



## Bescheid

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der bw, vertreten durch vt, vom 4. Juli 2008 gegen den Bescheid des Finanzamtes o1 vom 17. Juni 2008 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für die Zeiträume vom 1. Dezember 2006 bis 31. Juli 2007 das Kind k1 betreffend und 1. Dezember 2006 bis 31. Oktober 2007 das Kind k2 betreffend entschieden:

Der angefochtene Bescheid und die Berufungsvorentscheidung werden gemäß § 289 Abs. 1 der Bundesabgabenordnung (BAO), BGBl Nr. 1961/194 idGf, unter Zurückweisung der Sache an die Abgabenbehörde erster Instanz betreffend oben angeführter Zeiträume aufgehoben.

### Begründung

Betreffend den umfassenden Sachverhalt zum gegenständlichen Berufungsfall wird auf die Ausführungen in der Entscheidung des Unabhängigen Finanzsenates zu RV/0052-F/09 vom 21. Dezember 2010 verwiesen.

Das Finanzamt hat in seinen Bescheiden ua. ausgeführt, dass sich beide Söhne der Berufungswerberin (Bw) in den oben angeführten streitgegenständlichen Zeiträumen ständig im Ausland aufgehalten hätten und gemäß § 5 Abs. 3 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 daher kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestünde.

Gemäß § 2 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben (und noch weitere in

den folgenden Bestimmungen des FLAG genannte Bedingungen erfüllen), Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder sowie unter bestimmten im Gesetz aufgezählten Voraussetzungen für volljährige Kinder.

Nach § 2 Abs. 8 FLAG 1967 in der Fassung ab 1.1.2006, welche hier zur Anwendung kommt, 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.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kann eine Person zwar mehrere Wohnsitze, jedoch nur einen Mittelpunkt der Lebensverhältnisse haben. Unter persönlichen Beziehungen sind dabei all jene zu verstehen, die jemanden aus in seiner Person liegenden Gründen auf Grund der Geburt, der Staatszugehörigkeit, des Familienstandes und der Betätigungen religiöser und kultureller Art, folglich nach allen Umständen, die den eigentlichen Sinn des Lebens ausmachen, an ein bestimmtes Land binden. Nach den Erfahrungen des täglichen Lebens bestehen im Regelfall die stärksten persönlichen Beziehungen zu dem Ort, an dem man regelmäßig und Tag für Tag mit seiner Familie lebt. Daraus folgt, dass der Mittelpunkt der Lebensverhältnisse einer verheirateten Person regelmäßig am Ort des Aufenthaltes ihrer Familie zu finden sein wird. Diese Annahme setzt allerdings im Regelfall die Führung eines gemeinsamen Haushaltes sowie das Fehlen ausschlaggebender und stärkerer Bindungen zu einem anderen Ort, etwa aus beruflichen oder gesellschaftlichen Gründen, voraus. Der Familienwohnsitz ist also nur bei gemeinsamer Haushaltsführung von ausschlaggebender Bedeutung, nicht bei getrennten Haushalten. Bei von der Familie getrennter Haushaltsführung kommt es auf die Umstände der Lebensführung, wie etwa eine eigene Wohnung, einen selbstständigen Haushalt, gesellschaftliche Bindungen, aber auch auf den Pflichtenkreis einer Person und hier insbesondere auf ihre objektive und subjektive Beziehung zu diesem an. Die auf die Wohnsitze entfallenden Aufenthaltszeiten sind ein bedeutsames quantitatives Kriterium dafür, wo der Mittelpunkt der Lebensverhältnisse einer Person besteht (zB VwGH 18.1.1996, 93/15/0145).

Das Finanzamt hat sich laut Bescheidbegründung vom 18. November 2008 im gegebenen Berufungsfall nicht damit auseinandergesetzt, ob die Grundvoraussetzung - nämlich, ob die Bw in Österreich gemäß § 2 Abs. 8 FLAG ihren Mittelpunkt der Lebensinteressen begründet hat - vorliegt. Laut Eingabe vom 1. September 2010 gibt die Bw selbst an, dass sie mit ihren Söhnen am 8. Dezember 2006 wieder nach Österreich zurückgekehrt sei und nach ihren Ausführungen flog sie mit ihren Söhnen am 25. Oktober 2007 nach o2.

Schlussendlich entscheidend ist, ob die Bw ab diesem Zeitpunkt (8. Dezember 2006) in Österreich wieder einen Mittelpunkt der Lebensinteressen begründet hat. Dabei ist jedenfalls zu berücksichtigen, dass es auf Grund der verstärkt zu erkennenden Mobilität durchaus immer häufiger der Fall ist, dass sich der Mittelpunkt der Lebensinteressen - auch mehrmals - verlagern kann. Gleiches gilt auch für die Aufnahme bzw. Beendigung persönlicher Beziehungen, die einen (wiederholten) Wohnortwechsel mit sich bringen können. Die Bw gibt selbst an, dass ihr Mittelpunkt der Lebensinteressen immer in Österreich gelegen sei.

Wenn man den Ausführungen der Rechtsprechung folgt, so hat jemand ua. dort einen Mittelpunkt der Lebensinteressen, wo sich seine Familie befindet. Im hier vorliegenden Berufungsfall kann sich dieser sodann nur dort befinden, wo sich auch die Söhne der Bw aufhalten. Die Bw gibt selbst an, dass sie mit wenigen Ausnahmen ständig mit ihren Söhnen unterwegs war.

Nachdem die sogenannten „Wanderjahre“ im Dezember 2006 sozusagen unterbrochen bzw. beendet wurden und die Söhne sich sodann von Dezember 2006 bis Oktober 2007 in Österreich bzw. im EU-Raum aufgehalten haben, lag nach Ansicht der Referentin des Unabhängigen Finanzsenates der Mittelpunkt der Lebensinteressen nachvollziehbar und unter Berücksichtigung aller Angaben der Bw in ihren Eingaben (siehe hiezu die Entscheidung des Unabhängigen Finanzsenates zu RV/0052-F/09) in Österreich bzw. im EU-Raum.

Das Finanzamt hat hiezu jedenfalls keinerlei Feststellungen getroffen.

Das Finanzamt hat einzig und allein begründet, dass sich die Söhne ständig im Ausland aufhalten würden und der Familienbeihilfanspruch daher für den gesamten Zeitraum nicht gegeben sei.

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

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH) ist der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs. 3 FLAG 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 iSd § 26 Abs. 2 BAO 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 VwGH vom 2.6.2004, Zl. 2001/13/0160 und vom 20.6.2000, Zl. 98/15/0016).

Das Verbringen der Ferien in Österreich wäre als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, wodurch der ständige Aufenthalt des Kindes im Ausland nicht unterbrochen wird (vgl die einen mehrjährigen Schulbesuch im Ausland betreffenden Erkenntnisse des VwGH vom 2.6.2004, Zl. 2001/13/0160 und vom 28.11.2002, Zl. 2002/13/0079).

Zum Aufenthalt von Kindern im Ausland (z.B. USA) hat der VwGH zumindest zweimal entschieden und dabei festgestellt, dass ein Aufenthalt von einer Dauer von mehr als zwei Jahren jedenfalls schädlich sein kann.

So beurteilte er in einem Erkenntnis den sich über volle zwei Jahre erstreckenden Auslandsaufenthalt von minderjährigen Kindern des (damaligen) Beschwerdeführers in den USA als ständig und damit schädlich im Sinne dieser Gesetzesbestimmung. Er führte wörtlich aus, dass es nicht zweifelhaft sein könne, dass ein sich über volle zwei Jahre erstreckender Auslandsaufenthalt der Kinder des Beschwerdeführers als ständig im Sinne des (damaligen) § 5 Abs. 4 FLAG beurteilt werden muss. Ob und wie lange die Kinder in den USA eine Schule besucht haben, sei für diese Beurteilung bedeutungslos gewesen (VwGH 20.10.1993, 91/13/0175).

In einem weiteren Beschwerdefall handelte es sich um einen annähernd dreijährigen Auslandsaufenthalt des Sohnes, wobei dieser den Wohnsitz seines Vaters während dessen Aufenthaltes in den USA teilte. Dabei hielt sich der Sohn während der (Sommer)Ferien bei der (damaligen) Beschwerdeführerin in Österreich auf, besuchte die Schule offenbar im Hinblick auf den Erwerb von Sprachkenntnissen für den beabsichtigten Besuch einer (österreichischen) höheren Lehranstalt für Tourismus und dürfte diese Ausbildung später auch tatsächlich in Österreich in Angriff genommen haben. Trotzdem beurteilte das Höchstgericht auch diesen Aufenthalt als schädlich (VwGH vom 20.6.2000, Zl. 98/15/0016).

Auch der Verfassungsgerichtshof (VfGH) hat sich in seinem Erkenntnis vom 4.12.2001, B-2366/00, mit den im dortigen Verfahren vorgebrachten verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Bestimmung des § 5 Abs. 4 (neu: Abs. 3) auseinandergesetzt und ist zum Ergebnis gelangt, dass ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Familienbeihilfe für sich ständig im Ausland aufhaltende Kinder nicht anzunehmen ist. In diesem Erkenntnis hat der Gerichtshof ausgeführt, dass eine gesetzliche Regelung, welche den Anspruch auf eine der Familienförderung dienende Transferleistung an eine Nahebeziehung des anspruchsvermittelnden Kindes zum Inland binde und hierbei auf dessen Aufenthalt abstelle, keine verfassungsrechtlichen Bedenken erwecke.

Im vorliegenden Berufungsfall sind die Söhne mit der Bw am 8. Dezember 2006 von Reisen aus I1 etc. (Drittstaaten) wieder nach Österreich zurückgekehrt. Vom 8. bis 17. Dezember 2006 waren die Kinder bei ihrem Vater in O3, vom 18. Dezember 2006 bis Weihnachten in O1 und O3 bei den Schwestern der Bw, vom 26. Dezember bis Ende Dezember 2006 in I2 bei den Großeltern, von Jänner bis 27. Juli 2007 folgten verschiedene Besuche beim Vater in O3, den Schwestern in O3, der Großmutter in O1, vom 28. Juli bis 19. September folgte ein Besuch bei Freunden in O4, vom 20. September bis 24. Oktober wiederum ein Besuch bei der Großmutter in O1, am 25. Oktober 2007 flogen die Söhne mit der Bw nach O2 zum Studium bzw. zur Ausbildung. Diese Angaben lassen den Schluss zu, dass sich die Söhne zumindest in der Zeit vom 8. Dezember 2006 bis 25. Oktober 2007 ständig im Bundesgebiet bzw. EU-Raum aufgehalten haben.

Nunmehr wäre für die Abgabenbehörde erster Instanz zu überprüfen gewesen, inwieweit ab Dezember 2006 bis Oktober 2007 der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Bw in Österreich gelegen ist. Ist dies zu bejahen, stellt sich nunmehr die Frage, ob die Bw – nachdem aufgrund ihrer eigenen Angaben kein eigener Haushalt bestanden hat – für ihre beiden Söhne die Kosten überwiegend getragen hat.

Nach § 2 Abs. 2 FLAG 1967 hat Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind 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.

Gemäß § 2 Abs. 5 FLAG 1967 gehört zum Haushalt einer Person ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltsgehörigkeit gilt nicht als aufgehoben, wenn sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält.

Aufgrund der derzeitigen Aktenlage kann die Frage der überwiegenden Kostentragung durch die Bw jedenfalls nicht beantwortet werden, vielmehr sind ergänzende Erhebungen erforderlich.

Um beurteilen zu können, wer die Unterhaltskosten für ein Kind überwiegend trägt, sind zunächst die tatsächlichen Kosten, die für den Unterhalt des Kindes aufgewendet werden, zu ermitteln. Zu den Unterhaltskosten gehören alle Kosten zur Deckung der Bedürfnisse des Kindes entsprechend § 140 ABGB, also insbesondere die Kosten der Nahrung, der Bekleidung, der Wohnung mit Licht und Heizung, der Körperpflege, der ärztlichen Behandlung, der Heilmittel und der Pflege in Krankheitsfällen, einer Erholungsreise, des Unterrichtes und der

Berufsausbildung, der Befriedigung angemessener geistiger Bedürfnisse und Unterhaltungen und vieles mehr. Diese Kosten sind grundsätzlich unter Mitwirkung der Familienbeihilfenwerberin konkret zu ermitteln. Sodann sind diesen tatsächlichen Unterhaltskosten die Unterhaltsleistungen der Familienbeihilfenwerberin gegenüberzustellen. Betragen die Unterhaltsleistungen mehr als die Hälfte der tatsächlichen Unterhaltskosten, steht – bei Vorliegen aller übrigen Voraussetzungen – die Familienbeihilfe zu.

Mit den vom Finanzamt dermaßen einseitig gestalteten Ausführungen kann der gegenständliche Bescheid jedoch nicht tragfähig begründet werden und blieb der entscheidungswesentliche Sachverhalt in obigem Sinne unvollständig festgestellt. Das Finanzamt hätte unter Wahrung des Parteiengehörs und unter Berücksichtigung der vorhin zitierten Verwaltungsgerichtshoferkenntnisse und hiezu ergangenen weiteren Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes im gegenständlichen Fall zu prüfen gehabt, ob die Bw ihren Mittelpunkt der Lebensinteressen im oben streitgegenständlichen Zeitraum in Österreich hatte. Außerdem hätte es zu prüfen gehabt, ob die Bw bei Vorliegen eines Mittelpunktes der Lebensinteressen in Österreich auch den Unterhalt beider Söhne in den streitgegenständlichen Zeiträumen überwiegend getragen hat.

Da im gegenständlichen Fall somit der für die Entscheidung wesentliche Sachverhalt nicht ausreichend ermittelt wurde, ist eine Aufhebung unter Zurückverweisung der Sache an die Abgabenbehörde erster Instanz zweckmäßig. Dies einerseits, weil nicht auszuschließen ist, dass bei Durchführung der erforderlichen Ermittlungen von einem Sachverhalt auszugehen ist, der die Gewährung der Familienbeihilfe ab dem streitgegenständlichen Zeitpunkt rechtfertigen würde und andererseits es nicht Aufgabe der Abgabenbehörde zweiter Instanz, welche als reine Rechtsmittelbehörde zwischen den (gleichberechtigten) Parteien des Verfahrens zu entscheiden hat, ist, (allenfalls aufwendige) Ermittlungen durchzuführen, die von einer Partei angestellt hätten werden müssen. Zudem wäre jeder von der Abgabenbehörde zweiter Instanz gesetzte Ermittlungsschritt und dessen Ergebnis zwecks Wahrung des Parteiengehörs der jeweils anderen Partei zur Stellungnahme vorzulegen, was sodann wiederum für eine allenfalls einlangende Entgegnung gelten würde; dies jeweils unter Gewährung angemessener Fristen, was zu einer enormen zeitlichen Verlängerung des Verfahrens führen würde.

Es war daher - wie im Spruch ausgeführt - zu entscheiden.

Feldkirch, am 21. Dezember 2010