



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw, vertreten durch Vt, vom 18. Oktober 2004 gegen den Bescheid des Finanzamtes Feldkirch vom 6. Oktober 2004 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab 1. August 2003 und Gewährung einer Ausgleichszahlung für das Kalenderjahr 2002 und den Zeitraum 1. Jänner bis 31. Juli 2003 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Mit Bescheid vom 6. Oktober 2004 wurden die Anträge der Berufungswerberin (Bw) auf Gewährung der Familienbeihilfe ab 1. August 2003 und einer Ausgleichszahlung für das Kalenderjahr 2002 und den Zeitraum vom 1. Jänner bis 31. Juli 2003 für das Kind S abgewiesen, da der Mittelpunkt der Lebensinteressen von der Bw in a liege und ihre Tochter sich nicht ständig in Österreich aufhalte.

Gegen obgenannten Bescheid berief die Bw – vertreten durch ihre Mutter – rechtzeitig und führte hiezu aus, dass sie seit mehreren Semestern als ordentliche Studentin an der s in h, k eingeschrieben sei. Sie erziele nachweislich gute Studienerfolge und nach dem derzeitigen Stand sei damit zu rechnen, dass sie ihr laufendes Studium ca Ende 2006 abschliessen wird. Sowohl sie selbst als auch ihre Tochter seien in f seit Jahren ordentlich gemeldet. Ihre Tochter halte sich naturgemäß nicht ständig in Österreich auf, sondern lebe während der Semester mit der Bw zusammen am Studienort. In den Semesterferien – zuletzt in diesem Sommer –

würden beide jeweils an ihrem Hauptwohnsitz nach f zurückkehren. Der nächste Besuch sei zu Weihnachten 2004 vorgesehen. Die Feststellung, der Mittelpunkt der Lebensinteressen ist in a, sei falsch und völlig unbegründet. Wie jeder andere Student, ob in Österreich oder im Ausland, halte sich die Bw während des Studiums natürlich am Studienort auf. Aufgrund des grossen Abstandes seien nun einmal Heimreisen nur in den Semesterferien möglich. Dieser Sachverhalt begründe jedoch in keiner Weise die Aussage des Finanzamtes bezüglich des Mittelpunktes der Lebensinteressen der Bw.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 31. Mai 2005 wurde die Berufung als unbegründet abgewiesen und ausgeführt, dass das Finanzamt den Antrag vom 3. August 2003 auf Gewährung der Familienbeihilfe ab 1. August 2003 und Gewährung einer Ausgleichszahlung für das Kalenderjahr 2002 und den Zeitraum 1. Jänner bis 31. Juli 2003 für das Kind i mit der Begründung abgewiesen habe, dass sich aufgrund des Studiums in a der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Bw in a (U) befindet und die Tochter der Bw sich daher nicht ständig in Österreich aufhalte.

Gegen diesen Bescheid sei Berufung eingelegt und ausgeführt worden, dass sich aus der Aktenlage des Finanzamtes ergebe, dass die Bw seit mehreren Semestern als ordentliche Studentin an der SU eingeschrieben sei, nachweislich gute Studienerfolge aufweise und wahrscheinlich Ende 2006 das Studium abschließen werde. Die Tochter der Bw und sie selbst seien seit Jahren in f ordentlich gemeldet. Die Tochter der Bw halte sich naturgemäß nicht ständig in Österreich auf, sondern lebe während der Semester mit der Bw zusammen am Studienort. In den Semesterferien würde die Bw zusammen mit der Tochter an den Hauptwohnsitz in f zurückkehren. Die Feststellung, dass sich der Mittelpunkt der Lebensinteressen daher in a befindet, sei völlig unbegründet, da die Bw wie jeder Student – ob in Österreich oder im Ausland – sich während des Studiums natürlich am Studienort aufhalten würde. Aufgrund der großen Entfernung seien aber Heimreisen nur in den Semesterferien möglich.

Dazu habe das Finanzamt am 25. Mai 2005 einen Lokalaugenschein im Haus der Eltern der Bw durchgeführt und festgestellt, dass die Bw dort ein Zimmer mit der Tochter mit ca. 15 m² benützen kann (Fotos seien angefertigt worden). Die Mutter der Bw habe mitgeteilt, dass sich der Großteil der Kleidung in a befindet. Außerdem habe die Mutter der Bw mitgeteilt, dass der Kindesvater im Jahre 2001 bereits in a (h) an einer Universität studiert hat und die Bw zusammen mit ihrem Kind nachgezogen ist. Seit Sommer 2001 hätten sowohl die Bw mit ihrem Kind und der Kindesvater für etwa zwei Jahre zusammen eine Wohnung in a bewohnt. Danach hätten sich die Kindeseltern getrennt. Der Kindesvater habe jedoch sein Kind etwa alle vier Wochen besucht (Entfernung ca 6 Autostunden, Kilometer unbekannt). In den vs würde ein Studienjahr ca Mitte August beginnen und etwa Mitte Mai des nächsten Jahres

enden. Die Weihnachtsferien würden etwa 1 Monat dauern, wobei die Bw ca drei Wochen zu Besuch nach f kommen würde. In den Sommerferien würde sich die Bw zusammen mit ihrem Kind ca einen Monat bei ihrer Mutter aufhalten. Den Rest der Sommerferien sei die Bw entweder bei ihren Großeltern in n oder zu Lernzwecken in a. Ansonsten sei laut Aussage der Mutter die Bw zusammen mit ihrem Kind nicht bei ihr in f gewesen. Aus dem Zentralen Melderegister ergebe sich, dass die Bw die Staatsangehörigkeit der Vs besitze und das Kind laut Aussage der Mutter der Bw einen e Reisepass besitzt.

Gemäß § 2 Abs 8 FLAG 1967 hätten 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. Eine Person habe den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat. Gemäß § 5 Abs 3 FLAG 1967 bestehe kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

Der Begriff des „ständigen Aufenthalts“ sei im Familienlastenausgleichsgesetz 1967 nicht gesondert definiert. Bei der Auslegung dieses Begriffes sei somit auf § 26 Abs 2 BAÖ zurückzugreifen (vgl. VwGH 6. 10. 1980, 2350/79; VwGH 20. 6. 2000, 98/15/0016). Nach dieser Gesetzesbestimmung habe eine Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt an jenem Ort oder in jenem Land, wo sie sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass sie dort nicht nur vorübergehend verweilt. Der Verwaltungsgerichtshof habe im Erkenntnis vom 13. 10. 1982, 82/13/0135 zum Ausdruck gebracht, dass unter ständigem Aufenthalt die körperliche Anwesenheit erforderlich ist. Ein vier Monate dauernder Aufenthalt der Familie im Ausland unterbreche etwa den ständigen Aufenthalt im Inland.

Eine Person könne zwar mehrere Wohnsitze, jedoch nur einen Mittelpunkt der Lebensinteressen haben (VwGH 18. 1. 1996, 93/15/0145, ÖstZB 1996, 531). Desweiteren führe der VwGH in diesem Erkenntnis an, dass nach den Erfahrungen des täglichen Lebens im Regelfall die stärksten persönlichen Beziehungen zu dem Ort bestehen, an dem man regelmäßig Tag für Tag mit seiner Familie lebt. Die polizeiliche Ab- und Abmeldung sei hiebei nicht entscheidend (VwGH 26. 11. 1991, 91/14/0041, ÖstZB 1992, 323).

Ein nur vorübergehender Aufenthalt eines Kindes im Inland spreche nicht gegen die Annahme eines ständigen Aufenthaltes im Ausland (so auch VwGH 20. 6. 2000, 98/15/0016, ÖstZB 2000, 652 zu § 5 Abs 4 FLAG, wonach ein Österreichaufenthalt des Kindes in Ferienzeiten noch keinen Österreichaufenthalt im Sinne dieser Bestimmung begründet).

Aufgrund dieser eindeutigen Gesetzeslage und Rechtsprechung halte sich das Kind der Bw ständig im Ausland auf, weil sein Aufenthalt in Österreich (ca ein Monat in den Sommerferien,

ca drei Wochen zu Weihnachten, Rest in n oder den U) nur Besuchszwecken dient. Dabei sei es unerheblich aus welchen Gründen sich das Kind zusammen mit der Kindesmutter ständig im Ausland aufhält und sowohl Kind und Kindesmutter melderechtlich mit Hauptwohnsitz in Österreich gemeldet sind. Es komme nach der Rechtsprechung ausschließlich auf die körperliche Anwesenheit an und diese sei beim Kind der Bw eindeutig ständig (außer Besuche) im Ausland.

Die Ausgleichszahlung werde in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen der gleichartigen ausländischen Beihilfe und der Familienbeihilfe, die nach diesem Bundesgesetz zu gewähren wäre, geleistet.

Da sich das Kind der Bw nach seiner Geburt zuerst in d und dann in den vs bei seinen Eltern bzw nach deren Trennung bei der Bw haushaltszugehörig war, gelte das Kind der Bw nach ständiger Rechtsprechung, da das Kind auch nur zu Besuchszwecken in Österreich weilte, als sich ständig im Ausland aufhaltend. Da die Ausgleichszahlung davon abhängig ist, ob überhaupt in Österreich nach dem Familienlastenausgleichsgesetz 1967 eine Familienbeihilfe zu gewähren ist, und eine Familienbeihilfe wegen des ständigen Aufenthaltes des Kindes der Bw im Ausland nicht zu gewähren ist, könne auch eine Ausgleichszahlung nicht geleistet werden.

Anlässlich des vom Finanzamt vorgenommenen Lokalaugenscheines vom 25. Mai 2005 wurden im wesentlichen folgende Sachverhaltselemente festgehalten:

Die Anzahl der Zimmer betrage 6, wobei noch kein eigenes Kinderzimmer für i existiere, jedoch in Zukunft geplant werde eines einzurichten. Laut Aussage der Großmutter habe die Bw den Großteil ihrer Kleidung nach a mitgenommen. Der Kindesvater sei schon vorher nach a gezogen, um dort zu studieren. Der Studienbeginn sei im Sommer 2001 erfolgt und die Kindeseltern hätten bis Sommer 2003 zusammengelebt. Das letzte Mal sei die Bw zu Weihnachten letzten Jahres ca drei Wochen in Österreich gewesen. Der Aufenthalt zu Weihnachten habe immer ca drei Wochen gedauert, ansonsten sei die Bw mit ihrer Tochter in der Vergangenheit nicht bei der Großmutter bzw ihrer Mutter in f gewesen. Die Bw habe erinnerlich im sechsten Schuljahr die Schule „geschmissen“ und sei danach zu Hause geblieben bzw habe bei verschiedenen Stellen „geschnuppert“ (ca fünf Monate). Danach habe die Bw mit der Ausbildung wieder begonnen und sei zu ihrem Vater, der eine Wohnung in o angemietet hatte, gezogen. An der is habe sie dann auch den Kindesvater kennengelernt. Die Bw sei vorher in d ca drei Jahre geblieben. Der Studienbeginn der Bw in den U wurde von der Mutter der Bw mit Herbstsemester 2001 (August 2001) angegeben. Das Kind sei dann ständig bei der Bw gewesen. Nach der Trennung der Kindeseltern hätten die Eltern der Bw ab

Sommer 2003 eine Wohnung mit zwei Zimmern mit Kochnische und Bad in a für die Bw angemietet.

Mit Schreiben vom 28. August 2005 beantragte der Vater der Bw stellvertretend für die Bw die Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz und führte aus, dass die Bw als in f mit Hauptwohnsitz wohnhafte sc Staatsbürgerin grundsätzlich Anspruch auf Familienbeihilfe für ihre ebenfalls in f mit Hauptwohnsitz wohnhafte minderjährige Tochter, geboren in o am 19. Jänner 2001, und sc Staatsbürgerin, habe. Aufgrund ihrer Geburt in den U – während der Vater der Bw vorübergehend dort berufstätig war – besitze sie automatisch auch die ka Staatsbürgerschaft. Ihre Tochter und die Bw würden in h /bsn vorübergehend zu Ausbildungszwecken eine Zweitunterkunft unterhalten. Sie beabsichtige, ihr Studium an der s im Laufe des Jahres 2006 ordnungsgemäß abzuschließen und nach Österreich zurückzukehren, um wenn möglich im Bereich KE tätig zu werden. Das Studium sei in der Vergangenheit nachweislich mit gutem Erfolg und zügig betrieben worden. Dies werde auch weiterhin der Fall sein.

Die am Studienort unterhaltene Zweitunterkunft (Definition laut Österreich-Lexikon des BM BWK: „Zweitwohnsitz – zusätzlicher Wohnsitz zum Hauptwohnsitz, der Arbeits- oder Ausbildungszwecken oder als Freizeitwohnsitz dient“) entspreche nicht den in § 6 Abs 1 BAÖ formulierten Anforderungen an einen „Wohnsitz“ (das heißt, es gebe keinerlei Umstände, die darauf schließen lassen, dass die Unterkunft beibehalten...wird) bzw Abs 2 betreffend einen „gewöhnlichen Aufenthalt“ (das heißt, es gebe keinerlei Umstände, die erkennen lassen, dass die Tochter der Bw und sie selbst nicht nur vorübergehend in den U verweilen).

Die Zweitunterkunft bestehe aus einem minimal ausgestatteten möbliert gemieteten Wohnraum mit Küchenzeile, Bad und einem kleinen Nebenraum, die jeder Besucher als typische Studentenwohnung bezeichnen würde.

Wie früher ausgeführt, seien die Tochter der Bw und sie selbst aufgrund regelmäßiger Besuche am Hauptwohnsitz in f auch nicht ständig körperlich in der an Zweitunterkunft anwesend, was ebenfalls nicht den Anforderungen an einen gewöhnlichen Aufenthalt – wie vom VwGH in dem vom Finanzamt zitierten Erkenntnis formuliert – entspricht.

Der von der dreiköpfigen Delegation des Finanzamtes am 25. Mai 2005 durchgeführte Lokalaugenschein im Haus der Eltern der Bw dürfte hinreichend belegen, dass das Zimmer der Bw mit Schlafgelegenheit für deren Tochter nach wie vor dort unterhalten wird. Die früher von ihrer älteren Schwester bewohnte Einliegerwohnung im Erdgeschoß stehe außerdem im Hinblick auf ihre im nächsten Jahr geplante Rückkehr frei und zu ihrer Verfügung. Es dürfte überhaupt nicht verwundern, dass der Großteil der Kleidung der Bw derzeit in den U sei.

Entgegen der in keiner Weise sachlich begründeten Behauptung des Finanzamtes habe die Tochter der Bw und sie selbst den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen nach wie vor in f, wo die gesamte Familie wohnhaft sei und wohin sie die eindeutig engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen haben. Leider könnten sie aus zeitlichen und finanziellen Gründen grundsätzlich nur jeweils in den Semesterferien nach Österreich zurückkehren.

Das vom Finanzamt weiters zitierte Erkenntnis des VwGH, wonach nach den Erfahrungen des täglichen Lebens im Regelfall die stärksten persönlichen Beziehungen zu dem Ort bestehen, an dem man Tag für Tag mit seiner Familie lebt, halte die Bw im vorliegenden Fall für nicht zutreffend. Weder würden die Erfahrungen des täglichen Lebens die angesprochene Regel bestätigen, noch würden sich anders gelagerte Einzelfälle verallgemeinern lassen. Tatsache sei, dass die Bw nicht mit ihrer Familie, sondern nur mit ihrer minderjährigen Tochter als alleinerziehende Mutter tausende Kilometer entfernt von ihrer Familie, den Eltern, Geschwistern sowie sechs Cousins/Cousinen ihrer Tochter und anderen Bezugspersonen aus Studiengründen vorübergehend im Ausland lebe.

Obwohl die Bw der Auffassung sei, dass allein die Würdigung der von ihr angeführten Argumente und Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen im Wortlaut anstelle verallgemeinernder Verweise auf früher in anders gelagerten Fällen gefällte Entscheidungen auf ihren Fall eindeutig ihre Darstellung der Sachlage stützt, glaube sie, dass das Finanzamt bei seiner Entscheidung jedoch überhaupt einem ganz wesentlichen Irrtum unterliegt.

Es sei nämlich nach Meinung der Bw keineswegs unerheblich, anders als vom Finanzamt angeführt, aus welchen Gründen sie sich mit ihrer Tochter im Ausland aufhalte. Der vom Finanzamt geltend gemachte Ausschließungsgrund des behaupteten ständigen Aufenthaltes im Ausland möge zum Beispiel im Falle langjähriger beruflicher Auslandstätigkeit anwendbar sein, gelte aber grundsätzlich unter anderem nicht im Falle eines Auslandsstudiums.

Die besonderen Wirkungen eines Auslandsstudiums seien unter anderem in einschlägigen Informationen des BMF, des BMBWK, der Hochschülerschaft der Universität I, der Österreichischen HochschülerInnenschaft sowie in den Durchführungsrichtlinien zum FLAG dargestellt.

Bezogen auf den Fall der Bw würde dies bedeuten, dass ihre Eltern auf Antrag (der aus anderen Gründen noch nicht gestellt ist) für die Bw auch während eines Auslandsstudiums grundsätzlich Familienbeihilfe beziehen könnten, dass heisst, ihre ausländische Zweitunterkunft offenbar eindeutig nicht als „beihilfeschädlich“ im Sinne der vom Finanzamt angeführten Bestimmungen anzusehen wäre, und also auch für die Dauer des ordnungsgemäßen Studiums keinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt am Studienort in den U für sie begründen würde.

Wenn nun aber die Bw selbst als Antragstellerin mit eben dieser „erlaubten“ Zweitunterkunft einen Antrag auf Familienbeihilfe für ihre ausschließlich und unwiderlegbar aus Gründen ihres Studiums bei ihr wohnende Tochter stellt, schließe eben diese gemeinsam mit ihrer minderjährigen Tochter bewohnte ausländische Unterkunft einen Anspruch plötzlich aus.

Es sei für sie in keiner Weise nachvollziehbar, dass ihre ka Unterkunft offenbar als vorübergehende Zweitunterkunft akzeptiert wird, sofern sie sie in ihrer Eigenschaft als Student bzw Kind anspruchsberechtigter Eltern bewohne. Wenn sie aber als studierende alleinerziehende Mutter mit Kind von eben dieser gleichen Unterkunft aus einen Antrag stelle, werde ihr vorgehalten, sie bewohne eine Unterkunft, deren Charakter einen Anspruch ausschließt.

Zwar lebe die vierjährige Tochter der Bw selbstverständlich nicht aufgrund eines eigenen Studiums vorübergehend im Ausland (sie besuche derzeit einen von ihrer Universität getragenen Kindergarten; der von der Stadt f ergangenen Einladung zur Anmeldung ihrer Tochter in einem städtischen Kindergarten habe sie leider für das Kindergartenjahr 2005/06 nicht Folge leisten können), dennoch müsse sie aufgrund ihres Alters notgedrungen dort wohnen, wo sie sich zum Zwecke des Studiums vorübergehend aufhalte. Aufgrund dieser besonderen Konstellation müsse es erlaubt sein, um analoge Anwendung und Auslegung der Auslandsstudienregelung bzw positive Würdigung des kausalen Zusammenhanges zu bitten.

Die Konsequenzen der Rechtsauffassung des FA stellten letzten Endes ihres Erachtens eine unstatthafte Diskriminierung von Auslandsstudien bzw von studierenden Müttern dar (Zitat Österreichischer Fachhochschulrat: „Die staatliche Familienbeihilfe kann als ‚indirekte‘ Studienförderung gewertet werden) und würden, sofern sie zu einer Verweigerung der Familienbeihilfe führen, eindeutig den Intentionen des FLAG widersprechen, denen es in keiner Weise entsprechen würde, wenn sie ihre Tochter zum Beispiel getrennt von ihr in f aufwachsen lassen müsste, um bei Fortsetzung ihres Auslandsstudiums den Verlust des Anspruches auf Familienbeihilfe zu vermeiden.

Die ihr von ihrer Mutter berichtete Empfehlung eines Besuchers anlässlich des Lokaulaugenscheines des Finanzamtes vom 25. Mai 2005, sie solle doch zum Beispiel in z studieren, dann bekäme sie die Familienbeihilfe, sehe sie daher auch als missglückten schlechten Scherz an, ohne dabei diskriminierendes Denken unterstellen zu wollen.

Obwohl die Gründe für ihr Auslandsstudium unerheblich sind, glaube sie, dass der Wert von Auslandssemestern oder ganzen Auslandsstudien für den Einzelnen oder für die Gesellschaft insgesamt unbestritten ist und ein solches Studium daher auch in verschiedener Weise, einschließlich durch Zahlung der Familienbeihilfe, gefördert werde.

Da die Bw glaube ausgeführt zu haben, warum die Abweisung ihres Antrages durch das Finanzamt im vorliegenden Fall ihres Erachtens nicht unbedingt haltbar ist und deshalb auf eine entsprechende positive Entscheidung hoffe, halte sie ihren Antrag auf Ausgleichszahlung zwischen der früher in d bezogenen und der österreichischen Beihilfe, einschließlich Kinderabsetzbetrag, aufrecht, sofern der Vergleich zwischen den entsprechenden Vergütungsbeträgen eine positive Differenz zu ihren Gunsten ergibt.

Sie bitte um wohlwollende Prüfung ihrer vorliegenden Berufung und sei sich dessen bewußt, dass es frühere Berufungsentscheidungen gibt, in denen ein Auslandswohnsitz grundsätzlich als „beihilfenschädlich“ angesehen wurde. Dennoch sei sie der Auffassung, dass in ihrem Fall das an sich nicht „beihilfenschädliche“ Auslandsstudium und der aus diesem Grunde zwangsläufige Auslandsaufenthalt ihres Kindes eine anders gelagerte Sachlage darstellen, die bei wohlwollender Betrachtung, nicht zuletzt im Sinne der Familienförderung, als mit den einschlägigen Bestimmungen durchaus konform angesehen werden kann. Der Vollständigkeit halber sei noch mitgeteilt, dass es in den U keine der Familienbeihilfe ähnliche Leistungen gibt.

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 2 Abs 1 FLAG 1967 haben Personen für Kinder Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben.

Personen, die sowohl im Bundesgebiet als auch im Ausland einen Wohnsitz haben, haben gemäß § 2 Abs. 8 FLAG nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie

- 1) den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Bundesgebiet haben **und**
- 2) sich die Kinder ständig im Bundesgebiet aufhalten.

Diese beiden Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen; dies bedeutet, dass, selbst wenn sich der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Antragstellerin im Bundesgebiet befinden würde, ein Anspruch auf Familienbeihilfe nur dann besteht, wenn sich auch das Kind **ständig** im Bundesgebiet aufhält.

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

Gemäß § 26 Abs. 1 der Bundesabgabenordnung hat jemand einen Wohnsitz im Sinne der Abgabenvorschrift dort, wo er eine Wohnung innehat, unter Umständen, die darauf schließen lassen, dass er die Wohnung beibehalten und benutzen wird.

Nach Abs 2 der genannten Gesetzesbestimmung hat jemand den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne der Abgabenvorschrift 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 länger als sechs Monate dauert. In diesem Fall erstreckt sich die Abgabepflicht auch auf die ersten sechs Monate. Als Anhaltspunkt für eine Mindestfrist für die Innehabung der Wohnung unter Umständen, die auf die Beibehaltung und Nutzung schließen lassen, wird auf die zitierte Sechs-Monatsfrist des § 26 Abs 2 abgestellt (siehe Ritz, BAO-Kommentar § 26 Tz 9). Das Bundesministerium für Finanzen ist ermächtigt, von der Anwendung dieser Bestimmungen bei Personen abzusehen, deren Aufenthalt im Inland nicht mehr als ein Jahr beträgt, wenn diese im Inland weder ein Gewerbe betreiben noch einen anderen Beruf ausüben.

Gemäß § 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 oder nicht.

Im vorliegenden Fall kann dahin gestellt bleiben, ob die Bw im streitgegenständlichen Zeitraum den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen tatsächlich in Österreich hatte (wogegen allerdings die vom Finanzamt in seiner Berufungsvorentscheidung vom 31. Mai 2005 dargestellten Ausführungen jedenfalls sprechen).

Entscheidend ist im Berufungsfall, dass die Tochter der Bw ihren ständigen Aufenthalt nicht in Österreich gehabt hat:

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. zB VwGH 20.6.2000, 98/15/0016; 2.6.2004, 2001/13/0160) ist der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs 3 FLAG 1967 unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs 2 Bundesabgabenordnung (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 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.

Die Bw bestätigt selbst, dass sie aufgrund ihres Studiums zusammen mit ihrer Tochter in a wohnt und ihre Tochter dort auch den Kindergarten besucht. Den Gründen hiefür kommt - entgegen den Ausführungen im Vorlageantrag vom 28. August 2005 - aber ebensowenig wie einer polizeilichen Meldung (laut Auszug aus dem Zentralen Melderegister vom 4. Mai 2005 ist die Tochter der Bw seit 2. März 2001 in f gemeldet) Bedeutung zu, da nur der **tatsächliche**

Aufenthalt relevant ist. Der von der Bw gemachte Einwand, der vom Finanzamt geltend gemachte Ausschließungsgrund des behaupteten ständigen Aufenthaltes im Ausland möge zum Beispiel im Falle langjähriger beruflicher Ausländstätigkeit nicht jedoch im Falle eines Auslandsstudiums anwendbar sein, kann daher nicht nachvollzogen werden. Auch die erwähnten besonderen Wirkungen eines Auslandsstudiums etc vermögen nicht die rechtliche Beurteilung eines ständigen Aufenthaltes des Kindes der Bw im Ausland anders zu beurteilen, als vorhin vorgetragen. Das Verbringen der Ferien in Österreich (drei Wochen zu Weihnachten, ein Monat in den Sommerferien) ist jeweils als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, wodurch der ständige Aufenthalt der Tochter der Bw in a nicht unterbrochen wurde (vgl. hierzu nochmals die ebenfalls einen mehrjährigen Schulbesuch im Ausland betreffenden Erkenntnisse des VwGH vom 20.6.2000, 98/15/0016, vom 2.6.2004, 2001/13/0160 sowie weiters die Erkenntnisse vom 8.6.1982, 82/14/0047, und vom 28.11.2002, 2002/13/0079). Kinder, welche so wie die Tochter der Bw im Ausland wohnen und nur in der Ferienzeit jeweils vorübergehend einen inländischen Wohnsitz benutzen, halten sich im Sinne des § 5 Abs 3 FLAG 1967 ständig im Ausland auf. Ein Rückgriff auf § 26 Abs 2 BA0 zur Auslegung des § 5 Abs 3 FLAG 1967 ist – wie bereits erwähnt – zulässig (VwGH 8. 6. 1982, 82/14/0047).

Inwieweit die Eltern auf Antrag für die Bw auch während eines Auslandsstudiums grundsätzlich Familienbeihilfe beziehen könnten kann für den hier rechtlich zu würdigenden Sachverhalt – es geht nämlich um den Familienbeihilfenbezug für die Tochter der Bw und nicht um den für sie selbst – dahingestellt bleiben, da in diesem Fall nach denselben Kriterien zu beurteilen sein wird, ob sich die Bw selbst ständig im Ausland aufhält oder nicht und inwieweit grundsätzlich erforderliche Kriterien erfüllt sind oder nicht.

Auch der Hinweis des Vaters der Bw als deren Vertreter, die am Studienort unterhaltene Zweitunterkunft entspreche nicht den in § 6 (richtigerweise wohl 26) Abs 1 BA0 formulierten Anforderungen an einen „Wohnsitz“ bzw Abs 2 betreffend einen „gewöhnlichen Aufenthalt“ kann der Berufung nicht zum Erfolg verhelfen, da eine Wohnung iSd § 26 Abs 1 Räumlichkeiten sind, die nach der Verkehrsauffassung zum Wohnen geeignet sind, also ohne wesentliche Änderung jederzeit zum Wohnen benützt werden können und ihrem Inhaber nach Größe und Ausstattung ein dessen Verhältnissen entsprechendes Heim bieten (zB VwGH 26. 11. 1991, 91/14/0041; 24. 1. 1996, 95/13/0150). Geringere Anforderungen werden an Zweitwohnsitze (Ferienhäuser uä) gestellt (VwGH 29. 11. 1969, 1281/65). Als Anhaltspunkt für eine Mindestfrist für die Innehabung der Wohnung unter Umständen, die auf die Beibehaltung und Nutzung schließen lassen, wird in der Literatur (Stoll, BA0, 335, Huemer, Die unbeschränkte Steuerpflicht natürlicher Personen, 35; Doralt, EStG³, § 1 Tz 12; Lechner, in Gassner/Lang, Besteuerung, 256; Tipke/Kruse A0, § 8 Tz 6) auf die Sechsmonatsfrist des §

26 Abs 2 abgestellt. Das heisst, auch die vom Vater der Bw ins Treffen geführte minimale Ausstattung (sogenannte typische Studentenwohnung) lässt sich in die vom Gesetzgeber vorgegebenen Tatbestände einordnen und stellt somit eine Wohnung im obigen Sinne da. Diesbezüglich ist im Verfahren vor dem Unabhängigen Finanzsenat nichts gewonnen. Auf den in der Berufung und im stattgefundenen Verfahren vordergründig angesprochenen Mittelpunkt der Lebensinteressen der Bw kommt es aufgrund vorstehender Ausführungen für die alleinige Beurteilung des ständigen Aufenthalts der Tochter der Bw nicht mehr an. Da aufgrund vorliegenden Sachverhaltes somit der ständiger Aufenthalt der Tochter nicht im Inland gelegen war, liegt zumindest eine Voraussetzung für die Gewährung von Familienbeihilfe für den strittigen Zeitraum nicht vor, weshalb die Berufung schon deshalb als unbegründet abzuweisen war.

Dass die Konsequenzen der Rechtsauffassung des Finanzamtes letzten Endes nach Meinung der Bw eine unstatthafte Diskriminierung von Auslandsstudien bzw von studierenden Müttern darstellen würde, sofern sie zu einer Verweigerung der Familienbeihilfe führen und damit eindeutig den Intentionen des FLAG widersprechen, kann vom Unabhängigen Finanzsenat insoweit nicht erblickt werden, zumal verschiedene Sachverhalte unter verschiedene gesetzliche Tatbestände zu subsumieren sind und sich daraus auch verschiedene Konsequenzen ergeben werden. Eine Diskriminierung würde nach Meinung des Unabhängigen Finanzsenates nur erfolgen, wenn gleiche Sachverhalte unterschiedlich behandelt würden.

Aufgrund des § 4 Abs 6 FLAG, wonach die Ausgleichszahlung als Familienbeihilfe gilt, finden alle Regelungen über die Familienbeihilfe auch auf die Ausgleichszahlung Anwendung, sofern dies nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist. Demnach finden insbesondere die Regelungen über die Verjährung (§ 10 Abs 3), die Zuständigkeit (§ 13), das Verfahren (§ 2 BA0), die Rückforderung zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe (§ 26), die Befreiung von der Einkommensteuer (§ 27 Abs 1), die Unpfändbarkeit (§ 27 Abs 2) und die Strafbestimmungen (§ 29) Anwendung. Der Verwaltungsgerichtshof spricht hiezu auch aus, dass auch für Ausgleichszahlungen iSd § 4 Abs 2 FLAG 1967 die Anspruchsvoraussetzungen des § 2 Abs 8 FLAG 1967 erfüllt sein müssen. Einer Person zB, die den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Ausland hat, ist daher die Ausgleichszahlung zu versagen (VwGH 13.9.1989, 88/13/0165, ÖStZB 1990, 45). Auf die zusätzlichen Ausführungen betreffend Ausgleichszahlungen für das Kalenderjahr 2002 und den Zeitraum 1. Jänner bis 31. Juli 2003 in der ausführlich begründeten Berufungsvorentscheidung wird verwiesen.

Feldkirch, am 13. November 2006