



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw, Adr, vertreten durch Dr. Emelle Eglenceoglu, Rechtsanwältin, 6800 Feldkirch, Gilmstraße 2, vom 2. Mai 2013 gegen den Bescheid des Finanzamtes Feldkirch vom 8. April 2013 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab September 2012 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber ist Vater der am AABBBBBB geborenen F. Seitens des Finanzamtes wurde ihm im Juli 2012 ein Formular zur Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe übermittelt. Er legte in Übersetzung eines beeideten, gerichtlich zertifizierten Dolmetschers eine Bestätigung der Universität Ankara vor, wonach F dort dem Studium der islamischen Theologie nachgehe. Als Registrierungsdatum der Studierenden war der XXYYZZZZ angegeben. Die in H geborene österreichische Staatsbürgerin F sei ordentliche Studentin der theologischen Fakultät und werde – wenn sie die "Klassen" schaffe – 2017/2018 ihren Abschluss machen.

Darüber hinaus reichte der Berufungswerber ein Schreiben F's ein, in dem sie ausführte: Das Studium umfasse 10 Semester. Im ersten Jahr, der Vorbereitungsklasse, finde nur Arabisch-Unterricht statt, danach beginne der Theologieunterricht. Das Studium der islamischen Theologie sei in Österreich nicht möglich. Der türkische Staat wolle überdies junge

Maturantinnen und Maturanten, die in Österreich geboren und mit zwei Kulturen aufgewachsen seien, in der Türkei ausbilden und sie dann wieder zurückschicken. Sie werde daher nach fünf Jahren wieder in Österreich arbeiten. Sie wohne in der Türkei in einem Heim (Anm.: Adresse angegeben). Die Kosten für Bücher, Hefte und Essen trage ihr Vater. Es gebe keine Studiengebühren. Die Flüge seien am teuersten. Sie habe im Übrigen ein Mädchen aus Wien kennengelernt, das unter den selben Bedingungen in der Türkei studiere und die Familienbeihilfe stets erhalten habe.

Eine Melderegisterabfrage des Finanzamtes vom 8.4.2013 ergab, dass F bis 28.3.2013 an der Adresse ihres Vaters (=Familienadresse) mit diesem als Unterkunftgeber gemeldet war. Sie enthielt den Vermerk: "Verzogen nach Türkei".

Eine weitere Melderegisterauskunft vom 24.6.2013 (Anm.: Der angefochtene Bescheid stammt vom 8.4.2013) zeigt eine Wiederanmeldung von F ab 3.6.2013 an der Familienadresse. Als Unterkunftgeberin scheint ihre Mutter MA auf. Dem Vermerk "Verzogen nach Türkei" ist der Vermerk "Zugezogen von Türkei" hinzugefügt.

Das Finanzamt erließ einen **Bescheid**, mit dem der Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe abgewiesen wurde und führte begründend aus: Der Berufungsweber habe wohl Studienbestätigungen, trotz entsprechenden behördlichen Ersuchens aber keinen Studienplan in deutscher Übersetzung vorgelegt. So sei es nicht möglich gewesen, zu überprüfen, ob es eine gleichwertige Ausbildung in Österreich gebe. Zudem bestehe gemäß § 5 Abs. 3 FLAG kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland – hier in der Türkei – aufhielten. Das gelte auch für Studienzeiten im Ausland.

Mit der dagegen eingebrachten **Berufung** legte der Berufungswerber einen Studienplan in Türkisch/Englisch vor und führte aus, in Österreich gebe es kein gleichartiges oder ähnliches Studium.

In einer daraufhin ergehenden abweisenden **Berufungsvorentscheidung** erläuterte das Finanzamt im Wesentlichen: Die einschränkende Bestimmung des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 gelte für ausländische und österreichische Staatsbürger. In beiden Fällen stehe für Kinder, die sich ständig im Ausland, dh außerhalb des Gemeinschaftsgebietes in einem Drittstaat aufhielten, keine Familienbeihilfe zu. Da F sich ständig in einem Drittstaat aufhalte, müsse auf sonstige Anspruchsvoraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe nicht weiter eingegangen werden. Es befinde sich auch kein Abkommen zwischen der Türkei und Österreich in Geltung, wonach familienbezogene Leistungen für ein in der Türkei studierendes Kind entgegen der Bestimmung des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 zustünden.

Das Finanzamt wies den Berufungswerber für den Fall einer weiteren Ausschöpfung des Rechtszuges abschließend darauf hin, dass er diesfalls Rechnungen und Flugtickets, die F für den Zeitraum ab 28.8.2012 betreffen, außerdem eine Kopie des gesamten Reisepasses mit Ein- und Ausreisestempeln und Sichtvermerken sowie Überweisungsbelege für die Tragung der Internatskosten in der Türkei miteinreichen möge.

Der Berufungswerber brachte, vertreten durch eine Rechtsanwältin, einen **Antrag auf Entscheidung über seine Berufung durch die Abgabenbehörde II. Instanz** ein. Darin führte er aus: Es werde die Argumentation bestritten, dass ein auf voraussichtlich mehrere Jahre angelegter Schulbesuch nicht mehr als nur vorübergehender Aufenthalt zu beurteilen sei. Der Berufungswerber sei in Österreich niedergelassen und erwerbstätig. Der Lebensmittelpunkt seiner Tochter habe sich nicht in die Türkei verlagert, sondern sei nach wie vor in Österreich, da sie ihren Hauptwohnsitz in Österreich nicht aufgegeben habe. Sie sei ständig in Kontakt mit der in Österreich lebenden Familie. Der Berufungswerber trage die gesamten Unterhaltskosten. Im Sinne des § 2 Abs. 1 lit.a, § 2 Abs. 2 und § 2 Abs. 5 FLAG 1967 habe er daher Anspruch auf Familienbeihilfe.

Ein ständiger Auslandsaufenthalt gemäß § 5 Abs. 3 FLAG liege aufgrund der engen familiären, wirtschaftlichen und persönlichen Bindungen zu Österreich nicht vor. Die Tochter des Berufungswerbers halte sich lediglich zu Studienzwecken in der Türkei auf und baue dort kein eigenständiges Leben auf. Sie werde auch nicht mit Mitteln aus dem Studienland Türkei unterstützt. Sie verbringe jegliche freie Zeit in Österreich. Die Zugehörigkeit zum Haushalt des Berufungswerbers iSd § 2 Abs. 5 lit. b FLAG 1967 sei nicht aufgehoben, sondern bestehe nach wie vor.

Nach Studienende werde die Tochter des Berufungswerbers jedenfalls wieder in Österreich leben.

Im Weiteren nannte die Rechtsvertreterin den Beispielsfall des Herrn XY (Name dem UFS bekannt) aus U, der sich ebenfalls zu Studienzwecken in der Türkei aufhalte und dessen Vater die Familienbeihilfe für den im Ausland studierenden Sohn beziehe.

Die Nachweise und Belege, die seitens des Finanzamtes für den Fall einer weiteren Beschreitung des Rechtsweges angefordert worden waren (siehe oben), wurden nicht eingereicht.

Über die Berufung wurde erwogen:

Nach § 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967 besteht Anspruch auf Familienbeihilfe für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr 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.

Die anschließend für Studien an einer in § 3 StudFG genannten Einrichtung getroffenen Regelungen (somit zB auch in Hinblick auf die zu erzielenden ECTS-Punkte) sind im Berufungsfall nicht anwendbar, da ausländische Studien hievon nicht umfasst sind.

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

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

Strittig ist: Liegen die Tatbestandsvoraussetzungen des § 5 Abs. 3 FLAG 1967, wonach ein Anspruch auf Familienbeihilfe nicht besteht, im Falle der in der Türkei studierenden Tochter des Berufungswerbers vor?

Im Zusammenhang mit der Regelung des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 bestimmt § 53 Abs. 1 zweiter Satz FLAG 1967, dass der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen (nunmehr: unionsrechtlichen) Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten ist. Die Anwendbarkeit des § 5 Abs. 3 wird somit im Wesentlichen auf Aufenthalte in sogenannten "Drittstaaten" eingeschränkt (vgl. hierzu *Kuprian, "Kein Familienbeihilfenanspruch bei Ausbildung eines Kindes in einem Drittland"*, UFS Journal Oktober 2011).

Aus der Rechtsprechung des VwGH zu § 5 Abs. 3 FLAG 1967 geht hervor, dass für die Auslegung des Begriffes "ständiger Aufenthalt" auf § 26 Abs. 2 BAO zurückgegriffen werden kann (vgl. VwGH 8.6.1982, 82/14/0047 und *Nowotny in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 5, Rz 9*). Demnach hat jemand seinen gewöhnlichen Aufenthalt in 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 Sinn verlangt grundsätzlich körperliche Anwesenheit. 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. So ist etwa das Verbringen von Ferien in Österreich jeweils nur als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, die den ständigen Aufenthalt eines Kindes im Ausland nicht unterbricht (vgl. *Nowotny* a. a. O., § 5, Rz 9, mit Hinweisen auf die VwGH Erkenntnisse 27.4.2005, 2002/14/0050; 20.6.2000, 98/15/0016; 8.6.1982, 82/14/0047; 28.11.2002, 2002/13/0079; 2.6.2004, 2001/13/0160).

Auf den Wohnsitz und ständigen Aufenthalt der Eltern kommt es daher ebensowenig an wie auf deren Staatsbürgerschaft, deren Berufsausübung in Österreich, den Mittelpunkt der Lebensinteressen, die Tragung der Kosten des Lebensunterhaltes oder die Argumentation, dass der Auslandsaufenthalt "nur" zu Ausbildungszwecken erfolge (*Kuprian, "Kein Familienbeihilfenanspruch bei Ausbildung eines Kindes in einem Drittland"*, a. a. O., mit Hinweis auf VwGH 2.6.2004, 2001/13/0160).

Im Lichte der zitierten höchstgerichtlichen Erkenntnisse sowie der Kommentarstellen und Fachartikel ist somit die auf § 5 Abs. 3 FLAG 1967 zu beziehende beihilfenrechtliche Definition eines "ständigen Aufenthaltes" bei im Ausland studierenden oder dort eine Schule besuchenden Kindern unstrittig und gehen die betreffenden Ausführungen des Berufungswerbers im Vorlageantrag ins Leere. Daran vermag auch die polizeiliche Meldung nichts zu ändern, die streitgegenständlich vorerst eine Abmeldung, dann eine Wiederanmeldung F's an der elterlichen Adresse zeigt. Polizeilichen Meldebescheinigungen ist allenfalls Indizcharakter zuzusprechen. Gehen sie mit objektiv feststellbaren Umständen nicht konform, kommt ihnen keine entscheidende Bedeutung zu (vgl. hierzu *Philipp/Loukota/Jirousek, Internationales Steuerrecht, Allgemeine Erläuterungen, Z 15*).

Die Tochter des Berufungswerbers hat am DDEFFFF die Matura an einem Gymnasium in X abgelegt. Im darauffolgenden Wintersemester (Registrierungsdatum XXYYZZZZ) nahm sie ein Studium an der Universität Ankara in der Türkei auf, wo sie in einem (Studenten-)heim wohnt. Die Studiendauer umfasst laut Studienplan 10 Semester. F hat daher ihren gewöhnlichen Aufenthalt iSd § 26 Abs. 2 BAO, wie sich aus den obenstehenden Ausführungen ableiten lässt, nicht nur vorübergehend in der Türkei, dh, in einem Drittstaat. Der gewöhnliche Aufenthalt gemäß § 26 Abs. 2 BAO bzw. der ständige Aufenthalt gemäß § 5 Abs. 3 FLAG 1967 verliert seinen Charakter als solcher nicht dadurch, dass die ein 5-jähriges Studium (in einem Drittstaat) absolvierende Studierende ihre Ferien bzw. ihre freie Zeit, soweit es das Studium zulässt, in Österreich verbringt. Der VwGH hat in seinem Erkenntnis 24.6.2010, 2009/16/0133

einen Auslandsaufenthalt von fünfeinhalb Monaten gerade noch als vorübergehend beurteilt (vgl. hierzu auch *Nowotny*, a. a. O., § 5, Rz 9).

Wurde eine Sachverhalt verwirklicht, der gemäß § 5 Abs. 3 FLAG einem Familienbeihilfenanspruch entgegensteht, ist es auch unerheblich, auf welchen der verschiedenen Tatbestände des § 2 FLAG 1967 der Anspruch auf Familienbeihilfe – ohne Verwirklichung des Ausschlussgrundes - gestützt werden könnte. Nur klarstellend und ohne Entscheidungsrelevanz wird daher bemerkt: Soweit die Rechtsvertreterin hinsichtlich Haushaltszugehörigkeit auf § 2 Abs. 5 lit. b leg. cit. verwiesen hat, ist ihr zu entgegnen, dass sich diese Bestimmung ausschließlich auf zum Zwecke der Berufsausübung bewohnte Zweitunterkünfte bezieht. Eine analoge Anwendung der lit. b auf in Berufsausbildung befindliche Personen ist durch den klaren und eindeutigen Gesetzeswortlaut ausgeschlossen. Das FLAG unterscheidet durchgängig klar zwischen Berufsausübung und Berufsausbildung (*Nowotny* a. a. O., § 2, Rz 147).

Der VfGH hat in seinem Erkenntnis vom 4.12.2001, B 2366/00, keine verfassungsrechtlichen Bedenken in einer Vorschrift erkannt, die besagt, dass Personen, die gegenüber in einem Drittland lebenden Kindern unterhaltspflichtig sind, für diese keine Familienbeihilfe gewährt wird.

Exkurs:

Wie der Referentin des Unabhängigen Finanzsenates über Nachfrage von Seiten des Finanzamtes mitgeteilt wurde, ist der Fall des beispielhaft genannten, ebenfalls in der Türkei studierenden XY (Name dem UFS bekannt) aus U inzwischen untersucht und die zu Unrecht erfolgte Auszahlung der Familienbeihilfe bereits gestoppt worden. Als Folge der zu Unrecht bezogenen Beträge wird es zu Rückforderungen gemäß § 26 FLAG 1967 kommen.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass aus einem nicht gesetzeskonformen Behördenhandeln keinerlei Rechte abgeleitet werden können sowie, dass die Behörde sogar verpflichtet ist, von einer als gesetzwidrig erkannten Verwaltungsübung abzugehen (vgl. *Ritz*, BAO⁴, § 114, Tz 9).

Insgesamt war wie im Spruch zu entscheiden.

Feldkirch, am 31. Oktober 2013