



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 6., 7. und 15. Bezirk betreffend Familienbeihilfe für den Zeitraum 1. August 1997 bis 30. April 2000 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.) bezieht für seine Tochter M., geb. am 5. Juli 1997 seit Mai 2000 Familienbeihilfe.

Am 2. August 2002 stellte er den Antrag auf rückwirkende Auszahlung der Familienbeihilfe ab 1. August 1997.

Das Finanzamt erließ am 11. September 2002 einen Bescheid und wies den Antrag des Bw. mit der Begründung ab, dass M. in Bosnien geboren, erst seit 16. Mai 2000 in Österreich gemeldet und seit 18. Oktober 2001 (laut Nachweis) österreichische Staatsbürgerin sei, weshalb gemäß § 5 Abs. 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 für den Streitzeitraum kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestehe.

Der Bw. erhob am 1. Oktober 2002 Berufung und begründete diese wie folgt:

"... Die belangte Behörde übersieht, dass ein Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe nur dann abgewiesen werden kann, wenn der Antragsteller einen unbegründeten Antrag stellt oder die entscheidenden Tatsachen nicht nachweisen konnte. Diese Betrachtungsweise ist relevant nur dann wenn die Behörde die entscheidenden Tatsachen nicht amtswegig prüfen kann.

Die Behörde muss prüfen, seit wann ich als der Vater des Kindes österreichischer Staatsbürger bin und nicht unrichtig behaupten, dass das Kind seit 18.10.2001 österreichische Staatsbürgerin ist, weil es einfach nicht stimmt. Ich bin seit 1996 österreichischer Staatsbürger, also vor Geburt des Kindes und das Kind ist österreichische Staatsbürgerin seit Geburt.

Eine Umkehr der Beweislast, wie von der belangten Behörde angenommen, widerspricht den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsverfahrens, indem die Aufgabe der Behörde, namentlich die amtswegige Ermittlungspflicht, auf den Antragsteller abgeschoben würde. Die Behörde hätte daher ein Ermittlungsverfahren einzuleiten und mir insbesondere ausreichende (!) Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen gehabt. Die Behörde hätte demnach zu prüfen gehabt, ob ich Nachweis österreichische Staatsbürgerschaft habe. Sie hätte dies nicht allein aufgrund der gesetzlichen Regelungen des Familienlastenausgleichsgesetzes (gemäß § 5 Abs. 3), sondern auch in Ansehung der Praxis zu prüfen gehabt insbesondere rechtliches. Egal wo das Kind geboren ist, musste es als Familienmitglied betrachtet werden. Das Kind musste ernährt und bekleidet werden. Natürlich brauchte meine Frau Hilfe beim Geburten von erfahrenen Frauen wie es meine Mutter und Schwester sind. Nur 40 Tage lebte sie mit dem Kind in Bosnien und ist es unklar geblieben aufgrund welchen Tatsachen die Behörde behauptet, dass das Kind erst seit 16.5.2000 in Österreich lebt. Die Anmeldung ist nicht der einzige Nachweis dafür. Das Wichtigste ist, dass der Vater bei Geburt des Kindes Österreicher ist.

Die Behörde trifft jedoch die Verpflichtung, von Amts wegen den maßgebenden Sachverhalt zu ermitteln und dem Antragsteller die Gelegenheit zu geben, im Rahmen des Ermittlungsverfahrens gehört zu werden..."

Das Finanzamt ersuchte den Bw. am 15. Oktober 2002 insofern um Ergänzung, als es um einen Nachweis der Einreise der Tochter nach Österreich und den Meldezettel ersuchte.

Der Bw. übermittelte am 28. Oktober 2002 einen Meldezettel und gab gleichzeitig die Namen und Adressen von zwei Zeugen bekannt, die bestätigen könnten, dass seine Tochter sich seit Geburt in Österreich aufhält.

Das Finanzamt erließ am 23. Jänner 2003 eine Berufungsvorentscheidung und wies die Berufung mit der Begründung ab, dass es richtig sei, dass M., geb. am 5.7.1997, seit ihrer Geburt österreichische Staatsbürgerin sei. Eine Voraussetzung für den Bezug der Familienbeihilfe sei aber auch der Aufenthalt im Bundesgebiet. Diesen könne der Bw. aber erst ab Mai 2000 nachweisen.

Der Bw. stellte am 12. Februar 2003 den Antrag auf Vorlage seiner Berufung an die Abgabenbehörde zweiter Instanz und führte dazu unter anderem aus:

"... Die Behörde erster Instanz hat wieder in Form eines Formulars entschieden und falsch die § 276 BAO angewendet. Die Berufungsvorentscheidung ist vorzeitig, weil ich als Nachweis Einvernehmen von Zeugen O.R., K.A. sowie meine Einvernahme als Partei im Verfahren vorgeschlagen habe. Darüber musste die Behörde entscheiden bevor sie die Entscheidung getroffen hat...."

Mit Ergänzungsersuchen des Finanzamtes vom 18. Februar 2003 wurde der Bw. ersucht, geeignete Nachweise über den Aufenthalt der Tochter in Wien (seit der Geburt), zB Mutter-Kind-Pass, vorzulegen.

Das Finanzamt machte am 5. März 2003 folgenden Aktenvermerk:

"Anlässlich eines persönlichen Gesprächs mit K.A. – Hausbesorgerin in X, wurde mitgeteilt, dass sich die Tochter des AST mit ihrer Mutter hauptsächlich in Bosnien aufhält und nur sporadisch an einigen Wochenenden im Jahr in Wien ist. Die Mutter wartet angeblich seit der Geburt auf ein Visum.

Hr.P. erklärte mir, dass es doch natürlich ist, dass sich das Kind bei seiner Mutter und seinen Eltern aufhält, da er beruflich so ausgelastet sei und keine Zeit hat seine Tochter zu beaufsichtigen. Es wäre auch zu teuer, da er eine Tagesmutter bezahlen müsste.

Er steht auch unverrückbar auf dem Standpunkt, dass seine Tochter auf Grund Ihrer Staatsbürgerschaft in Wien lebt, da sie hier polizeilich gemeldet ist – ab Mai 2002.

Eine frühere polizeiliche Meldung (ab Geburt) sei nicht möglich, da er beruflich fast immer von Wien weg sei. Außerdem Sorge er für sämtliche Kosten seiner Tochter in Bosnien.

Einen Nachweis über den tatsächlichen körperlichen Aufenthalt seiner Tochter kann der AST nicht erbringen. Es gibt auch keine ärztlichen Untersuchungen in Wien, da seine Tochter 1. nicht krank 2. wenn nötig – in Bosnien untersucht und behandelt wird."

Über die Berufung wurde erwogen:

1. Anspruch auf Familienbeihilfe hat gemäß § 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 aus dem Titel der Haushaltszugehörigkeit anspruchsberechtigt ist.

Gemäß § 2 Abs. 5 FLAG 1967 gehört ein Kind dann zum Haushalt einer Person, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltszugehörigkeit gilt nach lit. c leg. cit. dann nicht als aufgehoben, wenn sich das Kind wegen eines Leidens oder Gebrechens nicht nur vorübergehend in Anstaltspflege befindet, wenn die Person zu den Kosten des Unterhalts mindestens in Höhe der Familienbeihilfe für ein Kind beiträgt.

Gemäß § 5 Abs. 3 FLAG 1967 besteht kein Anspruch für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, es sei denn, dass - ab 1. Mai 1996 nach Maßgabe des § 50 g Abs. 2 FLAG 1967 - Gegenseitigkeit durch Staatsverträge verbürgt ist.

Das Abkommen zwischen der Republik Österreich mit der Sozialistischen Förderativen Republik Jugoslawien über soziale Sicherheit wurde vom Bundespräsidenten zum 30. September 1996 gekündigt (Kundmachung der Genehmigung der Kündigung durch den Nationalrat: BGBl. Nr. 347/1996).

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 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.

Im Übrigen hat sich der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 4.12.2001, B 2366/00, mit den im dortigen Verfahren vorgebrachten verfassungsrechtlichen Bedenken

gegen die Bestimmung des § 5 Abs 4 (neu: Abs 3) FLAG 1967 auseinandergesetzt und ist zum Ergebnis gelangt, dass ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Familienbeihilfe für sich ständig im Ausland aufhaltende Kinder nicht anzunehmen ist. In diesem Erkenntnis hat der Gerichtshof ausgeführt, dass eine gesetzliche Regelung, die den Anspruch auf eine der Familienförderung dienende Transferleistung an eine Nahebeziehung des anspruchsvermittelnden Kindes zum Inland binde und hiebei auf dessen Aufenthalt abstelle, keine verfassungsrechtlichen Bedenken erwecke.

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 (vgl. die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 2.6.2004, 2001/13/0160, vom 20.6.2000, 98/15/0016).

Es wird darauf hingewiesen, dass auch österreichische Staatsbürger von der einschränkenden Bestimmung des § 5 Abs 3 FLAG 1967 (früher: Abs 4) erfasst sind. Auch ihnen erwächst kein Anspruch auf Familienbeihilfe für sich ständig im Ausland außerhalb des Gemeinschaftsgebietes aufhaltende Kinder. Daher liegt auch keine Diskriminierung nach der Staatsangehörigkeit vor (vgl. VwGH vom 18.9.2003, 2000/15/0204).

2. Nach § 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.

Nach ständiger Rechtsprechung genügt es, von mehreren Möglichkeiten jene als erwiesen anzunehmen, die gegenüber allen anderen Möglichkeiten eine überragende Wahrscheinlichkeit oder gar die Gewissheit für sich hat und alle anderen Möglichkeiten absolut oder mit Wahrscheinlichkeit ausschließt oder zumindest weniger wahrscheinlich erscheinen lässt (Ritz, BAO³, Tz. 2 zu § 166, Tz. 6 und 8 zu § 167 mwN).

Das Beweisverfahren wird vor allem beherrscht vom Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung bedeutet, dass alle Beweismittel grundsätzlich gleichwertig sind und es keine Beweisregeln (keine gesetzliche Rangordnung, keine formalen Regeln) gibt. Ausschlaggebend ist der innere Wahrheitsgehalt der Ergebnisse der Beweisaufnahmen.

3. Die Berufungsbehörde nimmt es als erwiesen an, dass sich die Tochter des Bw. in dem in Rede stehenden Zeitraum nicht ständig in Österreich aufgehalten hat.

Diese in freier Beweiswürdigung getroffene Beurteilung gründet sich auf folgende Umstände:

Laut Behördenanfrage aus dem Zentralen Melderegister war die Tochter des Bw. im Streitzeitraum nicht in Österreich gemeldet.

Weiters liegt die – zwar nicht in einer Niederschrift, jedoch in einem Aktenvermerk – festgehaltene Aussage der als Zeugin vom Bw. beantragten Fr. K.A. vor, wonach sich die Tochter des Bw. mit ihrer Mutter hauptsächlich in Bosnien aufhalte und nur sporadisch an einigen Wochenenden im Jahr in Wien sei, weil sie angeblich seit der Geburt der Tochter auf ein Visum warte.

Diese Aussage wurde dem Bw. vorgehalten; er selbst hat die Richtigkeit dieser Aussage de facto zugestanden, weshalb auch von der Einvernahme des zweiten vom Bw. beantragten Zeugen gemäß § 183 Abs. 3 BAO als nunmehr unerheblich geworden abgesehen werden konnte.

Der Bw. bestreitet auch nicht mehr, dass sich die Tochter zumindest im Streitzeitraum bei der Mutter aufgehalten habe. Er hätte auch für sämtliche Kosten seiner Tochter in Bosnien gesorgt. Einen Nachweis über den tatsächlichen körperlichen Aufenthalt seiner Tochter in Wien konnte er nicht erbringen.

Hält sich aber die Tochter iSd § 5 Abs 3 FLAG 1967 ständig im Ausland auf, so steht dieser Umstand der Gewährung von Familienbeihilfe entgegen. Die Staatsbürgerschaft und die Tragung des Unterhaltes ist in diesem Zusammenhang für den Anspruch auf Familienbeihilfe ohne Bedeutung. Die Berufung war somit als unbegründet abzuweisen.

Wien, am 28. Februar 2006