



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vom 27. Februar 2001 gegen den Bescheid des Finanzamtes X. vom 2. Februar 2001 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab Jänner 2001 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen. Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Im Zuge einer Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe im Dezember 2000 legte die Berufungswerberin (Bw.), polnische Staatsbürgerin, die für ihre drei Enkelkinder (mit österreichische Staatsbürgerschaft) laufend die Familienbeihilfe bezogen hatte, dem zuständigen Finanzamt u.a. für die Enkelin E., geb. am Datum, eine Schulbesuchsbestätigung einer Schule in Polen vor.

Mit Ergänzungsvorhalt vom 8. Jänner 2001 ersuchte das Finanzamt die Bw. um Bekanntgabe, seit wann genau sich die Enkelin in Polen aufhalte, sowie um Vorlage des Meldezettels über die Abmeldung in Kopie. Die Bw. legte eine Bestätigung der Schule (Y,) vom 8. März 2002 in beglaubigter Übersetzung vor, wonach die Enkelin im Schuljahr 2000/01 Schülerin der zweiten Klasse sei und ihre Schulausbildung gemäß dem geltenden Schulprogramm mit dem Reifezeugnis im Mai 2003 abschließen werde.

Am 17. März 2001 beantragte die Bw., deren Einreise nach Österreich laut eigenen Angaben auf dem eingereichten Formular im Jahr 1991 erfolgte, die Weitergewährung der Familienbeihilfe für ihre Enkelin ab Jänner 2001.

Mit Bescheid vom 2. Februar 2001 wies das Finanzamt den Antrag der Bw. mit der Begründung ab, dass gemäß § 5 Abs. 4 FLAG 1967 für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestehe. Das Kind besuche in Polen die Schule, kurzfristige Besuche bei der Bw., auch wenn sie regelmäßig erfolgten, würden keinen Anspruch begründen.

In der gegen den Abweisungsbescheid vom 2. Februar 2001 eingebrachten Berufung vom 22. Februar 2001 führte die Bw. aus:

*„Meine Enkelin ... hat am 99. 99. 1998 ihre Mutter verloren, ihren Vater hatte sie nie gekannt. Der Tod der Mutter kam mitten in ihrer Pubertät und löste in ihr einen Schock aus, der dazu führte, dass sie sich gegen mich und ihre beiden Geschwister wandte. Dies führte in der Folge dazu, dass sie von Zuhause auszog und aufhörte, zu lernen, was mit einem Schulausschluss drohte. Alle diese Tatsachen sind sowohl am AJF 22 als auch am BG Donaustadt amtskundig und dort allenfalls nachzuprüfen. E. zog ins Krisenzentrum und drohte, sozial zu verkommen.*

*Als einzigen Ausweg sah ich, sie der Obhut einer guten Internatschule mit christlichem Geist zu überantworten, um einerseits die Konflikte innerhalb der Familie zu lösen und andererseits zu versuchen, sie auf einen ordentlichen Lebensweg zurückzuführen.*

*Leider waren meine finanziellen Möglichkeiten nicht ausreichend, um E. einer solchen Schule in Österreich anzuvertrauen (z.B. Sacre Coeur Pressbaum, Ursulinerinnen, Dominikanerinnen). Daher entschloss ich mich, sie in eine gleichwertige Schule nach Polen zu geben. Mit der Familienbeihilfe war und bin ich imstande, diese Schule zu finanzieren.*

*Die Schulerfolge und E. s Entwicklung bestätigen die Richtigkeit meiner Entscheidung. Sie ist auf dem besten Weg dazu, die Schule mit gutem Erfolg in 2 Jahren zu beenden und hat auch die kritische Phase weitgehend überwunden.*

*E. hält sich im Ausland nur zu diesem Zwecke auf. Wenn jedoch die Familienbeihilfe gestrichen wird, werde ich nicht mehr imstande sein, diese Schule zu bezahlen, was einen negativen Einfluss auf Ihre Entwicklung haben wird. Die drei Kinder meiner Tochter, die ich zu erhalten habe, leben am Rande des sozialen Minimums - ich erhalte lediglich ein Verwandtenpflegegeld und meine Mindestrente (2.800,00 ATS) aus Polen.*

*In meinem Verständnis dient die Familienbeihilfe dazu, der Familie zu helfen, den Kindern eine adäquate Ausbildung und Entwicklung zu ermöglichen. Ich ersuche Sie daher, meiner Berufung stattzugeben.“*

Das Finanzamt wies die Berufung gegen den Abweisungsbescheid als unbegründet ab und führte in der Berufungsvorentscheidung sinngemäß aus, dass für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestehe. Da die Enkelin sich aus sozialen Gründen in einer Schule in Polen befinde und nur kurzfristige Besuche bei der Bw. stattfänden, sei ein ständiger Aufenthalt in Österreich nicht gegeben. Die in der Berufung angeführte Begründung, die Enkelin befinde sich aus Kostengründen in einem Internat in Polen, sei außer Betracht zu lassen, weil durch diesen Tatbestand kein Anspruch auf Familienbeihilfe erwirkt werden könne.

Im Antrag auf Vorlage der Berufung zur Entscheidung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz verwies die Bw. auf die in der Berufung vorgebrachte Begründung und brachte ergänzend vor:

*„... Bei dem Auslandsaufhalt meiner Enkelin handelt es sich lediglich um einen vorübergehenden Aufenthalt zum Zwecke der Ausbildung. Dies geht aus dem Zweck des Aufenthaltes als auch aus der aufenthaltsrechtlichen Stellung meiner Enkelin in Polen (siehe beil. „Meldebestätigung eines Ausländers für vorübergehenden Aufenthalt“) hervor.*

*Tatsache ist außerdem, dass ich weiterhin für die Betreuung meiner Enkelin aufkomme. Da meine Enkelin ja weiterhin das Zentrum ihrer Lebensinteressen in G. hat, sich hier auch außerhalb der Ausbildungszeiten aufhält, sind sämtliche Betreuungsaufgaben weiterhin gegeben. Sihin kann von einem ständigen Aufenthalt in Polen im Sinne des Gesetzes keine Rede sein.*

III)

*Des weiteren unterliegt die belangte Behörde einem Rechtsirrtum, wenn sie in der Begründung des angefochtenen Bescheides ausführt, dass ein ständiger Aufenthalt in Österreich nicht gegeben sei und deshalb kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestehe. Schon allein aus dem Wortlaut der angewandten Norm ist jedoch nicht auf einen ständigen Aufenthalt in Österreich als Anspruchsbegründung abzustellen, sondern umgekehrt auf einen ständigen Aufenthalt im Ausland als Anspruchsausschließungsgrund. Dieser Ausschließungsgrund ist jedoch wie aus dem Sachverhalt ersichtlich nicht gegeben, weshalb die Abweisung meines Antrages in rechtswidriger Weise erfolgte.*

IV)

*Bei mängelfreier Ermittlung des maßgeblichen Sachverhaltes und verfassungsgemäßer Interpretation der anzuwendenden Norm hätte die belangte Behörde weiters zur Auffassung gelangen müssen, dass der gegenständliche Auslandsaufenthalt meiner Enkelin lediglich ihrer Ausbildung dient, dh schon allein dem Grunde nach lediglich einen vorübergehenden Auslandsaufenthalt darstellt, und die Abweisung meines Antrags sachlich nicht gerechtfertigt ist.*

*Die zitierte Norm kann wohl nur dahingehend ausgelegt werden, dass für Kinder, die keinen Bezug zu Österreich (mehr) haben bzw. diesen in absehbarer Zeit auch nicht wieder herstellen wollen und für die keine Aufwendungen mehr für Erziehung, Obsorge, Ausbildung etc seitens der Erziehungsberechtigten geleistet werden müssen, keine staatliche Unterstützung gewährt werden soll.*

*Der Verfassungsgerichtshof geht in ständiger Judikatur davon aus, dass die Familienbeihilfe eine Betreuungshilfe darstellt. Da ich - wie oben dargelegt - aber weiterhin die Betreuung meiner Enkelin besorge, besteht mE auch weiterhin ein Anspruch auf Gewährung der Familienbeihilfe.*

*Die Abweisung meines Antrags auf Gewährung der Familienbeihilfe erfolgte somit auch in sachlich nicht gerechtfertigter, sohin verfassungswidriger Weise.“*

Mit Ergänzungsvorhalt vom 9. Jänner 2002 ersuchte das Finanzamt die Bw. um Bekanntgabe wo sich die Enkelin in der nichtschulischen Zeit aufhalte, ob die Enkelin die Wochenenden und Ferien in Polen oder in Österreich bei den Eltern oder Großeltern verbringe, sowie wann und wo die Enkelin der Bw. immer in Österreich aufhältig sei.

Mit Niederschrift vom 21. Februar 2002 hielt das Finanzamt die anlässlich einer persönlichen Vorsprache der Bw. erfolgte Vorhaltsbeantwortung wie folgt fest:

*„Zum Vorhalt vom 9.1.2002 kann ich wie folgt Stellung nehmen:*

*Frage 1) Aufenthaltsort der Enkelin E. in der Nichtschulischen Zeit:*

*Meine Enkelin befand sich ständig in W. im y.; ab Juni 2001 musste aus finanziellen Gründen das Internat aufgegeben werden und besucht seither die Tagesschule "Z. für Erwachsene" in W. . (Tagesschule Montag bis Samstag); - eine entsprechende Bestätigung lege ich hiermit vor.*

*Meine Enkelin wohnt alleine in meiner Wohnung in W. (Polen) während dieser Ausbildungszeit. Sie besitzt eine vorübergehende Aufenthaltsbewilligung bis 20.3.2003 in Polen.*

*Meine Enkelin kann daher nur - wenn keine Schule ist - nach Hause zu mir kommen; die Besuche sind aber aus Kostengründen und Zeitgründen eher beschränkt möglich (5 Std. Fahrzeit G. - W. ; 45 Euro*

*hin und zurück)*

*Meine Enkelin hat nur eine Waisenpension von 124 Euro pro Monat, andere Einkünfte hat Sie nicht.*

*Meine Enkelin ist in G. gemeldet (siehe Beilage).*

*Sämtliche Kosten werden daher von mir (Bw.) für meine Enkelin übernommen. Meine Enkelin ist daher wie bereits bekannt gegeben hauptsächlich in Polen aufhältig.*

*Ich hoffe damit den Vorhalt zufrieden stellend beantwortet zu haben.“*

Die von der Bw. im Berufungsverfahren erwähnten Unterlagen („Meldebestätigung eines Ausländers für vorübergehenden Aufenthalt“ sowie Schulbesuchsbestätigungen in beglaubigter Übersetzung aus dem Polnischen, österreichischer Meldezettel) wurden vorgelegt.

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

Gemäß § 2 Abs. 1 lit.a des Familienlastenausgleichsgesetzes (FLAG) 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder sowie für volljährige Kinder, sofern die in § 2 Abs. 1 lit.b FLAG 1967 näher festgelegten Voraussetzungen zutreffen. Kinder iSd Familienlastenausgleichsgesetzes sind nach § 2 Abs. 3 leg. cit. die Nachkommen einer Person.

Anspruch auf Familienbeihilfe hat nach § 2 Abs. 2 FLAG 1967 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. Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind gemäß § 2 Abs. 5 FLAG 1967 dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt.

Gemäß § 2 Abs. 8 FLAG (in der im strittigen Zeitraum anzuwendenden Fassung) haben Personen, die sowohl im Bundesgebiet als auch im Ausland einen Wohnsitz haben, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Bundesgebiet haben und sich die Kinder ständig im Bundesgebiet aufhalten.

Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben gemäß der im Berufungsfall anzuwendenden Fassung des § 3 FLAG 1967 (BGBl. Nr. 367/1991) Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie die sich seit mindestens sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten.

Nach § 5 Abs. 4 FLAG 1967 in seiner Fassung vor dem Bundesgesetz BGBl. Nr. 201/1996 bestand kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, es sei denn, dass die Gegenseitigkeit durch Staatsverträge verbürgt war.

Nach § 5 Abs. 4 FLAG 1967 idF BGBl. Nr. 201/1996\* besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten. Mit Änderung durch BGBl. 142/2000, Artikel 71, hat der Absatz 4 des § 5 FLAG 1967 mit Wirkung ab 1. Jänner 2001 – ohne inhaltliche Änderung - die Bezeichnung "Absatz 3" erhalten.

\*Soweit bestehende Staatsverträge die Gewährung von Familienbeihilfe für Kinder vorsehen, die sich ständig in einem anderen Staat aufhalten, ist Abs. 4 in der Fassung vor dem Bundesgesetz BGBl. Nr. 201/1996 weiter anzuwenden, bis völkerrechtlich anderes bestimmt ist (vgl. § 50g Abs.2).

Ein solches Abkommen mit Polen existierte im strittigen Zeitraum nicht. Ebenso war Polen im strittigen Zeitraum noch nicht Mitgliedsstaat der Europäischen Union.

Gemäß § 5 Abs. 4 FLAG 1967 in der ab 2001 geltenden Fassung des BGBl. 142/2000 (vorher Abs.5) besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, für die Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe besteht.

Im gegenständlichen Berufungsfall ist aufgrund der vorgelegten Unterlagen bzw. der Angaben der Bw. unbestritten, dass die seit Monat 2001 volljährige Enkelin der Bw. jedenfalls seit dem Schuljahr 2000/2001 (laut vorgelegter **Schul**bestätigung vom 31.08.2000) eine private Allgemeinbildende Schule mit Öffentlichkeitsrecht in Polen besuchte und anfangs auch im privaten Internat der Schule untergebracht war. Ab Juni 2001 wurde das Internat (laut Bw. aus finanziellen Gründen) aufgegeben, die Enkelin der Bw. besuchte anschließend eine Tagesschule für Erwachsene (Ausbildungsdauer laut Bestätigung der Schule vom 12.9.2001 vier Jahre –acht Semester). Sie wohnte allein in einer Wohnung der Bw. in Polen. Besuche der Enkelin bei der Bw. in Österreich waren aus Kostengründen und Zeitgründen eher beschränkt möglich.

Dass die Bw. selbst, die sowohl in Österreich als auch im Ausland einen Wohnsitz hat, den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Bundesgebiet hat, ist nicht strittig, weil die beiden anderen Enkelkinder der Bw. laut Aktenlage im Haushalt der Bw. in Österreich leben und in Österreich die Schule besuchen.

Strittig ist, ob die Enkelin E. sich infolge des Schulbesuches in Polen iSd § 5 Abs. 3 FLAG 1967 ständig im Ausland aufhält.

Nach der 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. 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. 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. Daher unterbricht auch das Verbringen der Ferien in Österreich den ständigen Aufenthalt im Ausland nicht. (VwGH 02.06.2004, 2001/13/0160, 8.06.1982, 82/14/0047, 28.11.2002, 2002/13/0079).

Wenn im § 2 Abs. 5 lit. b FLAG 1967 Fiktionen für die Haushaltszugehörigkeit bei auswärtiger Berufsausübung aufgestellt werden, hat dies für die Prüfung eines ständigen Auslandsaufenthaltes iSd § 5 Abs. 4 FLAG 1967 (im strittigen Zeitraum: Abs.3) eines in Schulausbildung stehenden Kindes keine Bedeutung (VwGH 20.06.2000, 98/15/0016).

Dem Argument der Bw., es handle sich lediglich um einen vorübergehenden Aufenthalt der Enkelin zum Zwecke der Ausbildung, ist daher entgegenzuhalten:

Der Schulbesuch der Enkelin in Polen wurde zumindest auf voraussichtlich vier Jahre (acht Semester) angelegt. Dabei handelt es sich um einen Zeitraum, der nicht mehr als bloß vorübergehender Aufenthalt zu beurteilen ist. Laut Rechtsprechung des Verwaltunggerichtshofes ist ein sich über zwei Jahre erstreckender Auslandsaufenthalt der Kinder (jedenfalls) als ständig iSd § 5 Abs. 4 (bzw. nunmehr Abs.3) FLAG1967 zu beurteilen (VwGH 20.06.2000, 98/15/0016).

Dass die Enkelin der Bw., als österreichische Staatsbürgerin, nach den Bestimmungen in Polen vorerst nur eine für drei Jahre – jedoch nicht für einen bestimmten Zweck ausgestellte – Meldebestätigung erhalten hat, beweist, entgegen den Ausführungen im Vorlageantrag, nicht, dass die Enkelin sich nur vorübergehend iSd § 5 Abs. 3 FLAG 1967 im Ausland aufhält. Der Verwaltunggerichtshof hat dazu ausgesprochen, dass grundsätzlich auch Schüler, die sich während der Schulwoche ständig am Schulort aufhalten, nur dort ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, sofern nicht im Einzelfall ein zeitliches Überwiegen der Aufenthalte in Österreich glaubhaft gemacht werden kann. (VwGH 2002/14/0103).

§ 5 Abs. 3 FLAG 1967 stellt somit nur auf den ständigen Aufenthalt ab, ohne zu unterscheiden, welche Beweggründe diesen Aufenthalt bewirkten. Es ist damit auch ohne Belang, dass der Aufenthalt des Kindes im Ausland laut den Angaben der Bw. aus Kostengründen und im Interesse des Kindes erfolgte. Im vorliegenden Fall ist schon aufgrund der Ausbildungsdauer zweifellos nicht von einem nur vorübergehenden Aufenthalt der Enkelin der Bw. im Ausland auszugehen. Durch die laut den Angaben der Bw. seltenen, wenn auch regelmäßigen Aufenthalte in Österreich (Besuche der Enkelin außerhalb der Ausbildungszeiten) wird der ständige Aufenthalt im Ausland nicht unterbrochen.

Da nach den vorstehenden Ausführungen durch den ständigen Aufenthalt des Kindes im Ausland nach § 5 Abs. 3 FLAG 1967 ein Ausschließungsgrund vorliegt, ist der Umstand, dass sämtliche, von der Waisenpension der Enkelin nicht gedeckten Kosten von der Bw. getragen werden, nicht weiter relevant.

Ebenso erübrigen sich damit auch Ermittlungen, inwieweit die Bw. für ihre Enkelin Anspruch auf Familienleistungen in Polen hatte - die Bw. hat laut eigenen Angaben dort eine Wohnung und bezieht Pensionseinkünfte aus Polen – weil dadurch nur ein zusätzlicher Ausschließungsgrund nach § 5 Abs. 4 FLAG 1967 vorliegen könnte.

Von der einschränkenden Bestimmung des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 sind im Übrigen auch österreichische Staatsbürger erfasst. Auch ihnen erwächst kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland, außerhalb des Gemeinschaftsgebietes, aufhalten (vgl. VwGH 18.09.2003, 2000/15/0204).

Es war daher wie im Spruch zu entscheiden.

Wien, am 28. April 2008