

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin ***Ri*** in der Beschwerdesache ***Bf1***, ***Bf1-Adr***, über die Beschwerde vom 31. Oktober 2017 gegen den Abweisungsbescheid des Finanzamtes Graz-Umgebung vom 12. Oktober 2017 betreffend Antrag auf Ausgleichszahlung für Kind, geb. xx.xx..1998, für den Zeitraum ab Jänner 2014, SV-NR. ***1***, zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.

Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

Die Beschwerdeführerin (Bf.), eine rumänische Staatsbürgerin, beantragte am 19.06.2017 die Gewährung der Ausgleichszahlung (Familienbeihilfe) für ihre Tochter VNKind, geb. xx.xx..1998, für den Zeitraum 2014, 2015 und 2016. Sie sei im Dezember 2013 nach Österreich eingereist und hat ihren Dienstgeber angegeben.

Im Ermittlungsverfahren vor dem Finanzamt gab die Bf. weiters an, dass ihre Tochter bei ihrem Vater in Serbien lebe, wo sie derzeit die Universität in Belgrad besuche. Davor habe sie dort das Gymnasium besucht und die Matura abgelegt. Lt. Diplom des ***2*** Gymnasiums (Serbien) vom 07.06.2017 bestand die Tochter der Bf. die Maturaprüfung. Lt. Schulbesuchsbestätigungen hat die Tochter dieses Gymnasium seit dem Schuljahr 2014 besucht. Die Schule befinde sich 180 km vom Wohnort in Rumänien entfernt. Manchmal fahre ihre Tochter nach Rumänien. Ihr Ehegatte sei in Rumänien nicht beschäftigt, er besuche ab und zu die Familie.

Die Beschwerdeführerin arbeite als selbständige 24h-Pflegerin in Österreich.

Lt. der Familienstandsbescheinigung für die Gewährung von Familienleistungen (E 401) besteht

die Familie aus der Bf., ihrem Ehegatten Ehegatte und ihrer Tochter Kind, wobei der Ehegatte in Serbien wohnhaft ist. Lt. der Anfrage betreffend den Anspruch auf Familienleistungen in dem Mitgliedstaat, in dem die Familienangehörigen leben (E 411) wurde von der Bf. im Zeitraum 01.03.2014 bis 31.07.2017 kein Antrag auf Familienleistungen gestellt.

Vorgelegt wurden auch eine Bescheinigung der Wohnsitzgemeinde ***3*** des Ehegatten in Serbien, dass er in Serbien nicht beschäftigt ist und keine Einnahmen hat, die Heiratsurkunde über die Eheschließung vom 03.09.1998 in ***3***, Geburtsurkunden der gesamten Familie und Unterlagen über die von der Bf. zu pflegenden Personen.

Das Finanzamt wies mit Bescheid vom 12.10.2017 den Antrag der Bf. auf Gewährung der Ausgleichszahlung ab. In der Begründung wurde unter Hinweis auf § 5 Abs. 3 FLAG 1967 ausgeführt, dass die volljährige Tochter im Haushalt des Kindesvaters in Serbien wohne.

Dagegen erhob die Beschwerdeführerin fristgerecht die Beschwerde, begründend mit dem ergänzenden Vorbringen, dass sie mit ihrer Tochter und dem Kindesvater in Serbien und in Rumänien wohne. Derzeit arbeite sie in Österreich. Ihre Tochter sei in Rumänien geboren und habe die rumänische Staatsbürgerschaft. Die Familie habe in Rumänien und in Serbien einen Wohnsitz. Während sie in Österreich arbeitet, müsse sich ihre Tochter bei ihrem Vater in Serbien aufhalten, da ihr Ehemann krank sei.

Das Finanzamt wies die Beschwerde mit Beschwerdeverentscheidung ab. In der Begründung wurde ausgeführt:

„Ihre volljährige Tochter VNKind hat vom Schuljahr 2013/2014 bis einschließlich zum Schuljahr 2016/2017 das Gymnasium in Serbien absolviert und hat dort im Juni 2017 die Reifeprüfung abgelegt. Seit Herbst 2017 besucht sie nun die Universität in Serbien und lebt im Haushalt des Kindesvaters in Serbien.

Eine Person hat den Mittelpunkt der Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.

Aufgrund der uns vorliegenden Unterlagen (schulische Laufbahn und Studium in Serbien) muss davon ausgegangen werden, dass Ihre Tochter VNKind den Mittelpunkt der Lebensinteressen in Serbien und nicht in Rumänien hat.“

Daraufhin stellte die Beschwerdeführerin den Antrag auf Entscheidung über die Beschwerde an das Bundesfinanzgericht (Vorlageantrag) mit der ergänzenden Begründung, dass ihre Tochter zwar in Serbien ihre Ausbildung absolviert habe, dort aber nicht der Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen sei, da sie nach Österreich gehen möchte. Sie habe wegen der schweren Erkrankung ihres Vaters in Serbien leben müssen, aber nicht die ganze Zeit, auch wenn sie in der Schule die Pflicht der ständigen täglichen Anwesenheit gehabt habe.

Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

Gemäß Art. 2 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABLEU Nr. L 166 vom 30. 4.2004, (VO 883/2004) gilt diese Verordnung für Staatsangehörige eines Mitgliedstaats, Staatenlose und Flüchtlinge mit Wohnort in einem Mitgliedstaat, für die die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, sowie für ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen.

§ 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) idgF regelt:

(1) Anspruch auf Familienbeihilfe haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben,

a) für minderjährige Kinder,

b) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist.

(2) Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind hat 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.

(3) Im Sinne dieses Abschnittes sind Kinder einer Person

a) deren Nachkommen,

b) deren Wahlkinder und deren Nachkommen,

c) deren Stiefkinder,

d) deren Pflegekinder (§§ 186 und 186a des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches).

(4) Die Kosten des Unterhalts umfassen bei minderjährigen Kindern auch die Kosten der Erziehung und bei volljährigen Kindern, die für einen Beruf ausgebildet oder in ihrem Beruf fortgebildet werden, auch die Kosten der Berufsausbildung oder der Berufsbildung.

(5) Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltszugehörigkeit gilt nicht als aufgehoben, wenn

a) sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält,

b) das Kind für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt,

c) sich das Kind wegen eines Leidens oder Gebrechens nicht nur vorübergehend in Anstaltspflege befindet, wenn die Person zu den Kosten des Unterhalts mindestens in Höhe der Familienbeihilfe für ein Kind beiträgt;

handelt es sich um ein erheblich behindertes Kind, erhöht sich dieser Betrag um den Erhöhungsbetrag für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4).

Ein Kind gilt bei beiden Elternteilen als haushaltszugehörig, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen, dem das Kind angehört.

(6) Bezieht ein Kind Einkünfte, die durch Gesetz als einkommensteuerfrei erklärt sind, ist bei Beurteilung der Frage, ob ein Kind auf Kosten einer Person unterhalten wird, von dem um jene Einkünfte geminderten Betrag der Kosten des Unterhalts auszugehen; in diesen Fällen trägt eine Person die Kosten des Unterhalts jedoch nur dann überwiegend, wenn sie hiezu monatlich mindestens in einem Ausmaß beiträgt, das betragsmäßig der Familienbeihilfe für ein Kind (§ 8 Abs. 2) oder, wenn es sich um ein erheblich behindertes Kind handelt, der Familienbeihilfe für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 2 und 4) entspricht.

(7) Unterhaltsleistungen auf Grund eines Ausgedinges gelten als auf Kosten des Unterhaltsleistenden erbracht, wenn der Unterhaltsleistende mit dem Empfänger der Unterhaltsleistungen verwandt oder verschwägert ist; solche Unterhaltsleistungen zählen für den Anspruch auf Familienbeihilfe auch nicht als eigene Einkünfte des Kindes.

(8) Personen haben 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 § 5 Abs. 3 FLAG 1967 besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

Gemäß § 26 Abs. 2 Bundesabgabenordnung (BAO) hat jemand den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinn 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. Wenn Abgabenvorschriften die unbeschränkte Abgabepflicht an den gewöhnlichen Aufenthalt knüpfen, tritt diese jedoch stets dann ein, wenn der Aufenthalt im Inland länger als sechs Monate dauert. In diesem Fall erstreckt sich die Abgabepflicht auch auf die ersten sechs Monate.

Die VO 883/2004 ersetzt nicht die nationalen Systeme durch ein einheitliches System. Es werden die verschiedenen Systeme der sozialen Sicherheit der einzelnen Mitgliedstaaten lediglich koordiniert. Wer die Berechtigten ihres Systems der sozialen Sicherheit sind, wie hoch der jeweilige Anspruch ist und welche Anspruchsvoraussetzungen zu erfüllen sind, richtet sich nach den nationalen Bestimmungen (vgl. *Gebhard* in *Lenneis/Wanke* (Hrsg), FLAG² § 53 Rz 83).

Voraussetzung für einen Anspruch auf Familienbeihilfe für die Tochter der Beschwerdeführerin, ist es daher, dass sich das Kind ständig im Gebiet eines Staates aufhält, auf den die VO 883/2004 anzuwenden ist.

Bei der Frage des ständigen Aufenthaltes iSd § 5 Abs. 3 geht es um objektive Kriterien, die nach den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2 BAO zu beurteilen sind (vgl. etwa VwGH 22.4.2009, 2008/15/0323; VwGH 28.11.2007, 2007/15/0055; VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103). Diese Beurteilung hat nicht auf den subjektiven

Gesichtspunkt des Mittelpunktes der Lebensinteressen abzustellen, sondern auf das objektive Kriterium der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit.

Nach der Rechtsprechung des VwGH ist der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs. 3 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. Ein Aufenthalt in dem genannten Sinne 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. VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103).

Erstreckt sich ein Aufenthalt über einen „längeren Zeitraum“, so liegt nach der Rechtsprechung des VwGH „jedenfalls“ ein „nicht nur vorübergehendes Verweilen“ vor (vgl. in diesem Sinn etwa das hg Erkenntnis vom 28.11.2007, 2007/15/0055). Ein Aufenthalt ist demnach nicht schon dann „vorübergehend“ im Sinne dieser Rechtsprechung, wenn er zeitlich begrenzt ist (VwGH 26.1.2012, 2012/16/0008).

Der VfGH hat im Erkenntnis vom 4.12.2001, B 2366/00, zum Ausdruck gebracht, dass gegen eine Vorschrift, die bewirkt, dass Personen, die im Ausland (Drittland) lebenden Kindern gegenüber zu Unterhaltsleistungen verpflichtet sind, keine Familienbeihilfe gewährt wird, keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen.

Das (teilweise) Verbringen der Ferien in der EU ist jeweils als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, wodurch der ständige Aufenthalt der Kinder im Ausland (Drittland) nicht unterbrochen wurde (VwGH 27.4.2005, 2002/14/0050; VwGH 20.6.2000, 98/15/0016; VwGH 8.6.1982, 82/14/0047; VwGH 28.11.2002, 2002/13/0079; VwGH 2.6.2004, 2001/13/0160), (vgl. *Reinalter* in Lenneis/Wanke (Hrsg), FLAG², § 5 Rz 9).

Lassen objektive Gesichtspunkte erkennen, dass ein Aufenthalt nicht nur vorübergehend währen wird, dann liegt schon ab dem Vorliegen dieser Umstände, allenfalls ab Beginn des Aufenthaltes, ein ständiger Aufenthalt vor.

Ein bereits etwa einjähriger Auslandsaufenthalt, der einem Schulbesuch im Ausland dient, ist nach der Rechtsprechung des VwGH als ständiger Aufenthalt iS des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 zu werten (vgl. VwGH 26.1.2012, 2012/16/0008).

Im vorliegenden Fall arbeitete die Beschwerdeführerin mit rumänischem Wohnsitz und rumänischer Staatsbürgerschaft als 24-h Pflegerin durchschnittlich jeden zweiten Monat in Österreich. Ihre Tochter besuchte lt. Schulbesuchsbestätigungen zumindest seit dem Schuljahr 2014 das Gymnasium in ***2*** (Serbien), das 126 km (www.google.maps) von ihrem Wohnort in Rumänien entfernt gelegen ist. Allerdings lebte sie bei ihrem schwer erkrankten Vater in ***3*** (Serbien), rund 23 km vom Schulort entfernt (www.google.maps). Am

07.06.2017 hat sie am Gymnasium in ***2*** die Matura bestanden, somit war im beschwerdegegenständlichen Fall der Auslandsaufenthalt der Tochter auf eine jedenfalls vierjährige Dauer angelegt. In der Folge hat die Tochter die Universität in Belgrad besucht.

Im Lichte der zitierten höchstgerichtlichen Erkenntnisse sowie der in der Fachliteratur vertretenen Meinung ist somit der nach § 5 Abs. 3 FLAG 1967 geforderte "ständige Aufenthalt" bei im Ausland/Drittland studierenden oder dort eine Schule besuchenden Kindern im Ausland und nicht in der EU gelegen.

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Tochter der Bf. im hier zu beurteilenden Zeitraum manchmal nach Rumänien gefahren ist, da dadurch der ständige Aufenthalt in Serbien nicht unterbrochen wird. Selbst eine allenfalls geplante Rückkehr der Tochter nach Rumänien oder ein geplanter Aufenthalt in Österreich nach Abschluss der Schul- bzw. Studienzeit kann erst ab Verwirklichung berücksichtigt werden. Eine Person kann zwar mehrere Wohnsitze haben, aber nur einen gewöhnlichen Aufenthalt.

Das Beschwerdevorbringen kann an der Beurteilung, dass sich die Tochter iSd § 5 Abs. 3 FLAG 1967 ständig im Drittland aufhielt, nichts ändern und eignet sich nicht zur Begründung des Anspruchs auf Familienbeihilfe für den strittigen Zeitraum. Wie oben ausgeführt, erfolgt die Beurteilung nicht nach subjektiven Gesichtspunkten, sondern nach dem objektiven Kriterium der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit. Da die Tochter der Beschwerdeführerin ab 2014 die Schule in Serbien besuchte und in dieser Zeit bei ihrem Vater in Serbien lebte, war ihr ständiger Aufenthalt im Drittland.

Mangels Anwendbarkeit der VO 883/2004 auf Serbien stellt der dortige ständige Aufenthalt der Tochter nach § 5 Abs. 3 FLAG 1967 einen Ausschlussgrund zu einem ansonsten allenfalls bestehenden Anspruch dar.

Aus diesem Grund kann der rechtmäßigen Entscheidung des Finanzamtes nicht entgegengetreten werden.

Auf Grund des im gegenständlichen Fall vorliegenden Sachverhaltes, der gesetzlichen Bestimmungen und der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes war über die Beschwerde wie im Spruch zu entscheiden.

Zur Unzulässigkeit einer Revision:

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des

Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Da im Beschwerdefall kein Rechtsproblem strittig ist, sondern der als erwiesen anzunehmende Sachverhalt in freier Beweiswürdigung festgestellt wurde und das Erkenntnis der zitierten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes folgt, ist gegen dieses Erkenntnis eine (ordentliche) Revision nicht zulässig.

Graz, am 2. März 2022