



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw, vertreten durch Dr.RG, Dr.RP, Rechtsanwälte, 5020 Salzburg, XY, vom 28. Mai 2008 gegen den Bescheid des Finanzamtes Salzburg-Land vom 22. April 2008 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum August 2007 bis Oktober 2007 für M K entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw) ist österreichischer Staatsbürger und hat einen Wohnsitz in Z.

Am 9. August 2007 beantragte er die Zuerkennung von Familienbeihilfe für den am 00.00.2000 in KW, Afrika , geborenen Sohn M K .

Mit Vorhalt vom 17.8.2007 forderte das Finanzamt Passkopie, Nachweis der Einreise (Flugticket), Nachweis der Staatsbürgerschaft und Aufenthaltstitel (NAG-Karte) für den Sohn M an. In Beantwortung dieses Vorhaltes teilte der Bw mit Schreiben vom 22.8.2007 mit, dass es ihm derzeit nicht möglich sei, die Papiere innerhalb der gewährten Frist bis 7.9.2007 beizubringen. Die Papiere wurden vielmehr für November 2007 zugesagt, zumal sein Sohn dann auch in Österreich sei.

Die Einreise des Sohnes erfolgte am 14.11.2007 mit einem befristeten Touristenvisum. Datiert mit 20.11.2007 wurde für M eine befristete Aufenthaltsbewilligung als Familienangehöriger ausgestellt.

Im Stammbblatt der Volksschule Z scheint als Tag des Schuleintrittes des M in die 2A-Klasse der 26.11.2007 auf.

Eine Einsichtnahme des Finanzamtes in das zentrale Melderegister hat ergeben, dass M K seit 9.8.2007 am Wohnsitz des Vaters hauptgemeldet ist. Der Bestätigung der Meldung aus dem lokalen Melderegister ist zu entnehmen, dass die behördliche Anmeldung am Meldeamt der Gemeinde Z mit einer **Ablichtung** der am 8.8.2007 in KW , Afrika ausgestellten Geburtsurkunde für M K , und zwar am 9.8.2007 erfolgte. Eltern sind laut Geburtsurkunde die afrikanische Staatsbürgerin V K und BW.

Mit Schreiben vom 3.12.2007 teilte das Finanzamt dem Bw die Gewährung der Familienbeihilfe für den Sohn ab November 2007 mit.

Am 10.12.2007 legte der Bw dagegen das Rechtsmittel der Berufung ein.

Wie der Bw ausführt, sei der Lebensmittelpunkt seines Sohnes seit der behördlichen Anmeldung im August 2007 in Z . Es sei jedoch nicht möglich, ein Kind einfach von Afrika nach Österreich zu bringen und sofort in die Schule zu stecken, sondern würde aus erzieherischen Gründen eine gewisse Eingewöhnungsphase benötigt. Auch habe sein Sohn eine Mutter, die er, da er aus geordneten Verhältnissen stamme, sehr gern sehe. Der Bw werde auch im Namen des Sohnes um die österreichische Staatsbürgerschaft ansuchen.

Mit Schreiben des Finanzamtes vom 8.1.2008 wurde dem Bw vorgehalten, dass die Einreise des Sohnes M laut Stempel im Visum mit 14.11.2007 am Flughafen München erfolgt, der gültige Aufenthaltstitel für M seitens der Bezirkshauptmannschaft Salzburg – Umgebung mit Gültigkeit ab 20.11.2007 ausgestellt und laut Rücksprache mit der Schuldirektion der ständige Schulbesuch an der VS Z seit 15.11.2007 gegeben sei. M sei zwar seit August 2007 beim Meldeamt Z gemeldet, habe jedoch tatsächlich bis Mitte November 2007 bei der Mutter in Afrika gelebt und wäre vorher nur für kurze Zeit in Österreich gewesen. Diese Tatsachen ließen insgesamt darauf schließen, dass der Mittelpunkt M s erst seit November 2007 in Österreich gegeben sei.

Mit Schreiben vom 29.1.2008 antwortete der Bw wie folgt:

Der Sohn sei bei seinem Aufenthalt in Österreich im August und September noch im Reisepass der Mutter eingetragen gewesen. Für eine Daueraufenthaltsbewilligung benötige er aber einen eigenen Reisepass und sei M zu diesem Zweck wieder nach Afrika gereist. Dieser Reisepass sei ihm dort auch ausgestellt worden, jedoch wäre zu diesem Zeitpunkt der Lebensmittelpunkt bereits in Österreich gewesen. Nach Erhalt des Reisepasses sei M wieder nach Österreich zurückgekehrt und wurden hier die entsprechenden Titel ausgestellt.

In Erwiderung dieser Eingabe wurde der Bw mit Vorhalt des Finanzamtes vom 6.2.2008 aufgefordert, zum Nachweis des Aufenthalts des Sohnes in den Sommermonaten 2007 die Ablichtung des Reisepasses der Kindesmutter zum Nachweis der Ein- und Ausreise des Sohnes im August bzw. September zu erbringen. Nach mehreren vergeblichen Zustellversuchen - wie sich später herausstellte, weilte der Bw mit seinem Sohn, der zu diesem Zweck vom 8.1. bis 3.4.2008 vom Schulunterricht beurlaubt war, in Afrika - wurde der Vorhalt vom 6.2. 2008 wurde schließlich im E-Mail Verkehr dem Bw am 9.4.2008 zur Kenntnis gebracht.

In Beantwortung desselben führte der Bw aus:

"Wie ich Ihnen bereits mitteilte, war M im Sommer noch im Reisepass seiner Mutter eingetragen und erhielt dann auf Vermittlung der Schule einen eigenen Pass. Zug um Zug wurde der alte eingezogen. Vor dem 14.11. war kein günstiger Flug zu bekommen und es dauert Zeit das Visum von Nairobi nach Mombasa zu schicken.....Um 8000 Kilometer wegzufiegen, braucht es einer gewissen Vorbereitungszeit."

Anlässlich einer persönlichen Vorsprache wiederholte der Bw am 18.4.2008 über Befragung nochmals, dass sein Sohn im August nach Österreich gekommen sei. Zu diesem Zeitpunkt sei er im Reisepass der Mutter eingetragen gewesen, welcher jedoch von der afrikanische n Behörde in Folge einer Neuausstellung eingezogen worden sei. Seines Wissens sei M Ende September/ Mitte Oktober mit seiner Mutter wieder nach Afrika ausgereist. M hätte sich jedoch im August entschlossen in Österreich zu bleiben, zu welchem Zeitpunkt er auch angemeldet worden sei. Er sei am 14.November nach Österreich gekommen und besuche seit diesem Zeitpunkt die Schule.

Zum Nachweis dafür, dass der Mittelpunkt der Lebensinteressen bereits im August 2007 in Österreich gelegen sei, wurden in der Folge ein an M gerichtetes Schreiben der Donau Vienna Insurance Group vom 24.8.2007 vorgelegt, aus dem hervorgeht, dass für ihn eine prämienbegünstigte Zukunftsvorsorge abgeschlossen wurde, sowie ein Beschluss des Bezirksgerichtes Salzburg vom 14.2.2008, mit dem die von den Kindeseltern geschlossene Vereinbarung hinsichtlich der künftigen gemeinsamen Obsorge für M pflegschaftsbehördlich genehmigt wurde.

Mit Zurückweisungsbescheid vom 22.4.2008 wurde die Berufung vom 10.12.2007 betreffend die Mitteilung über die Zuerkennung von Familienbeihilfe ab November 2007 als unzulässig zurückgewiesen. Nur Bescheide seien mit Berufung anfechtbar. Das Schreiben des Finanzamtes vom 3.12.2007, mit dem die Gewährung von Familienbeihilfe im Zeitraum November 2007 bis Februar 2008 mitgeteilt wird, sei als Mitteilung ohne Bescheidcharakter nicht rechtsmittelfähig.

Zeitgleich wurde mit Bescheid vom 22.April 2008 der Antrag vom 10.12.2007 auf Gewährung der Familienbeihilfe für M für den Zeitraum August bis Oktober 2007 abgewiesen.

Begründend wurde ausgeführt, dass der afrikanische Staatsbürger M K , geboren am 00.00.2000 in KW /Afrika nach nunmehr nicht mehr überprüfbaren Angaben seines Vaters in den Sommermonaten zusammen mit seiner Mutter in Österreich gewesen und ca. im September 2007 wieder nach Afrika zurückgekehrt sei. Die Mutter sei afrikanische Staatsbürgerin und M sei nach Angaben des Vaters zu diesem Zeitpunkt noch im Pass der Mutter eingetragen gewesen. Im August 2007 erfolgte die polizeiliche Anmeldung von M K im Haushalt seines Vaters in Z. Mit Datum 14.11.2007 sei M mit einem befristeten Touristenvisum eingereist, mit Datum 20.11.2007 sei eine Aufenthaltsbewilligung als Familienangehöriger für M erteilt worden, mit Datum 26.11.2007 sei Martin in die Volksschule Z eingetreten.

Gemäß § 3 Abs.2 FLAG 1967 bestehe der Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten. M habe einen Aufenthaltstitel nach §§ 8 und 9 NAG 2005 mit 20.11.2008 erhalten und halte sich somit nach der zitierten Gesetzesbestimmung erst ab diesem Zeitpunkt rechtmäßig in Österreich auf. Ab diesem Zeitpunkt stehe dem Vater auch die Familienbeihilfe zu, da auch die übrigen Voraussetzungen, wie Mittelpunkt der Lebensinteressen des Vaters in Salzburg, Haushaltszugehörigkeit des Kindes beim Antragsteller und ständiger Aufenthalt des Kindes durch den Schulbesuch gegeben sei.

Gegen diese Abweisungsbescheid wurde fristgerecht das Rechtsmittel der Berufung eingebracht und ausgeführt:

Richtig sei zwar, dass gemäß § 3 Abs.2 FLAG 1967 Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur bestehe, sofern sie nach den §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhältig sind. Da jedoch nach § 3 FLAG Familienbeihilfe auch denen zukommen solle, denen Asyl nach dem Asylgesetz 2005 gewährt werde, könne dies nur dazu führen, dass Personen, die sich grundsätzlich rechtmäßig in Österreich aufhalten und für die im Übrigen alle sonstigen Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe vorlägen, auch dann Familienbeihilfe zustehen müsse, wenn sie noch keinen Aufenthaltstitel nach den §§ 8 und 9 NAG 2005 innehaben.

Sohn M sei im August 2007 nach Österreich gekommen und ab diesem Zeitpunkt habe sich sein Lebensmittelpunkt in Österreich befunden. M habe bei seinem Aufenthalt in Österreich im August und September noch über keinen eigenen Reisepass verfügt, sondern sei im Reisepass der Mutter eingetragen gewesen und hätte auf Grund dieses Umstandes nicht die Möglichkeit

bestanden, eine Daueraufenthaltsbewilligung, für die er einen eigenen Reisepass benötige, zu beantragen. M habe sohin, um die Voraussetzungen für die Beantragung eines Aufenthaltstitels "Daueraufenthalt – Familienangehöriger" schaffen zu können, nochmals nach Afrika reisen müssen, um einen eigenen Reisepass zu beantragen und auch ausgestellt zu erhalten. Die Reise nach Afrika habe somit nur der Schaffung der formellen Voraussetzungen für den Aufenthalt in Österreich gedient und sei daher davon auszugehen, dass sich der Lebensmittelpunkt von M ab August 2007 in Österreich befunden habe.

Der Bw habe auch anlässlich einer Niederschrift vom 18.4.2008 klar und nachvollziehbar dargelegt, warum kein Nachweis durch die Vorlage des Passes der Kindesmutter, in welchem dieser eingetragen gewesen sei, erbracht werden kann.

Es sei daher davon auszugehen, dass M ab August gewollt in Österreich aufhältig war und auch weiter sei, wobei vom Verwaltungsgerichtshof ausdrücklich festgehalten wurde, dass keine ununterbrochene Anwesenheit erforderlich sei. Ein Ausreisen aus Österreich, um weitere formale Kriterien erfüllen zu können, die den Willen eines ständigen Aufenthaltes in Österreich durchsetzbar machen, seien sicherlich nicht als Unterbrechung der Anwesenheit zu werten. Sämtliche ab August 2007 gesetzten Handlungen hätten einzig und allein dazu gedient, dass der Sohn des Einschreiters auf Dauer seinen Aufenthalt in Österreich einrichte.

Mit Bericht vom 2.6.2008 legte das Finanzamt Salzburg-Land die Berufung dem Unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung vor.

Mit Vorhalt vom 13.11.2008 wurde der Bw seitens des Unabhängigen Finanzsenates zur Klärung der entscheidungswesentlichen Frage, wann der Mittelpunkt der Lebensinteressen des M von Afrika nach Österreich verlegt wurde, d.h. eine eindeutige Lebensschwerpunktverlagerung des Kindes vom Haushalt der Mutter in Afrika in den Haushalt des Vaters in Z erfolgt ist, zur Beantwortung nachstehender Fragen bzw. Vorlage folgender Unterlagen angehalten:

- "1) Nach Aktenlage hat M zumindest bis Mitte November 2007 einen Wohnsitz bei seiner Mutter in Afrika inne gehabt. Um Bekanntgabe desselben wird ersucht.*
- 2) Hatte die Mutter V K bis zum Abschluss der einvernehmlich vor dem Bezirksgericht Salzburg getroffenen Obsorgevereinbarung vom 18.12.2007 das alleinige Sorgerecht für M ?*
- 3) Konkrete Bekanntgabe, wo, wann und wie lange sich M persönlich bereits vor dem 15. November 2007 in Österreich aufgehalten hat. Um Nachweis an Hand geeigneter Unterlagen wird gebeten":*

Mit E-Mail vom 9.12.2008 übermittelte daraufhin der Bw *"mit lieben Grüßen aus dem sonnigen Afrika "*im Anhang eine eidesstattliche Erklärung von Frau V K folgenden Inhalts:

"Ich, Frau V K erkläre, in der Zeit vom 14.7.07 bis 9.9.07 mit unserem Sohn, M B in Austria, Z gewesen zu sein. Hier wurde beschlossen, dass unser gemeinsamer Sohn seinen ordentlichen Wohnsitz in Österreich haben soll und wurde er auch ordnungsgemäß angemeldet. Zur Ausstellung eines eigenen Reisepasses und zur Abmeldung in seiner alten Schule wurde nochmals die Rückreise nach Afrika angetreten um nach Erledigung aller diesbezüglichen Angelegenheiten wieder nach Österreich zurückzukehren."

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 2 Abs.1 FLAG 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder (und unter bestimmten weiteren Voraussetzungen auch für volljährige Kinder, die das 26.Lebensjahr noch nicht vollendet haben).

Gemäß § 2 Abs.2 FLAG hat die Person Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs.1 genanntes Kind, zu deren Haushalt das Kind gehört.

Im Sinne dieser Bestimmung sind Kinder einer Person jedenfalls deren Nachkommen (Abs.3 leg.cit.).

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 sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält. (Abs.5 leg.cit.).

Gemäß § 7 Abs.2 FLAG wird die Familienbeihilfe vom Beginn des Monats gewährt, in dem die Voraussetzungen für den Familienbeihilfenanspruch erfüllt werden.

Die Frage, ob für einen bestimmten Zeitraum Familienbeihilfe zusteht, ist anhand der rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten im Anspruchszeitraum zu beantworten, wobei der gesetzliche Anspruchszeitraum der Monat ist.

Im Sinne des § 167 Abs.2 BAO hat die Abgabenbehörde unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist.

Das Beweisverfahren ist vor allem durch den Grundsatz der freien Beweiswürdigung beherrscht. Demgemäß sind alle Beweismittel grundsätzlich gleichwertig. Ausschlaggebend ist der innere Wahrheitsgehalt der Ergebnisse der Beweisaufnahmen. Hierbei ist es rechters, von mehreren Möglichkeiten jene als erwiesen anzunehmen, die gegenüber allen anderen Möglichkeiten eine überragende Wahrscheinlichkeit für sich hat und alle anderen

Möglichkeiten mit hoher Wahrscheinlichkeit ausschließt oder zumindest weniger wahrscheinlich erscheinen lässt (Ritz, BAO-Kommentar, Tz 2 zu § 166).

Außer Streit steht, dass der Sohn Mitte November 2007 eingereist ist, zeitgleich eine Aufenthaltsbewilligung als Familienangehöriger erhalten hat und erstmals auch zur Schule in Z angemeldet wurde. Hingegen konnten die Angaben des Bw über eine in den Sommermonaten erfolgte Anwesenheit des Sohnes nicht erwiesen werden. Jedoch wird grundsätzlich ein Besuch eines in Afrika lebenden Sohnes, der vorübergehend in den Schulferien in Begleitung seiner afrikanischen Mutter bei seinem Vater aufhältig ist, noch keine Haushaltszugehörigkeit begründen. Dies umso mehr, als der Sohn laut eidesstattlicher Erklärung der Mutter im Herbst 2007 noch in Afrika (nicht aber in Z) an der Volksschule angemeldet war, die Mutter das alleinige Sorgerecht für ihren Sohn hatte und auch keinerlei formale Voraussetzungen geschaffen waren, die tatsächlich eine Verlagerung der Haushaltszugehörigkeit vom afrikanischen Haushalt der Mutter in den Haushalt des Vaters bereits zu diesem Zeitpunkt im August 2007 zugelassen hätten.

Der Unabhängige Finanzsenat kommt daher im konkreten Fall zu dem Schluss, dass M erstmals im November 2007 dem Haushalt des Kindesvaters zugehörig wurde. Abgesehen davon, dass die behauptete Anwesenheit im Sommer 2007 in keiner wie immer gearteten Form bewiesen werden konnte, kann allein auch ein Besuch beim Vater gemeinsam mit der Kindesmutter in den Schulferien mit anschließender Rückkehr nach Afrika, nicht von einer Verlagerung des Lebensmittelpunktes von einem Kontinent auf einen anderen überzeugen. Denn mögen auch im Sommer 2007 Überlegungen und Erwägungen angestellt oder bereits sogar Grundsatzentscheidungen im Hinblick auf die Setzung eines derartigen Schrittes getroffen worden sein, so spricht jedenfalls auch eine mehrmonatige Rückkehr mit weiterem Schulbesuch in Afrika gegen eine Verlagerung des Mittelpunktes der Lebensinteressen des M bereits im August 2007 nach Österreich. Diese Tatsachenfeststellungen gründen sich auf den Inhalt des vorgelegten Verwaltungsaktes und insbesondere auch auf die im elektronischen Weg übermittelte Erklärung der Mutter vom 9.12.2008, wonach "*während der gemeinsamen Anwesenheit in der Zeit vom 14.7. bis 9.9.2007 beschlossen wurde, dass der gemeinsame Sohn seinen ordentlichen Wohnsitz in Österreich **haben soll** und wurde er auch ordnungsgemäß angemeldet. Zur Ausstellung eines eigenen Reisepasses und zur Abmeldung in seiner alten Schule wurde nochmals die Rückreise nach Afrika angetreten um nach Erledigung aller diesbezüglichen Angelegenheiten wieder nach Österreich zurückzukehren*".

Für das Vorliegen der Haushaltszugehörigkeit kommt es zweifelsfrei nicht auf den Meldestatus, sondern maßgeblich auf die tatsächliche Gestaltung der Dinge an.

Nach Aktenlage ist erwiesen, dass M Mitte November 2007 nach Österreich in den Haushalt des Vaters zugezogen ist und zu diesem Zeitpunkt auch die Anmeldung zum Besuch der Pflichtschule erfolgte. Die Anwesenheit in Österreich bzw. die Begründung der Haushaltszugehörigkeit beim Vater zu einem früheren Zeitpunkt konnte weder nachgewiesen noch glaubhaft gemacht werden.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch auf den Umstand, dass die Aussagen der beiden Elternteile über den Zeitpunkt der angeblichen Einreise und Ausreise im Sommer 2007 als widersprüchlich einzustufen sind und verschiedene Ungereimtheiten aufweisen, zumal auch die Erklärung der Mutter, dass am 9.9.2007 die Rückreise nach Afrika angetreten worden sei, im Widerspruch zu der Vorhaltsbeantwortung des Vaters vom **22.8.2007** steht, in der er die Vorlage der angeforderten Unterlagen für November 2007 ankündigt, "**wenn auch mein Sohn in Österreich ist**", was wohl besagt, dass der Sohn am 22.8.2008 nicht bei ihm in Österreich aufhältig war. Diese Aussage des Vaters ist für den UFS insofern glaubwürdig, als zu diesem Zeitpunkt (am 9.8.2007) offensichtlich in Kenia die Ausstellung einer Geburtsurkunde für Martin beantragt wurde. Es kann nach Aktenlage nicht festgestellt werden, dass M bereits im August 2007 bei einheitlicher Wirtschaftsführung gemeinsam mit seinem Vater eine Wohnung bewohnt und hier seinen Lebensmittelpunkt aufgebaut hätte.

Daher ist die Annahme des Finanzamtes, dass M tatsächlich nicht vor November 2007 seinen Lebensmittelpunkt in den österreichischen Haushalt des Vaters verlagert hat und Familienbeihilfe somit nicht vor November 2007 zusteht, als durchaus schlüssig zu erachten. Die Berufung war daher als unbegründet abzuweisen.

Salzburg, am 24. Februar 2009