

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R. in der Beschwerdesache Bf. gegen den Bescheid des FA Y vom 16.05.2013, betreffend Abweisung des Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für die Kinder K1, ab Oktober 2011, K2, von Oktober 2008 bis April 2011 und K3, von Oktober 2007 bis Mai 2010 zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) unzulässig.

Entscheidungsgründe

Das Finanzamt hat mit Bescheid vom 16.5.2013 den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für die drei minderjährigen Kinder der Beschwerdeführerin unter Hinweis auf § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 für nachstehende Zeiträume abgewiesen.

K1, ab Oktober 2011

K2, von Oktober 2008 bis April 2011

K3, von Oktober 2007 bis Mai 2010.

Die Familienbeihilfe könne nur für höchstens fünf Jahre rückwirkend vom Beginn des Monats der Antragstellung gewährt werden.

Es seien keine Belege betreffend Unterhaltsleistungen für die Kinder vorgelegt worden.

Die dagegen eingebrachte Berufung wird wie folgt begründet:

"1. Ich habe den Antrag Ende Februar gestellt und nicht mit 15. März.

2. Ich berufe gegen den Bescheid von 16. Mai, und zwar darin steht dass ich keine Unterhaltsleistungen für meine Kinder vorgelegt habe.

Das stimmt da ich keine Internatgebühren bezahle habe ich auch keine Belege aber das heisst nicht das ich meine Kinder nicht unterhalte. das internat ist ein Spendenverein daher muss ich nichts bezahlen aber das taschengeld monatlich von mehr als 100 Euro, die Gewandkosten (die Kinder müssen ja was anziehen), die bücherkosten, die

Ausflugskosten (sie machen fast wöchentlich ausflüge), die telefonkosten, die fahrtkosten insbesondere Flugtickets (Ausdruck liegt bei) muss ich alles bezahlen. Sie flogen bzw fliegt K1a noch 3-4 mal jährlich nach Österreich, zuletzt war er im April in Österreich (Flugticket rechnung wird beigelegt). Sie sind ja auch meine Kinder, wer sollte sie sonst unterhalten. Die Krankheitskosten, Spitalskosten gegebenenfalls etc.. alles muss ich bezahlen da sie keine Versicherung in der Türkei haben. Sie lesen, ein oder mehrere Kinder unterhalten im anderen Land ist gar nicht so einfach, aber was soll oder kann ich ihnen dokumentieren ?

bis jetzt habe ich von den älteren beiden nichts aufgehoben von belegen (Flugtickets... etc..) aber gerne kann ich ihnen die Reisepässe zeigen wo die ganzen stempel drin sind (das ist ein beweis) und taschengeld andere kosten etc.. wie soll ich ihnen das dokumentieren?

Sie sehen die älteren kinder sind schon längst wieder in Österreich und arbeiten sogar schon, also ist unser oder ihrer mittelpunkt ist in Österreich und beim K1aa wird das genauso sein.

Eine familie in Österreich deren kinder die pflichtschule besucht wird ja auch dasselbewie ich finanzieren aber sie müssen es nicht dokumentieren und wir müssen in Österreich ja auch nichts an die schulen bezahlen wenn unsere kinder in schule gehen oder? wieso in der Türkei?

Ich habe ein "diplom von K2a beigelegt, einen wochenplan vom K1a eine reiseepass kopie damit sie sehen wie oft sie ein und ausreisen.

Gerne würde ich noch bei bedarf belege nachreichen."

Auf Grund eines Vorhaltes des Finanzamtes erfolgte von der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 11.6.2013 folgende Erklärung.

"Ich habe ihre Ersuchen um Ergänzung Brief erhalten und möchte einiges erklären.

In der Türkei wo meine Kinder sind oder waren gibt es leider keine Obsorge.

Die Kinder sind im Internat und wenn es Probleme oder sonstiges gibt werden wir von den Lehrern oder Direktor oder vom Kind selber verständigt. Da wir fast jeden tag mit den Kindern telefonisch in Kontakt sind gab es bis jetzt keine Probleme.

Meine Eltern und Verwandten leben in Österreich, die Eltern und Verwandten meines Mannes leben in Türkei . Diese Stadt ist 1000km weit entfernt von Istanbul. Keiner von denen kann sie sie finanziell unterstützen in Istanbul.

Da ich geschäftlich sehr oft nach Istanbul fliege oder fahre (ich war 2013 4 mal schon in Istanbul, die letzte Flugrechnung lege ich bei, kann auch die anderen flugbelege gerne beilegen, da sie bei mir in der Buchhaltung drinnen sind) und auch K1a 3-4 mal im Jahr nach Österreich kommt, gebe ich ihm das Geld was er benötigt immer auf die Hand. Da er ja minderjährig ist darf er sowieso von der Bank nichts abheben. In der Türkei muss man volljährig sein damit ich ihm von hier etwas überweisen kann. und Spesen muss ich extra zahlen was sehr hoch sind für die Türkei überweisung. Da ich auch nicht wusste, dass ich belege für solche Zwecke brauchen würde, habe ich nichts aufgehoben, von Einkäufen in der Türkei etc..

Dieses Monat habe ich K1a 150 Euro gegeben bis Ende Juli, dann muss ich ihm wieder ein Flugticket kaufen damit er zu uns fliegen kann auf Ferien.

Im April wie er hier war hat er auch 150 Euro bekommen. so war es auch bei den anderen Kindern, sie haben alles immer auf die Hand bekommen, weil wir uns sehr oft sahen, (fast jeden 2. Monat, entweder bin ich geflogen oder sie kamen nach Österreich). Es sind ja auch meine Kinder, wir können nicht Abstand halten von ihnen, wir vermissen uns ja gegenseitig und das tut den Kindern und uns sehr gut auch wenn es finanziell sehr viel kostet.

Nächstes Jahr (2014) wird höchstwahrscheinlich meine Tochter K3a auch in die Türkei gehen ins Internat und das wird alles so weiterlaufen im Kreis. Wir geben sehr viel Geld aus für unsere Kinder (vielleicht viel mehr als wie in Österreich nur leider wie soll ich ihnen das beweisen) aber in Zukunft werde ich die ganzen Einkaufsbelege und Flugtickets etc.. aufbewahren. Sie lesen oder hören was wir alles für unsere Kinder tun.

Bitte wir brauchen diese Familienbeihilfe wie jede andere Familie, die in Österreich lebt. Ich bitte nochmals um Kontrolle und hoffe um positive Erledigung und verbleibe mit freundlichen Grüßen."

Mit Beschwerdeverentscheidung vom 13.9.2013 hat das Finanzamt die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

Begründung:

" Gemäß § 2 Abs. 1 lit. b Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für ihre minderjährigen Kinder.

Im Sinne des § 2 Abs. 2 FLAG 1967 hat die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört, Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind. 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 ein Kind zum Haushalt einer Person dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt.

Die Haushaltszugehörigkeit gilt nicht als aufgehoben, wenn (lit. a) sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält oder (lit. b) das Kind für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt. Ein Kind gilt bei beiden Elternteilen als haushaltszugehörig, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen, dem das Kind angehört.

Gemäß § 2 Abs. 8 FLAG 1967 idF BGBl 23/1999 haben Personen, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Bundesgebiet haben und sich die in der ständig im Bundesgebiet aufhalten. Eine Person hat den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.

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

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (u.a. VwGH 86/15/0078 vom 22. Juni 1987) ist der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 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. Diese nicht auf den Mittelpunkt der Lebensinteressen abstellende Beurteilung ist nach objektiven Kriterien zu treffen. Ein Aufenthalt im genannten Sinne verlangt grundsätzlich körperliche Anwesenheit. Daraus folgt auch, dass eine Person nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben kann. Ein gewöhnlicher Aufenthalt an einem Ort schließt jedoch nicht einen oder mehrere Wohnsitze an anderen Orten aus, denn ein Mensch kann mehrere Wohnungen innehaben und damit sind gleichzeitig mehrere Wohnsitze möglich.

Laut vorgelegten Schulbestätigungen befand sich ihr Sohn K1aaa im Zeitraum Oktober 2008 bis April 2011 in der Koranschule in Istanbul, ihr Sohn K1a besucht seit September 2011 die Koranschule in Istanbul. Beide Kinder sind während der Schulzeit im schuleigenen Internat untergebracht.

Da sich die Kinder während der Zeit ihrer schulischen Ausbildung in Istanbul und lediglich zu Ferienzwecken und somit nicht im überwiegenden Ausmaß im Inland aufhalten, kann während der Schulausbildung in Istanbul keine Familienbeihilfe zuerkannt werden."

Im Vorlageantrag wird im Wesentlichen Nachstehendes ausgeführt.

"Dazu möchte ich Folgendes ausführen: Meine Kinder waren nicht nur in der Ferienzeit in Österreich, sondern auch zwischenzeitlich während des Schulbesuches immer wieder nach Österreich gekommen. Ich habe auch den Lebensunterhalt der Kinder bestritten und auch die elterliche Fürsorgepflicht immer wahrgenommen. Der Wohnsitz der Kinder war die elterliche Wohnung. Der Lebensunterhalt der Kinder wurde ebenfalls von uns finanziert. Auch der Freundeskreis der Kinder blieb während des Auslandsaufenthaltes aufrecht. Der Lebensmittelpunkt der Kinder war somit in Österreich gegeben.

Weiters ist festzuhalten, dass die Kinder nach der Absolvierung der Schule in Istanbul wieder nach Österreich zurückgekehrt sind. Daher ist der Aufenthalt während des Schulbesuches in Istanbul nur als vorübergehend zu betrachten. Daher kann auch die Verbundenheit zu Österreich dokumentiert werden."

Das Bundesfinanzgericht geht von folgendem Sachverhalt aus.

Die Beschwerdeführerin und ihr Ehegatte sind österreichische Staatsbürger und in Österreich selbständig bzw. nichtselbständig erwerbstätig. Die Kinder besuchten in den oben angeführten Zeiten eine Koranschule in der Türkei, wo sie im Internat lebten. Sie verbrachten jedenfalls nicht den überwiegenden Teil des Jahres in Österreich.

Gemäß § 10 Abs. 3 FLAG 1967 wird die Familienbeihilfe und die erhöhte Familienbeihilfe höchstens für fünf Jahre rückwirkend vom Beginn des Monats der Antragstellung gewährt.

Die Anträge für die Kinder der Beschwerdeführerin langten beim Finanzamt am 14.2.2013 ein.

Für die beantragten Zeiträume vor Februar 2008 lagen somit schon aus diesem Grund die Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe nicht vor.

Es ist somit in der Folge zu prüfen, ob ab Februar 2008 bzw. für das Kind K1a ab 2011 die Anspruchsvoraussetzungen erfüllt waren.

Im Erkenntnis vom 22.12.2011, Z. 2009/16/0179, hat der Verwaltungsgerichtshof u.a. Folgendes ausgeführt:

"Gemäß § 3 Abs. 1 FLAG haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Dass der Mitbeteiligten für den Streitzeitraum kein Aufenthaltstitel nach § 8 NAG erteilt worden war und sie die Berechtigung ihres Aufenthaltes in Österreich auch nicht auf § 9 NAG stützen konnte, ist unbestritten. Die belangte Behörde gründet den Anspruch auf Familienbeihilfe jedoch auf das Abkommen zwischen der Republik Österreich und der türkischen Republik über soziale Sicherheit vom 2. Dezember 1982, BGBl. Nr. 91/1985.

Zu Recht trägt das beschwerdeführende Finanzamt vor, dass dieses Abkommen vom Bundespräsidenten im Namen der Republik Österreich zum 30. September 1996 für gekündigt erklärt wurde (BGBl. Nr. 349/1996).

Art. 39 des Protokolls vom 23. November 1970 zum Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der (damaligen) Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei vom 12. September 1963 (im Namen der Gemeinschaft geschlossen, gebilligt und bestätigt durch den Beschluss 64/732/EWG des Rates vom 23. Dezember 1963, ABIEG 1964, Nr. 217) lautet:

"Art. 39 (1) Der Assoziationsrat erlässt vor dem Ende des ersten Jahres nach Inkrafttreten dieses Protokolls Bestimmungen auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer türkischer Staatsangehörigkeit, die von einem Mitgliedstaat in einen anderen zu- oder abwandern, sowie für deren in der Gemeinschaft wohnende Familien.

(2) Diese Bestimmungen müssen ...

(3) Die genannten Bestimmungen müssen die Zahlung der Familienzulagen für den Fall sicherstellen, dass die Familie des Arbeitnehmers in der Gemeinschaft wohnhaft ist.

..."

Gestützt auf Art. 39 des Protokolls erließ der durch das Abkommen geschaffene Assoziationsrat am 19. September 1980 den Beschluss Nr. 3/80 (im Folgenden: ARB 3/80). Nach Art. 1 ARB 3/80 hat für die Anwendung dieses Beschlusses der Ausdruck Familienbeihilfen die Bedeutung, wie er in Art. 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates definiert ist. Weiters bezeichnet der Ausdruck "Arbeitnehmer" u.a. jede Person, die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den Zweigen eines Systems

der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer erfasst werden, pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist.

Der ARB 3/80 gilt nach seinem Art. 2 für Arbeitnehmer, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, und die türkische Staatsangehörige sind, und für die Familienangehörigen dieser Arbeitnehmer, die im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen.

Art. 3 Abs. 1 ARB 3/80 lautet:

"Art. 3 Die Personen, die im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen und für die dieser Beschluss gilt, haben die gleichen Rechte und Pflichten auf Grund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staats, soweit dieser Beschluss nichts anderes bestimmt."

Art. 4 Abs. 1 ARB 3/80 lautet:

"(1) Dieser Beschluss gilt für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, die folgende Leistungsarten betreffen:

...

h) Familienleistungen."

Dem Art. 3 Abs. 1 ARB 3/80 kommt unmittelbare Wirkung in den Mitgliedstaaten zu, er ist somit unmittelbar anwendbar (vgl. mit näherer Begründung das Urteil des EuGH vom 4. Mai 1999 in der Rs. C-262/96 (Sema Sürül), und das Urteil des EuGH vom 29. April 2004 in der Rs. C-373/02 (Sakir Öztürk)).

Für den persönlichen Anwendungsbereich des ARB 3/80 ist es ohne Belang, ob der türkische Staatsangehörige als Wanderarbeitnehmer nach Österreich eingereist ist oder aus anderen Gründen (vgl. etwa zu einem Asylwerber das Urteil des OGH vom 4. Mai 2010, 10 ObS 168/09t)."

Dieser Beschluss kann im vorliegenden Fall jedoch nicht dazu führen, dass ein Auslandsaufenthalt von Kindern in der Türkei die Anwendung des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 ausschließt, zumal die Türkei kein Mitgliedstaat der Europäischen Union ist.

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

Gemäß § 26 Abs 2 BAO hat jemand den gewöhnlichen Aufenthalt 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.

Nach der ständigen 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 BAO zu beurteilen (vgl VwGH

26.1.2012, 2012/16/0008, mwN, sowie *Nowotny* in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 5 Rz 9 zweiter Absatz).

Die Frage des ständigen Aufenthaltes iSd § 5 Abs 3 FLAG 1967 ist nicht nach subjektiven Gesichtspunkten, sondern nach den objektiven Kriterien der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit zu beantworten (vgl das zitierte Erkenntnis des VwGH vom 26.01.2012 und *Nowotny*, aaO, § 5 Rz 9 erster Absatz).

Auf die allfällige Absicht, nach Abschluss der Schule wieder nach Österreich zurückzukehren, kommt es nicht an. Ein Aufenthalt ist nicht schon dann nur vorübergehend im Sinne der Rechtsprechung zu § 5 Abs 3 FLAG 1967, wenn er zeitlich begrenzt ist. 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 (vgl ebenso das zitierte Erkenntnis vom 26.01.2012 mwN).

Im Erkenntnis vom 24.06.2010, 2009/16/0133, hat der Verwaltungsgerichtshof bei den in jenem Beschwerdefall gegebenen Rahmenbedingungen eine Aufenthaltsdauer von fünfeinhalb Monaten im Ausland gerade noch als vorübergehenden Aufenthalt angesehen. Bei einem Aufenthalt zum Zwecke des Schulbesuches vom Herbst 1991 bis zum Jänner 1993 ging der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 20.06.2000, 98/15/0016, von einem ständigen Aufenthalt im Ausland aus. Ein einjähriger Auslandsaufenthalt etwa zum Zwecke eines einjährigen Schulbesuches im Ausland ist nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes als ständiger Aufenthalt im Ausland anzusehen (vgl das zitierte Erkenntnis vom 26.01.2012 mwN).

Im vorliegenden Fall besuchten die Kinder der Beschwerdeführerin mehrere Jahre die Schule in der Türkei.

Es kann daher kein Zweifel daran bestehen, dass es sich hierbei im Einklang mit der Rechtsprechung um einen ständigen Auslandsaufenthalt handelt und daher in diesem Zeitraum kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht. Der ständige Aufenthalt in der Türkei zum Zwecke des Schulbesuchs war von Anfang an objektiv erkennbar.

Auch wenn die Kinder die schulfreien Zeiten in Österreich verbrachten, so wird dazu bemerkt, dass es, um einen gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland aufrecht zu erhalten, keiner ununterbrochenen Anwesenheit an einem bestimmten Ort bedarf. Abwesenheiten, die nach den Umständen des Falles als nur vorübergehend gewollt anzusehen sind, unterbrechen den Zustand des Verweilens und daher auch den gewöhnlichen Aufenthalt nicht (vgl *Nowotny*, aaO, § 5 Rz 9 fünfter Absatz mit Hinweisen zur diesbezüglichen Rechtsprechung).

Dass die Kinder die überwiegende Zeit des Jahres in Österreich verbracht hätten, wird selbst von der Beschwerdeführerin nicht behauptet.

Somit liegen die Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe für die Kinder der Beschwerdeführerin in den Beschwerdezeiträumen nicht vor.

Aus den angeführten Gründen war daher wie im Spruch angeführt zu entscheiden.

Zulässigkeit 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.

Diese Voraussetzung liegt im Beschwerdefall nicht vor, da es im vorliegenden Fall nicht um eine Rechtsfrage im vorstehenden Sinn geht.

Linz, am 23. Juli 2015