



## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des A\*\*\*A\*\*\*, geb. 1.1.XXXX, Adresse1, vom 19. Juni 2006 gegen den Bescheid des Finanzamtes Salzburg-Stadt, vertreten durch Dr. Thomas Seiler, vom 7. Juni 2006 betreffend die Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum Juni 2006 entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

### Entscheidungsgründe

Die Berufung richtet sich gegen die Abweisung des Antrages des Berufungswerbers A\*\*\*A\*\*\* (kurz Bw.) auf Gewährung der Familienbeihilfe vom 2. Juni 2006 für seine Tochter A\*\*\*B\*\*\*.

Das Finanzamt begründete die Abweisung damit, dass der Bw. als ausländischer Student mit dem Aufenthaltstitel „Ausbildung, § 7 Abs. 4 Z 1 FrG“ keinen Anspruch auf Familienbeihilfe in Österreich habe, da er sich nur für Ausbildungszwecke vorübergehend in Österreich aufhalte und dieser Aufenthaltstitel ausschließlich für Ausbildungszwecke ausgestellt werde.

Das dagegen eingebrachte Rechtsmittel begründete der Bw. damit, dass er sich seit Oktober 1998 in Österreich rechtmäßig aufhalte und derzeit an der Universität in X\*\*\* die Studienrichtung Kommunikationswissenschaft absolviere. Er arbeite seit Jänner 2004 bei der Fa. X\*\*\*Y\*\*\* (geringfügig) als Exportsachbearbeiter. Seit Oktober 2003 wohne sein Kind mit ihm im gemeinsamen Haushalt in Österreich.

Der Bw. geht davon aus, dass ein Familienbeihilfenanspruch vorliegt, wenn der Antragsteller und das Kind einen rechtmäßigen Aufenthalt nach dem Aufenthalts- und Niederlassungsgesetz

(NAG) haben. Den beiliegenden Unterlagen ließen sich sowohl die Haushaltszugehörigkeit wie auch der ständige und rechtmäßige Aufenthalt in Österreich entnehmen.

Darauf reagierte das Finanzamt mittels Berufungsvorentscheidung vom 3. Juli 2006 und wies die Berufung als unbegründet ab. Es führte aus, dass der streitgegenständliche Aufenthaltstitel ausschließlich für Ausbildungszwecke ausgestellt werde. Er berechtige als ausdrücklich vorübergehender Aufenthaltstitel nicht zum Familienbeihilfenbezug. Die Beabsichtigung, danach in Österreich zu bleiben, spiele ebenfalls keine Rolle. Auch im Hinblick auf das Prinzip der Gegenseitigkeit stehe prinzipiell keine österreichische Familienbeihilfe zu.

Der Bw. beantragte daraufhin die Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde 2. Instanz und beantragte gem. § 284 UFSG (wohl richtig BAO) eine mündliche Verhandlung.

Vor dem Unabhängigen Finanzsenat wurde die Sachlage am 5. März 2007 eingehend erörtert, worauf der Bw. seinen Antrag auf mündliche Verhandlung und Entscheidung durch den gesamten Berufungssenat zurückzog.

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

#### **I) Sachverhalt**

Die Entscheidung des Unabhängigen Finanzsenats basiert auf den Akten des Finanzamtes sowie den vorgelegten Unterlagen und Angaben anlässlich des Erörterungsgesprächs vom 5. März 2007.

Das Finanzamt Salzburg-Stadt spricht mit dem bekämpften Bescheid vom 7. Juni 2006 über die „Familienbeihilfe ab Juni 2006“ ab und bringt damit zum Ausdruck, dass es ausschließlich über die Verhältnisse im Juni 2006 befindet. Aus diesem Grunde bezieht sich auch diese Berufungsentscheidung nur auf dieses eine Monat.

Es ist erwiesen, dass der Bw. Staatsbürger der U\*\*\* ist, die nicht Mitglied der europäischen Gemeinschaft oder des EWR ist. Er hält sich eigenen Angaben zufolge seit 1998 in Österreich auf und ist seit Oktober 1998 in X\*\*\* gemeldet (Hauptwohnsitz). Der für Juni 2006 relevante Aufenthaltstitel „Aufenthaltserlaubnis Ausbildung, § 7 Abs. 4 Z 1 FrG“ war auf ein Jahr befristet. Mittlerweile wurde er verlängert („NAG-Karte“) und lautet nun „Aufenthaltsbewilligung Studierender“ (Kopien im Akt).

Seit 3. Oktober 2002 ist B\*\*\*B\*\*\*, die Mutter der am 15. Mai 2003 geborenen gemeinsamen Tochter A\*\*\*B\*\*\*, mit dem Bw. in einer gemeinsamen Wohnung in X\*\*\* gemeldet. Die Mutter verzichtete auf die Familienbeihilfe (§ 2a Abs. 1 FLAG).

Die Tochter wurde während eines Aufenthaltes der Mutter in B\*\*\* geboren und ist deshalb

Angehörige dieses Staates. Ihr Aufenthaltstitel lautet „Aufenthaltsbewilligung Familiengemeinschaft“.

Der Bw. ist laut Studienblatt ordentlich Studierender für das Sommersemester 2006 (Bakkalaureatsstudium Kommunikationswissenschaft und Bakkalaureatsstudium Angewandte Informatik).

Er absolvierte von Oktober 1998 bis März 2000 die vorbereitende universitäre Deutschausbildung, die die Voraussetzung für das weitere Studium bildete. Seit März 2000 studiert der Bw. Informatik (nunmehr Bakkalaureatsstudium Angewandte Informatik), was er noch nicht abgeschlossen und erst zu etwa einem Drittel absolviert hat. Als Grund für die lange Dauer gibt er die mangelnden Englisch-Kenntnisse an, die ihn beim Studium behindern. Das zweite Studium, das der Bw. 2003 parallel dazu begann (Kommunikationswissenschaft), gestaltet sich seinen Angaben zufolge leichter. Er absolvierte bisher über die Hälfte der dafür vorgesehenen Lehrveranstaltungen bzw. Prüfungen (Prüfungsnachweis vom 5. März 2007 zu Matrikelnummer 98XXXXX). Der Bw. gab an, dass er für Zwecke des Aufenthaltstitels jeweils die Absolvierung von 8 Wochenstunden mittels Prüfungszeugnissen nachzuweisen habe bzw. gehabt hätte.

Der Grund für das Parallelstudium (Kommunikationswissenschaft und angewandte Informatik) liegt nach Aussagen des Bw. im Wesentlichen darin, dass er seinen Studienschwerpunkt im Bereich des Filmschaffens sieht. Er hofft mit dieser Kombination die Möglichkeiten der Datenverarbeitung und des Filmschaffens kombinieren zu können.

Der Bw. ist seit 2004 als Exportsachbearbeiter bei der Fa. X\*\*\*Y\*\*\* geringfügig beschäftigt. Laut den bei der Abgabenbehörde aufliegenden Lohnzetteldaten, bezog er beginnend mit Jänner 2004 in den Jahren 2004 bis 2006 die folgenden Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit:

	Kz.	1-12/2004	1-12/2005	01.12.2006
Brutto	210	4.446,72	4.504,92	4.519,64
§ 67 Abs. 1 und 2	220	-607,86	-632,24	-644,87
Sozialversicherung	230	-87,51	-58,37	0,00
steuerpflichtige Bezüge	245	3.751,35	3.814,31	3.874,77

Zur Frage nach der geplanten weiteren Aufenthaltsdauer in Österreich gab der Bw. an, dass er mit einer weiteren Studiendauer von etwa 4 Jahren rechnet, da vor allem die abschließende Diplomarbeit mit einem größeren Aufwand verbunden sein wird. Er beabsichtigt nach Abschluss des Studiums und nach Absolvierung eines Praktikums in Österreich von einen halben bis einem Jahr in die U\*\*\* zurückzukehren. Aus heutiger Sicht wird der Bw. somit zumindest bis etwa 2011 bis 2012 in Österreich bleiben.

Bis 2002 wohnte der Bw. in einem Studentenheim, dann bezog er mit seiner Lebensgefährtin eine eigene Wohnung. Die Wohnung, über die sie seit Mai 2004 verfügen, hat eine Fläche von etwa 50 m<sup>2</sup>.

In den letzten Jahren war der Bw. nur zwei Mal für jeweils etwa ein Monat in seinem Heimatstaat (2002 und 2005). Diese 2 Reisen wurden von Österreichern bezahlt, die in dorthin begleitet haben und denen er dafür dort als Reiseführer zur Verfügung stand. Auch seine Lebensgefährtin und sein Kind halten sich das ganze Jahr über in Österreich auf. Sie besucht allerdings gemeinsam mit dem Kind einmal im Jahr ihre Eltern in B\*\*\* für etwa 3 Wochen. Die Kosten für diese Auslandsreisen werden von ihren Eltern bestritten.

Die Sozialversicherung des Bw. ergibt sich durch die geringfügige Beschäftigung des Bw. (Unfallversicherung) bzw. die Selbstversicherung (Kranken- und Unfallversicherung). Seine Partnerin ist als Studierende selbst versichert. Die Tochter ist bei ihnen mitversichert.

Die Lebenshaltungskosten bestreitet der Bw. durch seine geringfügige Beschäftigung und kleinere Gelegenheits- bzw. Studentenjobs. Er erhält von seinen Eltern in der U\*\*\* keine Unterhaltsleistungen.

Auch seine Lebensgefährtin übt zum Teil Gelegenheitsarbeiten aus. Sie erhält daneben von ihren ebenfalls aus der U\*\*\* abstammenden Eltern, die in B\*\*\* leben, nicht regelmäßig aber gelegentlich Unterstützungszahlungen von durchschnittlich € 500.- pro Monat.

Der Bw. gab an, dass sich seine persönlichen Kontakte mit Personen in der U\*\*\* auf Kontakte per Telefon und E-Mail beschränken. Er erklärte, dass er prinzipiell natürlich gerne (auf Dauer) in Österreich bleiben würde. Er kann allerdings dafür auf Grund seines Aufenthaltstitels „Studierender“ dafür wenig realistische Aussichten erkennen. Seine soziale Einbindung bezeichnet der Bw. als sehr gut. Er gibt an, über einen Freundeskreis und umfassende soziale Kontakte zu verfügen. Seine Tochter besucht derzeit (März 2007) den Kindergarten.

## **II) Rechtsgrundlagen und rechtliche Würdigung**

Strittig ist vor allem, ob dem Bw. die Familienbeihilfe zusteht, obwohl er „nur“ über einen Aufenthaltstitel als „Student“ verfügt.

### **1) Aufenthaltstitel**

Dazu sind die einschränkenden Bestimmungen des § 3 Abs. 1 und 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967, BGBl. Nr. 376/1967 (kurz FLAG) in der nach dem Fremdenrechtspaket 2005 (BGBl. I Nr. 100/2005) gültigen Fassung zu beachten, die lauten:

*§ 3 Abs. 1 FLAG:*

*Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben 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.*

**§ 3 Abs. 2 FLAG:**

*Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.*

Die erläuternden Bemerkungen (EB) zur Regierungsvorlage GP XXII RV 952 bestimmen, dass geregelt werden soll, dass Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, einschließlich Staatenloser, dann Anspruch auf die Familienbeihilfe haben, wenn sie zur *Niederlassung* in Österreich berechtigt sind (§§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes). Das gilt auch für deren nicht österreichischen Kinder (§§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes).

Die Argumentation des Finanzamtes könnte darauf aufbauen, dass es aus dem Ausdruck *Niederlassung* in den EB ableitbar wäre, dass nur die ersten vier Tatbestände des § 8 Abs. 1 NAG einen Familienbeihilfenanspruch vermitteln können, die die *Niederlassung* und damit den nicht nur vorübergehenden Aufenthalt im Bundesgebiet regeln, und dass damit der fünfte Tatbestand „*Aufenthaltsbewilligung*“ für einen vorübergehenden befristeten Aufenthalt im Bundesgebiet nicht mit umfasst sei.

Eine solche Auslegung verbietet sich aber nach der Überzeugung des Unabhängigen Finanzsenats aufgrund des klar formulierten und jeden Zweifel ausschließenden Gesetzeswortlautes des § 3 FLAG, der alle Tatbestände des § 8 NAG ohne Unterscheidung mit einbezieht.

Im Berufszeitraum verfügte der **Bw.** selbst über den **Aufenthaltstitel „Ausbildung, § 7 Abs. 4 Z 1 FrG“**. Sein **Kind** verfügte über die nach den Vorschriften des NAG erteilte „**Aufenthaltsbewilligung Familiengemeinschaft**“.

§ 81 Abs. 2 NAG bestimmt, dass vor dem 1. Jänner 2006 nach dem Fremdenengesetz 1997 (kurz FrG), BGBl. I Nr. 75/1997, erteilte Aufenthalts- und Niederlassungsberechtigungen innerhalb ihrer Gültigkeitsdauer und ihres Gültigkeitszweckes insoweit weiter gelten, als sie nach dem Zweck des Aufenthaltes den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes entsprechen. Der Bundesminister für Inneres wurde ermächtigt, durch Verordnung festzulegen, welche vor dem In-Kraft-Treten des NAG erteilten Aufenthalts- und Niederlassungsberechtigungen nach ihrem Aufenthaltswortlaut als entsprechende Aufenthalts- und Niederlassungsberechtigungen nach dem NAG und dem FrG weiter gelten. Das Recht zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit bedarf jedenfalls der Ausstellung eines Aufenthaltstitels nach dem NAG, sofern dies nicht bereits nach dem FrG möglich war.

Durch § 11 Abs. 1 lit. b Z 1 der Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz-

Durchführungsverordnung, BGBl. II Nr. 451/2005 (NAG-DV) wurde bestimmt, dass eine

„Aufenthaltserlaubnis Ausbildung, § 7 Abs. 4 Z 1 FrG“ als „Aufenthaltsbewilligung – Schüler“ oder „Aufenthaltsbewilligung – Studierender“ weiter gilt.

Die „**Aufenthaltsbewilligung – Studierender**“ basiert auf § 64 NAG, wonach Studierenden eine Aufenthaltsbewilligung zu Studienzwecken erteilt werden kann. Voraussetzung für die jeweilige Verlängerung ist ein nach den maßgeblichen studienrechtlichen Vorschriften erbrachter Studienerfolgsnachweis der Universität, Fachhochschule oder akkreditierten Privatuniversität. Liegen Gründe vor, die der Einflussphäre des Drittstaatsangehörigen entzogen, unabwendbar oder unvorhersehbar sind, kann eine Aufenthaltsbewilligung trotz Fehlens des Studienerfolgs verlängert werden (§ 64 Abs. 3 NAG).

§ 8 Z 7 NAG-DV bestimmt, dass dem Antrag auf Verlängerung der „Aufenthaltsbewilligung – Studierender“ ein schriftlicher Nachweis der Universität, Fachhochschule, akkreditierten Privatuniversität oder des Universitätslehrganges über den Studienerfolg im vorangegangenen Studienjahr, insbesondere ein Studienerfolgsnachweis gemäß § 75 Abs. 6 des Universitätsgesetzes 2002, BGBl. I Nr. 120/2002, anzufügen ist. Nach der letztgenannten Gesetzesbestimmung ist der Studienerfolgsnachweis auszustellen, wenn im vorausgegangenen Studienjahr positiv beurteilte Prüfungen im Umfang von mindestens 8 Semesterstunden bzw. **16 ECTS-Anrechnungspunkten** abgelegt wurden. Daraus lässt sich schließen, dass die Absolvierung von 16 ECTS-Anrechnungspunkten von den Behörden als ausreichender Nachweis für den Studienerfolg angesehen wird.

Für die Bestimmung der Anzahl der ECTS-Anrechnungspunkte (Europäisches System zur Anrechnung von Studienleistungen - European Credit Transfer System - ECTS, 253/2000/EG, Amtsblatt Nr. L 28 vom 3. Februar 2000) ist davon auszugehen, dass das Arbeitspensum eines Studienjahres 60 Anrechnungspunkten entspricht (§ 51 Abs. 2 Z 26 Universitätsgesetz 2002). Die ausländischen Studierenden haben für die Verlängerung ihrer Aufenthaltserlaubnis somit in etwa ein Viertel des Norm-Arbeitspensums eines Studienjahres nachzuweisen. Dadurch kann sich die für die endgültige Beendigung einer universitären Ausbildung aufzuwendende Zeit im Extremfall auf ein Vielfaches der Normdauer erhöhen.

Gem. § 41 Abs. 5 NAG kann Inhabern einer Aufenthaltsbewilligung für Studierende im Rahmen eines **Zweckänderungsverfahrens** nach erfolgreichem Abschluss ihres Studiums an einer Universität, Fachhochschule oder akkreditierten Privatuniversität unter bestimmten Umständen eine **"Niederlassungsbewilligung - Schlüsselkraft"** erteilt werden kann.

Es ist also zusammenfassend festzustellen, dass die „Aufenthaltsbewilligung – Studierender“ zum rechtmäßigen Aufenthalt in Österreich im Sinne des § 8 NAG berechtigt. Die zulässige Dauer dieses Aufenthaltes hängt vom zu absolvierenden Studium ab, kann aber unter

Umständen ein Vielfaches der Normstudiendauer betragen. Auch nach Abschluss der Ausbildung ist fremdenrechtlich ein weiterer Aufenthalt in Österreich nicht gänzlich ausgeschlossen, kann doch im Anschluss eventuell eine Niederlassungsbewilligung erteilt werden.

Zu beurteilen sind sowohl der Aufenthaltstitel des Anspruchsberechtigten als auch der des Kindes, das den Anspruch auf Familienbeihilfe vermittelt.

Der Aufenthaltstitel für das Kind A\*\*\*B\*\*\* lautet „**Aufenthaltsbewilligung Familiengemeinschaft**“.

Dieser Titel leitet sich gem. § 69 Abs. 1 NAG von der Aufenthaltsbewilligung der Eltern ab, weshalb die oben dargestellten Grundsätze für das Kind in gleicher Weise zutreffen.

Sowohl der Aufenthaltstitel des Bw. wie auch der seiner Tochter sind damit Aufenthaltstitel im Sinne des § 8 Abs. 1 Z 5 NAG. Damit hielten sich sowohl der Bw. als auch dessen Kind im Juni 2006 in Österreich rechtmäßig iSd §§ 8 und 9 NAG auf.

Allein aus der Tatsache, dass ein Aufenthalt zu Ausbildungszwecken erfolgt, kann nicht abgeleitet werden, dass das den Bezug von Familienbeihilfe ausschließt. Die Frage des notwendigen Inlandsbezuges ist richtigerweise anhand der Prüfung des Mittelpunktes der Lebensinteressen des Anspruchsberechtigten sowie des ständigen Aufenthalts des Kindes zu beurteilen.

## 2) Mittelpunkt der Lebensinteressen

Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe für haushaltszugehörige, minderjährige Kinder (§ 2 Abs. 1 FLAG), wenn sie selbst auch den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben (§ 2 Abs. 8 letzter Satz FLAG 1967).

Nach der letztgenannten Bestimmung ist (jedenfalls ab 1. Jänner 2006) ausschließlich der Anspruchsberechtigte zu beurteilen.

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

Unter **persönlichen** sind dabei all jene Beziehungen zu verstehen, die jemand aus in seiner Person liegenden Gründen, auf Grund der Geburt, der Staatszugehörigkeit, des Familienstandes und der Betätigungen religiöser und kultureller Art, mit anderen Worten nach allen Umständen, die den eigentlichen Sinn des Lebens ausmachen, an ein bestimmtes Land binden, während den **wirtschaftlichen** Beziehungen nur eine weitergehenden Zwecken dienende Funktion zukommt (vgl. VwGH 25.2.1970, 1001/69).

Der Verwaltungsgerichtshof hat wiederholt ausgesprochen, dass die stärkste persönliche

Beziehung eines Menschen im Regelfall zu dem Ort besteht, an dem er regelmäßig mit seiner Familie lebt, dass also der Mittelpunkt der Lebensinteressen einer verheirateten Person regelmäßig am Ort des Aufenthaltes ihrer Familie zu finden sein wird. Diese Annahme setzt im Regelfall voraus, dass ein gemeinsamer Haushalt geführt wird und keine Umstände vorliegen, die ausschlaggebende und stärkere Bindungen zu einem anderen Ort bewirken (vgl. UFS 30.11.2006, RV/0063-I/06 unter Berufung auf VwGH 30.1.1990, 89/14/0054 u.a.).

Im Zweifel ist lediglich ein Vergleich zwischen den Beziehungen zu den in Betracht kommenden Staaten zu ziehen. § 2 Abs. 8 FLAG verlangt nicht, dass die persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen ausschließlich Österreich gelten oder gar, dass der Mittelpunkt der Lebensinteressen für immer im Bundesgebiet beibehalten werden muss (vgl. VwGH 30.1.1990, 89/14/0054 mwN).

Auf den konkreten Fall umgelegt bedeutet das nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenats, dass der Mittelpunkt des Bw. eindeutig in Österreich gelegen ist.

Das lässt sich verkürzt schon alleine damit begründen, dass sich persönlichen und wirtschaftlichen Kontakte des Bw. in den letzten Jahren auf zwei Besuche in seiner Heimat sowie auf Telefonate und den E-Mail-Verkehr beschränkten. Er erhält – eigenen Angaben zufolge - keine finanzielle Unterstützung aus seinem Heimatstaat, wohnt seit 2002 mit seiner Lebensgefährtin und seit 2003 mit ihrer gemeinsamer Tochter in X\*\*\* und beabsichtigt, mindestens weitere vier bis fünf Jahre in Österreich zu bleiben. In Betrachtung all dieser Umstände vermag der Unabhängige Finanzsenat keine Umstände zu erkennen, die für eine stärkere Bindung an die U\*\*\* oder einen anderen Staat als Österreich sprechen könnten.

Mit der Neufassung des § 2 Abs. 8 FLAG durch das Fremdenrechtspaket 2005 wurde das Erfordernis des Mittelpunkts der Lebensinteressen im Bundesgebiet generell für alle Anspruchsberechtigten normiert. Das soll dazu dienen, den entsprechenden Nahebezug zu Österreich sicher zu stellen (EB RV 952 GP XXII). Dass dieser Nahebezug im konkreten Fall gegeben ist, steht für den Unabhängigen Finanzsenat außer Zweifel.

Wie der Unabhängige Finanzsenat schon in seinen Entscheidungen vom 23.2.2007, RV/2190-W/06 und vom 11.7.2006, RV/1187-W/06 ausgesprochen hat, wird es zwar in vielen Fällen typisch sein, dass der Lebensmittelpunkt von Studierenden, die sich nur zu Studienzwecken in Österreich aufhalten, weiterhin in ihrem Herkunftsland liegt. Daraus lässt sich aber keinesfalls zwingend ableiten, dass dies in jedem Fall so sein muss.

### **3) Ständiger Aufenthalt des Kindes im Ausland**

Gem. § 5 Abs. 3 besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten. Zu beachten ist, dass diese Voraussetzung nur im Hinblick auf das anspruchsbegründete Kind zu prüfen ist.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist der ständige Aufenthalt unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2 BAO zu beurteilen. Danach 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. Diese nicht auf den Mittelpunkt der Lebensinteressen abstellende Beurteilung ist nach objektiven Kriterien zu treffen.

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 20. Juni 2000, 98/15/0016).

So beurteilte das Höchstgericht etwa den Aufenthalt zweier minderjähriger Kinder im Ausland über etwa vier Jahre, während der sie dort den Kindergarten bzw. die Schule besuchten, als ständig, obwohl auch sie sich in den Ferien in Österreich aufgehalten hatten, was als vorübergehende Abwesenheit beurteilt wurde (vgl. auch VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103 mwN).

Es bestehen somit im konkreten Fall keine Zweifel, dass sich das Kind A\*\*\*B\*\*\* seit Mitte 2003 ständig in Österreich aufhielt. Bis heute verließ das Baby bzw. Kleinkind Österreich nur jeweils einmal im Jahr, um gemeinsam mit seiner Mutter die Großeltern in B\*\*\* zu besuchen. Der einzige Bezug des Kindes zum Ausland sind diese Großeltern mütterlicherseits, was aber nicht schädlich für den Bezug der Familienbeihilfe sein kann.

#### **4) Zusammenfassung**

Damit ist im Sinne des FLAG für den Monat Juni 2006 zusammenfassend festzustellen:

- Sowohl der Bw. wie auch seine Tochter hielten sich nach § 8 NAG rechtmäßig in Österreich auf.
- Der Mittelpunkt der Lebensinteressen des Bw. befand sich ohne Zweifel in Österreich.
- Auch seine Tochter hielt sich ständig in Österreich auf.

Das Finanzamt begründete die abweisende Berufungsvorentscheidung unter anderem noch damit, dass auch im Hinblick auf das Prinzip der Gegenseitigkeit (Österreich zahle grundsätzlich die Familienbeihilfe für österreichische Studierende im Ausland) prinzipiell keine Familienbeihilfe zustehe. Diesem Hinweis fehlt im konkreten Fall jede rechtliche Grundlage.

Die Voraussetzungen des § 2 Abs. 8 FLAG (Mittelpunkt der Lebensinteressen des Anspruchsberechtigten) sind ebenso wie die des § 5 Abs. 3 FLAG (ständiger Aufenthalt des Kindes im Inland) unabhängig von Gegenseitigkeitsbestimmungen sowohl für Österreicher als

auch für Ausländer zu beachten. Dass Österreich „grundsätzlich die Familienbeihilfe für österreichische Studierende im Ausland“ bezahlt, ist nur ein Ausfluss dieses Prinzips.

Der Bw. hat deshalb für den Juni 2006 Anspruch auf Familienbeihilfe für seine Tochter A\*\*\*B\*\*\*.

Ein Bescheid ist nur dann zu erlassen, insoweit einem Antrag auf Familienbeihilfe nicht oder nicht vollinhaltlich stattzugeben ist (§ 13 FLAG). Die Erlassung des Abweisungsbescheides durch das Finanzamt war somit rechtswidrig, weshalb er ersatzlos aufzuheben war.

Salzburg, am 19. März 2007