

## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 4., 5. und 10. Bezirk betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. September 1999 bis 31. März 2002 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Der Berufungswerber (Bw.) bezog für seine Tochter Y., geb. am 15.8.1985, bis März 2002 Familienbeihilfe.

Die Tochter hält sich seit September 1999 bei einer Tante im Libanon auf und besucht dort die Schule. Der Bw. bezahlt für die Tochter Schulgeld.

Das Finanzamt erließ am 8. Oktober 2002 einen Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge betreffend Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für die Zeit vom 1. September 1999 bis März 2002.

Begründet wurde die Rückforderung wie folgt:

"Gemäß § 5 Abs. 4 FLAG 1967 besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, kein Familienbeihilfenanspruch.

Da sich Tochter Y. nachweislich im obigen Zeitraum im Ausland aufhält und der Schulbesuch in Libyen stattfindet und sich nach dem Unterricht im gemeinsamen Haushalt der Tante aufhält, kann von keiner Haushaltszugehörigkeit ausgegangen werden. Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt – oder sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält – bzw. das Kind für Zwecke der Berufsausbildung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt.

Da Sie die Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug der Familienbeihilfe nicht erfüllen, bestand für den obigen Zeitraum kein Anspruch auf Beihilfe."

Der Bw. erhob gegen den Bescheid fristgerecht Berufung und begründete diese wie folgt:

"Meine Tochter besucht im Libanon (und nicht in Libyen, wie irrtümlich im Bescheid angeführt) eine private Mittelschule, um damit die arabische Sprache – neben der deutschen Sprache – perfekt zu erlernen, was ihr spätere Studien-/Arbeitsmöglichkeiten auch in arabischen Ländern ermöglichen soll. Im Bescheid wird die Rückforderung damit begründet, dass das Kind im Haushalt der Tante lebt und damit keine einheitliche Wirtschaftsführung mit dem elterlichen Haushalt gegeben ist. Dieser Rechtsmeinung lt. Bescheid widerspreche ich aus folgenden Gründen: Das Kind lebt während der Ausbildungszeit im Libanon nicht im Haushalt der Tante, die an sich in Syrien wohnhaft ist, sondern vielmehr haben wir die Tante zur Betreuung der Tochter auf unsere Kosten am Schulort Tripoli zusammen mit der Tochter untergebracht, die noch minderjährig ist und eine verlässliche Internatsunterbringung nicht gewährleistet wäre. Das heißt, dass sehr wohl eine einheitliche Wirtschaftsführung mit uns als Eltern in Wien und der Tochter sowie der betreuenden Tante gegeben ist. Allein das Schulgeld – ohne Bücher – beläuft sich für zweimal 4 Monate im Jahr auf rd. EUR 2.300,--, dazu kommen die Lebenshaltungskosten für die Tochter und Tante sowie die Flugkosten für die jeweiligen Ferientaufenthalte der Tochter in Wien, was insgesamt von mir als Vater aufzubringen ist. Als Pensionist mit einer Nettopension von rd. EUR 1.000,-- und Alleinerhalter einer 5 Kinder-Familie (meine Frau ist nicht berufstätig); ein Kind ist neben der HTL-Ausbildung berufstätig, drei Kinder sind Studenten ohne Einkommen, das jüngste Kind ist noch im Vorschulalter) war es mir dementsprechend nur durch Schuldenaufnahme möglich, meinen Kindern eine gute Ausbildung zu bieten. Meiner Ansicht nach habe ich daher die lt. Bescheid zurückgeforderten Beträge (FB/KAB) nicht zu Unrecht erhalten und ersuche um eine wohlwollende Behandlung meiner Berufung, was für mich und meine Familie eine große Hilfe bzw. finanzielle Unterstützung bedeuten würde. In diesem Zusammenhang möchte ich gleichfalls auch um die weitere Fortzahlung der FB/KAB ersuchen.

Der Nachweis für den Schulbesuch und die Schulkosten meiner Tochter Y.M. habe ich vom Libanon angefordert, um Ihnen dies nachzureichen..."

Das Finanzamt erließ am 23. Dezember 2002 eine Berufungsvorentscheidung und wies die Berufung mit folgender Begründung ab:

"Gemäß § 5 Abs. 3 Familienlastenausgleichsgesetz besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

Bei der Auslagerung des Begriffes "ständiger Aufenthalt" muss auf die Auslegung des § 26 Abs. 2 BAO zurückgegriffen werden. Danach hat jemand den gewöhnlichen Aufenthalt dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die darauf schließen lassen, dass er nicht nur vorübergehend in diesem Land verweilt. Gelegentliche Aufenthalte der Kinder im Inland sind daher nicht geeignet, den ständigen Aufenthalt der Kinder im Ausland, wo sie auch die Schule besuchen, zu unterbrechen.

Y. lebt nachweislich und von Ihnen unbestritten seit September 1999 im Libanon und besucht auch dort die Schule. In der Berufung wird die einheitliche Wirtschaftsführung von Tochter und deren Tante abgesprochen. Die Tatsache jedoch, dass sie zusammen "untergebracht" sind, wie in der Berufung angeführt wird, und das Kind kein Internat besucht, spricht für eine einheitliche Wirtschaftsführung..."

Der Bw. erhob gegen die Berufungsvorentscheidung des Finanzamtes mit Schreiben vom

15. Jänner 2003 wie folgt Berufung:

"Meine Tochter Y., die sich im Libanon aufhält, wird von meinem Einkommen finanziert, d.h. sie ist zu meinem Haushalt zugehörig. Die Tante, für die ich auch Lebenshaltungskosten zahlen muss, ist nichts anderes als eine Pflegeperson für meine Tochter.

Laut dem Paragraph, der besagt:

Ein Kind hat Anspruch auf die Kinderbeihilfe, auch wenn es sich vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält bzw. das Kind für Zwecke der Berufsausbildung eine Zweitunterkunft bewohnt. Wie ich schon in meinem letzten Brief erwähnte, befindet sich meine Tochter nur gelegentlich im Ausland, um neben der deutschen Sprache, arabisch sowie englisch zu lernen, weil sie die für ihren

zukünftigen Beruf braucht. Sie kommt in wenigen Monaten nach Österreich um ihr Studium hier fortzusetzen..."

Das Finanzamt wertete das Schreiben als Vorlageantrag, den es der Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung vorlegte .

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

#### **1. Rechtsgrundlagen**

Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG hat die Person Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes 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.

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

Gemäß § 2 Abs. 5 lit. a FLAG gilt ein Kind noch als haushaltszugehörig, wenn es sich nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält.

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

Gemäß § 33 Abs. 4 Z. 3 lit. a Einkommensteuergesetz 1988 (EStG) stehen einem Steuerpflichtigen, dem auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe Kinderabsetzbeträge zu. Für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, steht kein Kinderabsetzbetrag zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 FLAG anzuwenden.

Gemäß § 26 Abs. 1 FLAG hat derjenige, der Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen, soweit der unrechtmäßige Bezug nicht ausschließlich durch eine unrichtige Auszahlung durch eine in § 46 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 genannte Gebietskörperschaft oder gemeinnützige Krankenanstalt verursacht worden ist.

Gemäß § 167 Abs. 2 Bundesabgabenordnung (BAO) hat die Abgabenbehörde unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht.

#### **2. Ständiger Auslandsaufenthalt iSd § 5 Abs. 3 FLAG**

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.

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).

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

### **3. Angenommener Sachverhalt**

Der unabhängige Finanzsenat nimmt es als erwiesen an, dass die Tochter des Bw. im Rückforderungszeitraum ihren ständigen Aufenthalt iSd § 5 Abs. 3 FLAG im Libanon gehabt hat.

Diese in freier Beweiswürdigung getroffene Annahme gründet sich auf folgende Umstände:

Der Bw. selbst führt in seinem Schreiben vom 21. Oktober 2002 an, dass seine Tochter im Libanon eine private Mittelschule besucht und dass die Tochter im Haushalt der Tante lebt. Dies geht auch aus der vom Bw. vorgelegten Schulbestätigung hervor.

In seiner Berufung bringt der Bw. weiters vor, dass er für Tante und Tochter Lebenshaltungskosten bezahle sowie für das Schulgeld seiner Tochter aufkomme, weshalb sehr wohl eine einheitliche Wirtschaftsführung mit ihm und seiner Gattin in Wien gegeben sei.

Bei dem sich hieraus ergebenden Sachverhalt kann aber keine Rede davon sein, dass die Tochter iSd § 2 Abs. 5 FLAG bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dem Bw. teilt.

Schon hieraus kann in genügender Klarheit abgeleitet werden, dass sich der gewöhnliche Aufenthalt der Tochter im Rückforderungszeitraum im Libanon befunden hat.

In seiner "Berufung gegen die Berufungsvorentscheidung" vom 15. Jänner 2003 schreibt der Bw., dass sich seine Tochter "nur vorübergehend" im Ausland aufhalte und dass sie in wenigen Monaten nach Österreich komme, um ihr Studium hier fortzusetzen.

Auch diese Ausführungen sprechen eindeutig gegen einen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland, denn fest steht, dass sich die Tochter im Rückforderungszeitraum jedenfalls im Libanon aufgehalten hat. Ein nunmehr bereits seit 1999 andauernder Auslandsaufenthalt kann keinesfalls mehr als "vorübergehend" iSd § 2 Abs. 5 lit. a FLAG angesehen werden. Ab dem Zeitpunkt, ab dem die Tochter wieder nach Österreich zurückkehrt, kann allenfalls wiederum ein Anspruch auf Familienbeihilfe bestehen; dies ist aber für den davor bestehenden ständigen Auslandsaufenthalt ohne Bedeutung.

#### **4. § 2 Abs. 2 bis 5 FLAG "lex specialis" gegenüber § 5 Abs. 3 FLAG?**

In § 2 FLAG ist zunächst geregelt, wer einen Familienbeihilfenanspruch hat und für wen dieser besteht. § 2 Abs. 2 FLAG bestimmt, dass hierfür in erster Linie die Haushaltszugehörigkeit, in zweiter Linie aber die überwiegende Tragung der Unterhaltskosten maßgeblich ist.

In § 2 Abs. 5 FLAG wird sodann angeführt, in welchen Fällen die Haushaltszugehörigkeit nicht als aufgehoben gilt.

In § 5 FLAG wird normiert, unter welchen Voraussetzungen kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht.

Schon aus der Gesetzessystematik ist klar ableitbar, dass § 5 Abs. 3 FLAG dem § 2 Abs. 2 FLAG vorgeht. Eine andere Auslegung würde bewirken, dass § 5 FLAG faktisch inhaltsleer würde, da die dort geregelten Voraussetzungen bedeutungslos wären, wenn nur die Grundvoraussetzungen der Haushaltszugehörigkeit oder der Unterhaltsleistung erfüllt sind.

Eine Gewährung von Familienbeihilfe ist somit nur dann möglich, wenn Haushaltszugehörigkeit gegeben ist oder (subsidiär) überwiegend die Unterhaltskosten getragen werden und sich das Kind ständig im Inland aufhält.

Es wird darauf hingewiesen, dass Steuerpflichtigen, die für ein nicht ihrem Haushalt zugehöriges Kind den gesetzlichen Unterhalt leisten, grundsätzlich der Unterhaltsabsetzbetrag nach § 33 Abs. 4 Z 3 lit. b EStG zusteht.

**5.** In rechtlicher Hinsicht folgt somit aus dem oben Ausgeführten, dass das Finanzamt zu Recht die in Rede stehenden Beträge rückgefordert hat.

Wien, am 21. Februar 2006