



Außenstelle Wien  
Senat 5

---

UNABHÄNGIGER  
FINANZSENAAT

GZ. RV/4370-W/02

## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Hannes Pflaum, Dr. Peter Karlberger, Dr. Manfred Wiener und Mag. Wilfried Opetnik, gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 4., 5. und 10. Bezirk in Wien betreffend Gewährung der Familienbeihilfe ab Mai 2002 entschieden:

Der Berufung wird stattgegeben.

### **Rechtsbelehrung**

Gegen diese Entscheidung ist gemäß § 291 der Bundesabgabenordnung (BAO) ein ordentliches Rechtsmittel nicht zulässig. Es steht Ihnen jedoch das Recht zu, innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung dieser Entscheidung eine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof oder den Verfassungsgerichtshof zu erheben. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof muss - abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen - von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof muss - abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen - von einem Rechtsanwalt oder einem Wirtschaftsprüfer unterschrieben sein.

Gemäß § 292 BAO steht der Amtspartei (§ 276 Abs. 7 BAO) das Recht zu, gegen diese Entscheidung innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung (Kenntnisnahme) Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof zu erheben.

### **Entscheidungsgründe**

Am 4. Juni 2002 beantragte die Bw., mazedonische Staatsbürgerin, beim zuständigen Finanzamt die Familienbeihilfe für ihren Sohn VK.

Die Geburtsurkunde für das im März 2002 geborene Kind wurde in den USA am 9. April 2002 ausgestellt. Aus einem Aktenvermerk - aufgenommenen anlässlich einer persönlichen Vorsprache der Bw. am 27. Juni 2002 im Finanzamt - geht hervor, dass die Bw. laut

vorgelegtem Mutter-Kind-Pass Schwangerschaftsuntersuchungen am 10. August 2001, 16. August 2001, 8. Jänner 2002 und 24. Jänner 2002 in Österreich vornehmen ließ, drei weitere vorgesehene Untersuchungen (die 2., 4. und 5. Untersuchung) fehlen. Weiters wurde festgehalten, dass die erste Untersuchung des Kindes nach der Geburt fehle, weil das Kind in den USA geboren worden sei, die zweite Untersuchung habe in Österreich am 7. Mai 2002, die dritte am 6. Juni 2002 stattgefunden. Zudem wurden von diversen Seiten aus dem Pass der Bw., ausgestellt von der Republik Makedonien, Fotokopien hergestellt. Die Ablichtungen der Seiten 8 und 9 zeigen mit Ausnahme von drei Stempeln mit kyrillischer Schrift nur undeutliche Stempelabdrücke. Auf der Kopie der Seite 10 des Passes sind drei Einreisestempel in C abgebildet, und zwar vom 26. März 2000, vom 19. August 2001 und vom 9. März 2002. Die kopierten Seiten 12 und 13 zeigen einen unbefristeten Aufenthaltstitel für Österreich und sechs Stempel des Flughafens Wien-Schwechat, von denen zwei unlesbar sind. Die anderen tragen die Daten: 03.07.00, 19.09.00, 25.03.01 und 03.01.02. Auf der Kopie der Seite 14 befindet sich zwei Einreisestempel vom 25. März 2001 bzw. vom 27. Jänner 2002 in C, dieser letzte mit einem beschränkten Aufenthalt bis 5. März 2002. Eine Kopie der Passseite 17 zeigt einen Einreisestempel von Wien-Schwechat vom 2. Mai 2002.

Das Finanzamt erließ am 12. Juli 2002 einen abweisenden Bescheid, den es nach Zitierung der Absätze 1 und 2 des § 3 Familienlastenausgleichsgesetz damit begründete, dass die Bw. nicht die Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe erfülle, da sie bei keinem Dienstgeber beschäftigt sei und sich noch keine fünf Jahre (60 Kalendermonate) ununterbrochen im Bundesgebiet aufhalte.

Die Bw. berief gegen diese Entscheidung und machte im Rechtsmittel unter der Überschrift "Rechtswidrigkeit des Inhalts" geltend, dass sie tatsächlich die Voraussetzungen des § 3 FLAG erfülle, sodass ein Anspruch auf Familienbeihilfe bestehé. Sie habe sich mehr als 60 Monate ununterbrochen im Bundesgebiet aufgehalten. Sie lebe seit 1988 im elterlichen Haushalt und betrachte Österreich seither als ihren Lebensmittelpunkt. Sie habe auch während privater vorübergehender Auslandsaufenthalte zu Urlaubszwecken stets Österreich als ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort betrachtet, zu dem sie bei jeder Ausreise aus dem Bundesgebiet von vornherein zurückzukehren beabsichtigt hätte und auch tatsächlich zurückgekehrt sei. Grund dafür sei zum einen gewesen, dass hier ihre Familie mit Eltern und Geschwistern lebe, in die sie fest eingebunden sei. Zum anderen hätte und habe die Bw. an der gemeldeten Adresse dauerhaft ihren Wohnsitz eingerichtet. Die Bw. sei seit März 2000 einige Male jeweils vorübergehend zu privaten Zwecken in die USA gereist. Diese urlaubsbedingten Abwesenheiten hätten den bestehenden ständigen Aufenthalt der Bw. in Österreich jedoch

nicht unterbrochen. Zum Beweis dieses Vorbringens dienten Meldezettel seit 1988, Aufenthaltsbewilligungen seit 1988 und NK (der Vater der Bw.) als Zeuge sowie Parteienvorbringen. Der in § 3 Abs. 2 FLAG geforderte ständige Aufenthalt entspreche dem gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne des § 26 Abs. 2 BAO. Abwesenheiten, die nach den Umständen des Falles nur als vorübergehend anzusehen seien, unterbrächen nicht den Zustand des Verweilens und damit nicht den gewöhnlichen Aufenthalt (Hinweis auf VwGH 7. Juni 2001, 98/15/0025). Es komme darauf an, dass eine Abwesenheit als vorübergehend gewollt anzusehen sei (Hinweis auf VwGH 20. Juni 2000, 98/15/0016). Da hier, wie aufgezeigt, die jeweiligen Abwesenheiten von der Bw. von vornherein beabsichtigt gewesen seien, bestehe ein gewöhnlicher Aufenthalt in Österreich seit 1988. Die Bw. habe sich also im Sinne des § 3 Abs. 2 FLAG mindestens 60 Kalendermonate ständig im Bundesgebiet aufgehalten. Somit seien die Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe gegeben. Unter dem Titel "Verletzung von Verfahrensvorschriften" führte die Bw. aus, dass gemäß § 93 BAO ein Bescheid, der einem Anbringen nicht vollinhaltlich Rechnung trage, eine Begründung zu enthalten habe. Neben den Feststellungen im Tatsachenbereich, also den Sachverhaltsannahmen aufgrund der Ergebnisse des Beweisverfahrens, habe in der Begründung insbesondere zum Ausdruck zu kommen, unter welchen Tatbestand der festgestellte Sachverhalt subsumiert worden sei (Hinweis auf VwGH 5. Dezember 1991, 89/13/0243). Aus der Begründung müsse hervorgehen, aus welchen Erwägungen die Behörde zur Ansicht gelangt sei, dass gerade der festgestellte Sachverhalt vorliege (Hinweis auf VwGH 16. Februar 1994, 90/13/0010). Die die Beweiswürdigungen betreffenden Erwägungen hätten schließlich darzulegen, was die Behörde veranlasst habe, ein Beweismittel dem anderen vorzuziehen (Hinweis auf VwGH vom 5. Juli 1991, 88/17/0108). Der angefochtene Bescheid enthalte überhaupt keine Sachverhaltsdarstellung. Er enthalte keine Angaben darüber, auf Grund welcher Erwägungen der dem Bescheid zu Grunde liegende Sachverhalt festgestellt worden sei. Ebenfalls fehle es an einer Beweiswürdigung. Entscheidungswesentliche Feststellungen seien durch die belangte Behörde also nicht getroffen worden, weshalb eine vollständige und richtige rechtliche Beurteilung des Sachverhalts unmöglich gewesen sei. Der angefochtene Bescheid leide daher auch an Rechtswidrigkeit in Folge Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften. Die Bw. beantragte 1., dass die Abgabenbehörde zweiter Instanz den angefochtenen Bescheid wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts und wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften dahin gehend abändern möge, dass der Bw. die Familienbeihilfe ab Mai 2002 gewährt werde und 2. dem Bund als Rechtsträger, in dessen Namen die belangte Behörde gehandelt habe, die Verfahrenskosten zu Handen des Rechtsvertreters der Bw. binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution auferlegen möge.

Aus den dem Berufungsschriftsatz angeschlossenen Meldezetteln gehen folgende Meldedaten der Bw in Österreich hervor:

Meldeadresse	gemeldet von bis
W, Ki-Gasse	19.05.88 – 16. 05.89
W, K-Gasse x/31	16.05.89 – 02.04.91
W, K-Gasse x/21	02.04.91 – 27.01.93
W, K-Gasse x/54	27.01.93 – 09.11.94
W, K-Gasse x/54	09.11.94 – 20.04.95
W, A-Gasse	20.04.95 – 15.05.95
W, K-Gasse x/6-8	15.05.95 -- laufend

Ebenfalls mit der Berufung mitgesandte Kopien aus den Reisepässen der Mutter der Bw. und der Bw. selbst zeigen folgende Daten von Sichtvermerken und Aufenthaltsbewilligungen der Bw.:

20.07.88 - 31.07.89; 15.09.89 – 27.07.90; 21.09.90 – 30.09.92; 17.09.92 – 02.09.93;  
03.09.93 – 19.07.95; 15.12.94 – 19.07.95; 20.07.95 – laufend.

Aus einer beigebrachten Fotokopie des Reisepasses von VK ist ersichtlich, dass das Dokument für das am 21. März 2002 in Ws, USA geborene Kind am 25. April 2002 in NO, USA ausgestellt worden war und die Einreise nach Österreich am 2. Mai 2002 erfolgte.

Das Finanzamt erließ eine abweisende Berufungsvorentscheidung, die es damit begründete, dass die Bw. keine nichtselbstständigen Einkünfte beziehe und sich auch keine sechzig Kalendermonate ununterbrochen im Bundesgebiet aufhalte. Im Zeitraum von September bis Dezember 2001 habe kein Inlandsaufenthalt nachgewiesen werden können. Es fehlten in diesem Zeitraum die zweite, vierte und fünfte Untersuchung in der Schwangerschaft laut Mutter-Kind-Pass. Laut Reisepass habe sich die Bw. in dem genannten Zeitraum in den USA aufgehalten. Weiters habe sie sich laut Reisepass im Zeitraum vom 27. Jänner 2002 bis 25. März 2002 (gültiges Visum) in den USA aufgehalten, wo auch der Sohn der Bw., VK, geboren worden sei. Sie sei am 2. Mai 2002 nach Österreich eingereist und habe die zweite ärztliche Untersuchung des Kindes am 7. Mai 2002 durchführen lassen. In den letzten fünf Jahren vor der Geburt des Kindes vor der Geburt des Kindes habe sich die Bw. keine 60 Kalendermonate ununterbrochen im Bundesgebiet aufgehalten. Die Aufenthalte im Ausland hätten das übliche Ausmaß eines Urlaubs von etwa sechs Wochen im Ausland überschritten. Somit seien die

Anspruchsvoraussetzungen gemäß § 3 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 nicht erfüllt.

Den Vorlageantrag begründete die Bw. damit, dass entgegen den Ausführungen in der Berufungsvorentscheidung sich die Bw. nicht im Zeitraum vom 27. Jänner bis zum 25. März 2002 durchgehend in den USA aufgehalten hätte. Vielmehr sei die Bw. am 27. Jänner 2002 in die USA gereist, von dort zirka Ende Februar 2002 nach Österreich zurückgekehrt, am 9. März 2002 erneut in die USA eingereist und schließlich am 2. Mai 2002 nach Österreich zurückgekehrt. Die Aufenthalte seien jeweils zu privaten Zwecken erfolgt und seien von vornherein als nur vorübergehend beabsichtigt gewesen. Bewiesen werde dies durch fotokopierte Auszüge aus dem Reisepass der Bw., aus dem Einreisestempel in C, USA am 26. März 2000, am 9. August 2001 und am 9. März 2002 sowie ein vom 21. Dezember 1999 bis zum 20. Dezember 2000 gültiges Visum ersichtlich sind. Die Bw. beantragte, dass das Finanzamt die Berufung der Abgabenbehörde zweiter Instanz vorlegen solle und diese über die Berufung entscheiden solle und dem Bund als Rechtsträger, in dessen Namen das Finanzamt gehandelt habe, auch die Kosten des Vorlageantrags zu Handen der Bw. binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution aufzuerlegen.

Die Bw. sandte am 14. April 2003 eine ergänzende Stellungnahme, in der sie angab, dass sie seit mindestens 1995 an der Adresse W, K-Gasse x/6-8, amtlich gemeldet sei. An dieser Adresse wohnten auch ihre Familie, nämlich ihre Eltern und Geschwister, mit der sie im gemeinsamen Haushalt lebe. Die Bw. sei zwar seit März 2000 einige Male vorübergehend zu privaten Zwecken in die USA gereist. Diese urlaubsbedingten Abwesenheiten hätten jedoch den bestehenden ständigen Aufenthalt der Bw. in Österreich nicht unterbrochen. Nach der Rechtsprechung des VwGH sei der in § 3 Abs. 2 FLAG geforderte ständige Aufenthalt nach den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthalts nach § 26 Abs. 2 BAO zu beurteilen und verlange zunächst grundsätzlich körperliche Anwesenheit. Körperliche Anwesenheit müsse aber nicht ununterbrochen vorliegen, sodass Abwesenheiten, die nach den Umständen des Falles nur als vorübergehend gewollt anzusehen seien, den Zustand des Verweilens den gewöhnlichen Aufenthalt nicht unterbrächen (Hinweis auf VwGH 28. November 2002, 2002/13/0079). Im Sinne der zitierten Rechtsprechung hätten die USA-Aufenthalte der Bw. deren gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich nicht unterbrochen, weil diese Abwesenheiten von Anfang an nur als vorübergehend gewollt gewesen wären. Hintergrund für die Aufenthalte der Bw. in den USA sei gewesen, dass der Vater ihres Sohnes VK in den USA studiere und dort zugleich arbeite, um sich sein Studium zu finanzieren. Wegen des Studiums und seiner Arbeit in den USA sei der Kindesvater nicht immer in der Lage

gewesen, die Bw. in Österreich zu besuchen. Für die Bw. sei es hingegen verhältnismäßig einfach gewesen, zum Kindesvater in die USA zu reisen. Das Paar hätte von Anfang an geplant, dass der Kindesvater nach Beendigung seines Studiums in den USA nach Österreich ziehen würde und dann zusammen mit der Bw. und dem gemeinsamen Kind in Österreich leben würde. Bedingt dadurch, dass der Kindesvater in seinen Reisemöglichkeiten eingeschränkt gewesen sei, hätte die Bw. im März 2002 ihren Sohn VK in den USA geboren. Ihre Ausreise nach Österreich hätte sich dadurch verzögert, dass sie auf die Ausstellung einer Geburtsurkunde und eines Reisepasses für ihren Sohn längere Zeit habe warten müssen. Sie sei daher erst im Mai 2002 nach Österreich zurückgekehrt. Die lange Wartezeit für die Ausstellung des Reisepasses und der Geburtsurkunde hätte zu einer mehrwöchigen Abwesenheit in Österreich geführt, welche jedoch den gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich nicht zu unterbrechen vermocht habe. Die Bw. lebe seit Mai 2002 ausschließlich in der Österreich und sei seither nicht mehr in die USA gereist. Da die Beziehung mit dem Kindesvater in die Brüche gegangen sei, sei dieser weiterhin in den USA geblieben und sei auch nicht nach Österreich gekommen. Die Bw. hingegen wohne wie bisher bei ihrer Familie, also den Großeltern ihres Kindes, in der K-Gasse. Seit der Geburt ihres Sohnes habe sich die Bw. ausschließlich der Fürsorge und Pflege ihres Kindes zugewandt. Die Aufnahme einer Beschäftigung sei ihr auf Grund der Betreuung ihres Kindes nicht möglich und nicht zumutbar gewesen. Erst seit Mitte März 2003 gehe die Bw. einer Beschäftigung in der Reinigungsfirma D GmbH in W für vier Stunden pro Tag nach. Während ihrer Arbeitszeit werde ihr Sohn von der Mutter der Bw. betreut. Bewiesen werde dies durch die beiliegende Lohnbestätigung der D Gebäudereinigung GmbH vom 10. April 2003 und der Meldebestätigung des Vaters der Bw. NK vom 15. Mai 1995. Aus dem Vorgenannten gehe hervor, dass der ständige Aufenthalt der Bw. stets in Österreich gewesen sei und gegenwärtig sei. Ihre vorübergehenden USA-Aufenthalte seien von Anfang an nur als vorübergehend geplant gewesen und hätten daher den ständigen Aufenthalt in Österreich nicht zu unterbrechen vermocht. Da sich die Bw. seit mindestens 60 Kalendermonate ständig in Österreich aufhalte, sei der Tatbestand des § 3 Abs. 2 FLAG jedenfalls erfüllt.

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

Nach § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet bei einem Dienstgeber beschäftigt sind und aus dieser Beschäftigung Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit oder zufolge einer solchen Beschäftigung Bezüge aus der gesetzlichen Krankenversicherung im Bundesgebiet beziehen; kein Anspruch besteht jedoch,

---

wenn die Beschäftigung nicht länger als drei Monate dauert. Kein Anspruch besteht außerdem, wenn die Beschäftigung gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer verstößt.

§ 3 Abs. 2 dieses Gesetzes besagt, dass Abs. 1 nicht für Personen gilt, die sich seit mindestens sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten, sowie für Staatenlose und für Flüchtlinge im Sinne des Art. 1 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juni 1951, BGBl. Nr. 55/1955, und des Protokolls über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, BGBl. Nr. 78/1974.

Die Bw. hat im Verfahren vorgebracht, dass sie sich seit 1988 im Bundesgebiet ständig aufhalte und hat zum Beweise dessen Kopien der Meldezettel und der Aufenthaltsbewilligungen vorgelegt. Die melderechtlichen Verhältnisse stellen jedoch nur ein Indiz für die Begründung bzw. Beendigung des ständigen Aufenthaltes dar. Das in § 3 Abs. 2 FLAG 1967 geforderte ständige Aufhalten im Bundesgebiet entspricht dem gewöhnlichen Aufenthalt iSd § 26 Abs. 2 BAO. Der gewöhnliche Aufenthalt verlangt die körperliche Anwesenheit. Abwesenheiten, die nach den Umständen des Falles nur als vorübergehend anzusehen sind, unterbrechen idR nicht den Zustand des Verweilens und damit nicht den gewöhnlichen Aufenthalt.

Aus den vorgelegten Unterlagen ist erkennbar, dass die Angaben der Bw. insoweit den Tatsachen entsprechen als die Reisebewegungen in die USA nach den Ein- und Ausreisestempeln der Flughäfen in Österreich und den Vereinigten Staaten nachvollzogen werden können. Auch Beweggrund und Dauer der Amerika-Aufenthalte, nämlich Besuche des (späteren) Kindesvaters, da dieser wegen Studiums und Berufstätigkeit an oftmaligen Reisen gehindert war, sind plausibel. Ebenso ist eine Verzögerung der Rückkehr nach Österreich nach der Geburt des Sohnes durch die verspätete Ausstellung der Geburtsurkunde und des Reisepasses für das Kind glaubhaft. Betrachtet man nun die von der Bw. vorgebrachten, oben wiedergegebenen Umstände des Einzelfalles in ihrem Gesamtbild, so sind im Zeitraum von März 2000 bis Mai 2002 viele Auslandsaufenthalte vorgelegen. Diese Auslandsaufenthalte sind, da die Bw. immer wieder nach Österreich zurückkehrte, nicht als den ständigen Aufenthalt unterbrechend anzusehen. Erhärtet wird diese Ansicht dadurch, dass hier auch die Familie der Bw. lebt und die Bw. auch nach der Geburt ihres Sohnes weiterhin im Haushalt ihrer Eltern wohnt.

Da somit die Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 FLAG 1967 für den Bezug der Familienbeihilfe erfüllt sind, war der Berufung statzugeben.

Zu der von der Bw. in der Berufung vorgebrachten Verfahrensrüge wird ausgesprochen, dass die erstinstanzlichen Bescheidmängel durch die vorliegende Berufungsentscheidung saniert werden.

Zum Antrag der Bw., ihre Verfahrenskosten dem Bund als Rechtsträger des Finanzamtes anzulasten, ist auszuführen, dass im Verwaltungsverfahren jede Partei ihre Verfahrenskosten selbst zu tragen hat (vgl. §§ 312 und 313 BAO).

Wien, 6. August 2003