw. ab Juni 2001 infolge des Schulbesuches in Ungarn im Rückforderungszeitraum Juli bis Dezember 2001 ständig im Ausland iSd § 5 Abs. 3 FLAG 1967 aufhielt.

Vorab ist festzuhalten, dass von der einschränkenden Bestimmung des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 Personen unabhängig von der Staatsbürgerschaft, somit auch österreichische Staatsbürger erfasst sind. Auch ihnen erwächst kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland, außerhalb des Gemeinschaftsgebietes, aufhalten (vgl. VwGH 18.09.2003, 2000/15/0204).

Im Gegensatz zu den Ausführungen des Bw. in der Berufung ist der Begriff des „ständigen Aufenthaltes“ nicht mit dem „Mittelpunkt der Lebensinteressen“ gleichzusetzen. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (u.a. VwGH 86/15/0078 vom 22. Juni 1987) ist der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2 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 im genannten Sinne verlangt grundsätzlich körperliche Anwesenheit. Daraus folgt auch, dass eine Person nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben. Ein gewöhnlicher Aufenthalt an einem Ort schließt jedoch nicht einen oder mehrere Wohnsitze an anderen Orten aus, denn ein Mensch kann mehrere Wohnungen innehaben und damit sind gleichzeitig mehrere Wohnsitze möglich.

Auch hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass Personen, die sich während der Arbeitswoche ständig am Betriebsort aufhalten, nur dort ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben

und dies müsste grundsätzlich auch für Schüler gelten, die sich während der Schulwoche ständig am Schulort aufzuhalten, sofern nicht im Einzelfall ein zeitliches Überwiegen der Aufenthalte in Österreich glaubhaft gemacht werden kann (VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103).

Ein derartiges Überwiegen des Aufenthaltes in Österreich konnte aber vom Bw. keineswegs glaubhaft gemacht werden. Die Stieftochter des Bw. kam im Alter von etwa 10 Jahren nach Österreich und besuchte vier Jahre die Schule in Österreich. Mit Beginn des neuerlichen Schulbesuches in Ungarn im Juni 2001 wurde die Stieftochter des Bw. in einem Internat am Schulort untergebracht. Der Schulbesuch in Ungarn war laut vorgelegter Bestätigung jedenfalls bis zum Schulabschluss im Jahr 2007 geplant. Dazu kommt, dass der Schulort in Ungarn vom österreichischen Wohnort des Bw. 268 km entfernt ist und für eine Strecke (G. - M.) mit dem Auto eine Fahrzeit von über vier Stunden benötigt werden (Quelle: maps.google.at). Damit ist für den strittigen Zeitraum zweifellos die Annahme gerechtfertigt, dass sich die Stieftochter des Bw. überwiegend im Ausland aufgehalten hat.

Dem Argument des Bw., dass für die Beurteilung der Haushaltsgesellschaft ausschließlich die Tatsache der Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft und nicht das Erziehungsrecht von Bedeutung sei, ist beizupflichten, jedoch ist für die Beurteilung, ob ein ständiger Aufenthalt im Bundesgebiet vorliegt, grundsätzlich die körperliche Anwesenheit erforderlich.

Im vorliegenden Fall ist schon aufgrund der geplanten Ausbildungsdauer (Juni 2001 bis Juni 2007) nicht von einem nur vorübergehenden Aufenthalt der Stieftochter des Bw. im Ausland auszugehen. Die Tatsache, dass sich ein Kind während der Ferien zeitweise in der elterlichen Wohnung aufhält und in dieser Wohnung möglicherweise auch Bekleidung oder sonstige Gegenstände des Kindes aufbewahrt werden, vermag die Annahme des gewöhnlichen Aufenthaltes im Inland nicht zu stützen. Da die Ehefrau des Bw. auch einen Wohnsitz in Ungarn innehält, ist es zudem nicht unwahrscheinlich, dass das Kind die schulfreie Zeit zumindest teilweise auch am Zweitwohnsitz der Mutter in Ungarn verbrachte. Auch die polizeiliche Meldung (oder die Unterlassung derselben) kann zwar ein Indiz für einen Wohnsitz sein, ist jedoch für die Frage des ständigen Aufenthaltes nicht entscheidend.

Um einen gewöhnlichen Aufenthalt aufrechtzuerhalten, ist 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. Daher unterbricht auch das Verbringen der Ferien in Österreich den ständigen Aufenthalt im Ausland nicht. (u.a. VwGH 28.11.2007, 2007/15/0055, 20.06.2000, 98/15/0016).

Die Stieftochter des Bw. hat sich jedenfalls im strittigen Zeitraum (und auch die Jahre danach) während der Schulzeit in Ungarn aufgehalten. Dabei handelt es sich um einen Zeitraum, der nicht als bloß vorübergehender Aufenthalt im Ausland beurteilt werden kann, und das Verbringen der Ferien und der Aufenthalt an einzelnen Wochenenden in Österreich unterbricht nicht den ständigen Aufenthalt im Ausland.

Dem Argument der Bw., es handle sich lediglich um einen vorübergehenden Aufenthalt der Stieftochter zum Zwecke der Ausbildung, ist entgegenzuhalten, dass die Fiktionen der Haushaltzugehörigkeit bei auswärtiger Berufsausübung iSd § 2 Abs. 5 lit. b FLAG 1967 für die Prüfung eines ständigen Auslandsaufenthaltes iSd § 5 Abs. 3 FLAG 1967 eines in Schulausbildung stehenden Kindes keine Bedeutung hat (VwGH 20.06.2000, 98/15/0016).

§ 5 Abs. 3 FLAG 1967 stellt somit nur auf den ständigen Aufenthalt ab, ohne zu unterscheiden, welche Beweggründe diesen Aufenthalt bewirkten. Da nach den vorstehenden Ausführungen durch den ständigen Aufenthaltes des Kindes im Ausland nach § 5 Abs. 3 FLAG 1967 ein Ausschließungsgrund vorliegt, ist die Frage, ob der Bw. die Kosten für den Aufenthalt des Kindes im Ausland tatsächlich überwiegend getragen hat, ohne Belang.

Ebenso erübrigen sich damit auch Ermittlungen, inwieweit die Kindesmutter bzw. eventuell auch der Kindesvater für die Stieftochter des Bw. im strittigen Zeitraum Anspruch auf Familienleistungen in Ungarn hatten.

Es war daher wie im Spruch zu entscheiden.

Wien, am 28. Oktober 2008