



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., M., gegen den Bescheid des Finanzamtes Baden Mödling betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. August 2008 bis 31. Oktober 2008 entschieden:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird insoweit abgeändert, als Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für den Zeitraum 1. September 2008 bis 31. Oktober 2008 rückgefordert werden.

Höhe des Rückforderungsbetrages: € 532,90.

### **Entscheidungsgründe**

Die Berufungswerberin (Bw.) bezog für ihre Tochter A., geb. 1992, bis Oktober 2008 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge.

Strittig ist die Rückforderung der Beträge für die Monate August 2008 bis Oktober 2008.

Nach schriftlicher Eingabe der Bw. vom 8. September 2008, in der sie mitteilte, dass sich ihre Tochter A., Schülerin an der HLW Hotel- und Touristikfachschule Y., wegen Repetierung des Schuljahres entschlossen habe, für die Dauer eines Schuljahres im Herkunftsland Brasilien an einem Spezial Kolleg weiter zu studieren, forderte das Finanzamt mit Bescheid vom 25. November 2008 die Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für die Monate August 2008 bis

Oktober 2008 zurück (Begründung: der Anspruch sei nicht mehr gegeben, weil die Tochter seit diesem Zeitpunkt im Haushalt von deren Tante in Brasilien lebe).

Die Bw. erhob gegen den Bescheid fristgerecht Berufung und führte dazu folgendes aus:

„Ich hätte gerne eine Information, warum denn nun A. auf einmal keinen Anspruch auf Kinderbeihilfe (August 08) mehr hätte; denn bevor A. sich im August endgültig entschloss, ein Schuljahr in Brasilien zu absolvieren, erkundigten wir (mein getrennt lebender Mann) uns sehr wohl genau telefonisch bei Ihnen, und bekamen die Auskunft, dass A. Anspruch auf Kinderbeihilfe bei einem Auslandsaufenthalt mit Schulbesuch bis zu einem Jahr hätte.

A. reiste am 10. Juli nach Brasilien, (Winter)-Ferien dort bis Anfang September, entschloss sich dann wirklich die Schule dort zu besuchen (Schulplatz wurde erst dann durch Intervention von Verwandten gesichert), dann ab 18. September 08 Beginn Schulbesuch am Polytechnikum. Ich stimmte dann auch zu, damit sie hier aus einem schlechten Umfeld herausgehalten würde und in der hier besuchten HLW Schule größere Probleme hatte. Ich verschob den Rückflug nun auf den 03.01.2009 oder reserviert auch auf den 27. Juli 2009. Seit dem 1. August 2008 wohnt A. nachweislich nicht mehr bei ihrer Tante (dort wegen Platzmangel nur möglich während der Ferien), sondern in einem gemieteten Klein-Appartement 30 m<sup>2</sup> in der Nähe der Schule. In Brasilien ist meine Schwester (...) für sie verantwortlich. Die Kinderbeihilfe benötige ich, weil ich die Miete, den Schulbesuch, das Essen und Taschengeld für A. bezahle (meine Verwandten dort sind arme Fischer und haben nicht die Möglichkeiten). Es wäre für mich nicht mehr möglich, ihr dies ohne Kinderbeihilfe zu ermöglichen, lebe getrennt von meinem Mann, der auch nicht der Vater A.s ist. Monatlich Kosten in Brasilien Minimum 400 € - Miete, Heizung, Strom 130 €, Schulgeld 120 €, Krankenversicherung lokal 50 €, Essen & Sonstiges 100 € oder bisserl mehr. Mietvertrag, Schulgeld und KV nachweisbar und bringbar. Es wäre sehr gut, wenn A. dieses Schuljahr in Brasilien absolvieren könnte, um ein bisschen reifer zu werden und auch in Hinblick auf ihre Ausbildung in Tourismus (HLW Schule) ihr Portugiesisch zu verbessern (sie ist seit dem Alter von 6 Jahren in Österreich)...“

Einem im Akt aufliegenden Schreiben der Bw. – ohne Datum, eingebracht am 11. oder 12.2.2009 im Finanzamt – ist Folgendes zu entnehmen:

„Meine Tochter A. B. hat sich entschlossen, ihre Schulbildung in Brasilien fortzusetzen, noch 3 Jahre bis zur Matura oder dann Universität. Sie wird aller Wahrscheinlichkeit nicht nach Ablauf des laufenden Schuljahres zurückkehren.

A. war hier in ein schlechtes Umfeld gekommen, hatte mit Drogen Kontakt, und ging kaum mehr zur Schule, 2 – 3 mal pro Woche verließ sie das Haus aber kam nicht in die Schule. Die Probleme häuften sich, und ich beschloss, dass sie 48 Tage Ferien in der Ursprungsheimat, fern von ihrem Umfeld, machen sollte. Da sie dort sofort große Besserung zeigte, entschloss sie sich, mit meiner Zustimmung für ein ½ Jahr dort zur Schule zu gehen.

Zur Forderung der Beihilfenrückzahlung:

verstehe nicht ganz den Gesamtbetrag von 727 €, weil im Juli/August A. noch in den österreichischen Schulferien war, und eine gültige Einschreibung im Polytechnikum hatte. Sie wäre ja am 28.8.08 zurückgekommen. Auch erhielt ich bisher alle 2 Monate für A. 389,20 €. Falls ich August (warum?), September, Oktober zurückzahlen müsste, wäre das doch 583 € und nicht 727. Verstehe das nicht so ganz. Juli & August wäre sie ja auch noch in den Ferien, mit einer gültigen Anmeldung im Polytechnikum, und wohnte noch nicht fest in Brasilien. Die Einschreibung im Polytechnikum habe ich in der Hand, kann sie gerne vorweisen.

Auch habe ich eine gute Bekannte, auch aus Brasilien, die hier die gleichen Probleme hatte, sie schickte ihren Sohn auch nach Brasilien, er blieb dort 5 Jahre, die Mutter hatte auch keine Bestätigung der Schule für die Kinderbeihilfestelle für ein Auslandsschulstudium, und er bekam problemlos Kinderbeihilfe für 5 Jahre, und als er nun nach 5 Jahren wiederkam dieses Jahr bekam er sie auch weiter. Warum dieses, aber bei meiner Tochter nicht?...“

Das Finanzamt erließ am 25. Februar 2009 eine Berufungsvorentscheidung und wies die Berufung mit folgender Begründung ab:

„Gemäß § 5 Abs. 3 Familienlastenausgleichsgesetz 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 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. 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. Ihre Tochter A. hält sich seit 10. Juli 2008 in Brasilien auf und besucht dort seit September 2008 die Schule. Sie hält sich somit seit Mitte Juli 2008 ständig in Brasilien auf. Sollte A. eventuell die Ferien in Österreich verbringen wären diese Aufenthalte in Österreich als vorübergehende Abwesenheiten zu beurteilen, wodurch der ständige Aufenthalt des Kindes in Brasilien nicht unterbrochen würde.

Ihre Berufung muss aus den genannten Gründen vollinhaltlich abgewiesen werden.“

Am 16. März 2009 langte beim Finanzamt ein als Vorlageantrag zu wertender Schriftsatz ein, der allerdings kein neues Vorbringen enthält.

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

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 sowie für volljährige Kinder, sofern die in § 2 Abs. 1 lit. b FLAG näher festgelegten Voraussetzungen zutreffen. Kinder iSd Familienlastenausgleichsgesetzes sind nach § 2 Abs. 3 leg. cit. die Nachkommen einer Person.

Anspruch auf Familienbeihilfe hat nach § 2 Abs. 2 FLAG die Person, 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. Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind gemäß § 2 Abs. 5 FLAG dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt.

Nach § 5 Abs. 4 FLAG idF BGBl. Nr. 201/1996 besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten. Mit Änderung durch BGBl. I 142/2000, Artikel 71, hat der Absatz 4 des § 5 FLAG mit Wirkung ab 1. Jänner 2001 - ohne inhaltliche Änderung - die Bezeichnung "Absatz 3" erhalten.

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 Bundes-

gesetz BGBl. Nr. 201/1996 weiter anzuwenden, bis völkerrechtlich anderes bestimmt ist (vgl. § 50g Abs. 2 FLAG).

Ein solches Abkommen mit Brasilien existierte im strittigen Zeitraum (August bis Oktober 2008) nicht.

Wie das Finanzamt richtig ausgeführt hat, ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes der ständige Aufenthalt iSd § 5 Abs. 3 FLAG unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2 Bundesabgabenordnung (BAO) zu beurteilen.

Nach § 26 Abs. 2 Satz 1 BAO hat den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne der Abgabenvorschriften jemand dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt.

Eine natürliche Person kann mehrere Wohnsitze gleichzeitig haben, aber nicht gleichzeitig mehrere gewöhnliche Aufenthalte (siehe Ritz, BAO<sup>3</sup>, § 26 Tz 8). Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass A. laut ZMR-Abfrage von 9. Oktober 2000 bis 28. November 2008 in Österreich mit einem Hauptwohnsitz gemeldet war und findet sich der Vermerk: „verzogen nach Brasilien“.

§ 5 Abs. 3 FLAG stellt nur auf den ständigen Aufenthalt ab, ohne zu unterscheiden, welche Beweggründe diesen Aufenthalt bewirkten. Es ist damit auch ohne Belang, dass der Aufenthalt des Kindes im Ausland laut den Angaben der Bw. im Interesse des Kindes erfolgte.

Im gegenständlichen Verfahren ist unbestritten, dass die Tochter der Bw. am 10. Juli 2008 nach Brasilien reiste und dort ab September 2008 die Schule X. (Spezial Kolleg) besucht – dies unter anderem wegen Repetierung des Schuljahres an der HLW Hotel- und Touristikfachschule Y., um ihre Sprachkenntnisse zu verbessern und aus anderen – im Sachverhalt dargestellten – Gründen. A. wohnt in einem gemieteten Klein-Appartement in der Nähe der Schule. Die ebenfalls in Brasilien lebende Schwester der Bw. kümmert sich um A.. Ein Aufenthalt in der Wohnung der Tante ist aus Platzmangel nur in den Ferien möglich.

Wenn die Bw. in ihrem beim Finanzamt am 4. Dezember 2008 eingelangten Schreiben ausführt, dass sie die Auskunft erhalten hätte, dass bei einem Auslandsaufenthalt mit Schulbesuch bis zu einem Jahr weiterhin Anspruch auf Kinderbeihilfe bestehe, so ist dies insoweit richtig, als nach § 25 Abs. 9 Schulunterrichtsgesetz ein nachgewiesener mindestens fünfmonatiger und längstens einjähriger fremdsprachiger Schulbesuch im Ausland als erfolgreicher Schulbesuch in Österreich gilt. Für diesen Zeitraum steht Familienbeihilfe weiter zu.

Die Bw. teilte dem Finanzamt aber ursprünglich in ihrem Schreiben vom 8. September 2008 mit, dass ihre Tochter „für ein Schuljahr“ nach Brasilien gehen werde, wohingegen sie in einer späteren Eingabe schreibt: „**Sie wird aller Wahrscheinlichkeit nicht nach Ablauf des laufenden Schuljahres zurückkehren**“. Daraus ergibt sich somit, dass die Jahresfrist überschritten ist. Somit konnte das Finanzamt zu Recht davon ausgehen, dass sich die Tochter der Bw. auch über das Schuljahr 2008/2009 hinaus ständig in Brasilien aufhalten wird.

Allerdings ist das Vorbringen der Bw. glaubhaft, wonach sich ihre Tochter zunächst nur in den Schulferien in Brasilien aufgehalten hat, ohne dass eindeutig festgestanden ist, dass sie ab September 2008 auch in Brasilien die Schule besuchen wird. Dafür spricht auch die gültige Anmeldung im Polytechnikum. Somit konnte der Berufung insoweit stattgegeben werden, als der Rückforderungszeitraum auf die Monate September und Oktober 2008 eingeschränkt wird.

Höhe des Rückforderungsbetrages:

Die Rückforderung erfolgte für die Monate August 2008 bis Oktober 2008; dies würde – wie die Bw. in einer Eingabe (ohne Datum) ausführt, € 584,-- betragen. Im September 2008 kam es jedoch zu einer einmaligen Sonderzahlung in Höhe von € 143,70 (ohne Kinderabsetzbetrag).

Familienbeihilfe € 143,70	x 3 Monate	= € 431,10
Kinderabsetzbetrag € 50,90	x 3 Monate	= € 152,70
plus einmalige Sonderzahlung (13. Familienbeihilfe im September 2008)		€ 143,70
ergibt		€ 727,50

Aufgrund der obigen Ausführungen wird der Rückforderungsbetrag wie folgt festgesetzt:

Familienbeihilfe € 143,70	x 2 Monate	= € 287,40
Kinderabsetzbetrag € 50,90	x 2 Monate	= € 101,80
plus einmalige Sonderzahlung (13. Familienbeihilfe im September 2008)		€ 143,70
ergibt		€ 532,90

Wien, am 27. April 2009