



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des RS, vom 6. Juli 2012, gegen den Bescheid des Finanzamtes Spittal/Drau vom 11. Juni 2012 betreffend Familienbeihilfe für den Zeitraum Juli 2011 bis Feber 2012, entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Soweit der Zeitraum Juli bis Oktober 2011 betroffen ist, wird auf die Berufungsvorentscheidung vom 21. Feber 2013 verwiesen.

### **Entscheidungsgründe**

Der Berufungswerber (Bw.), ein österreichischer Staatsbürger, reiste mit seiner Frau A und dem gemeinsamen Kind J am 16. Juli 2011 in Österreich ein. Von Oktober 2008 bis Juli 2011 war der Bw. – bis auf kurze Unterbrechungen – auf den Philippinen. Im Dezember 2009 heiratete er die philippinische Staatsangehörige AB, im März 2010 kam der gemeinsame Sohn (österreichischer und philippinischer Staatsbürger) J zur Welt.

Der Bw. bezog vom 19. Juli 2011 bis 21. August 2011 Arbeitslosengeld, vom 22. August bis 12. Oktober 2011 Notstandshilfe und ist seit 13. Oktober 2011 als Angestellter (T) beschäftigt.

Am 29. Juli 2011 langte der Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für das Kind J beim Finanzamt ein.

In Beantwortung des Ergänzungsvorhaltes vom 20. Dezember 2011, teilte der Bw. mit, dass seine Frau gemeinsam mit dem Sohn am 12. Oktober 2011 Österreich verlassen habe, um die

erforderlichen Sprachkenntnisse für das Visum zu erlangen. Sie besuche vom 4. November 2011 bis 25. Jänner 2012 einen Sprachkurs. Der Rückflugtermin, 6. März 2012, sei schon gebucht. Nach der Rückkehr werde man sofort die Niederlassungsbewilligung beantragen.

Im Schreiben vom 9. Mai 2012 übermittelte der Bw. die Verzichtserklärung gem. § 2a Abs. 1 FLAG, unterschrieben von seiner Ehegattin.

Im Schriftsatz vom 10. Mai 2012 urgierte der Bw. die Erledigung seines Antrages. Nach Zitierung des § 2 Abs. 8 FLAG gab er an, von Oktober 2008 bis Juli 2011 – mit einer Unterbrechung – auf den Philippinen gewesen zu sein. Im Dezember 2009 habe er seine Frau geheiratet und im März 2010 sei der gemeinsame Sohn auf die Welt gekommen. Im Juli 2011 sei er mit seiner Frau und dem gemeinsamen Kind in Österreich eingereist und habe den Lebensmittelpunkt hierher verlegt. Aufgrund der Änderungen im Fremdenrecht (ab Juli 2011 – A1 Deutschniveau vor Zuzug) habe seine Gattin, die mit Schengenvisum eingereist sei, am 12. Oktober 2012 wieder ausreisen müssen, um das notwendige Zertifikat zu erlangen. Von November 2011 bis Ende Jänner 2012 habe sie einen Sprachkurs auf den Philippinen besucht und die Prüfung in Manila abgelegt. Nach Beendigung des Visaprozesses sei sie am 7. März 2012 erneut in Österreich eingereist. Sein Sohn habe seine Frau vorübergehend begleitet und sei mit ihr gemeinsam zurückgekehrt. In der Folge verwies der Bw. auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum ständigen Aufenthalt iS des § 5 FLAG. Demnach sei dieser unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach [§ 26 Abs. 2 BAO](#) zu beurteilen. Um einen gewöhnlichen Aufenthalt aufrechtzuerhalten, sei keine ununterbrochene Anwesenheit erforderlich. Abwesenheiten, die nach den Umständen des Falles nur als vorübergehend gewollt anzusehen seien, unterbrechen nicht den gewöhnlichen Aufenthalt. Es lägen sämtliche Voraussetzungen für seinen Anspruch auf Familienbeihilfe gemäß § 2 Abs. 8 FLAG ab Antragstellung vor. Er habe seinen Mittelpunkt der Lebensinteressen nach Österreich verlegt und sein Sohn habe mit gleichem Zeitpunkt seinen gewöhnlichen Aufenthalt begründet. Beigelegt wurden die NAG-Karte der Ehegattin und Kopien der Flugbuchungen.

Mit Bescheid vom 11. Juni 2012 wies das Finanzamt den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum Juli 2011 bis Februar 2012 ab. Unter Hinweis auf § 5 Abs. 3 FLAG sowie die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes im Zusammenhang mit § 5 Abs. 3 FLAG und § 26 Abs. 2 BAO führte das Finanzamt aus, dass die Begründung des gewöhnlichen Aufenthaltes ein Aufhalten bzw. Verweilen voraussetze. Beide Begriffe würden vom Gesetzgeber für denselben Sachverhalt benützt, nämlich für das körperliche Anwesend sein. Es sei nicht erforderlich, dass die körperliche Anwesenheit ununterbrochen andauere, es müssten jedoch objektiv erkennbare Umstände vorliegen, aus denen geschlossen werden

könne, dass der Aufenthalt im Inland nicht nur ein vorübergehender sei. Unter Hinweis auf [§ 167 Abs. 2 BAO](#) führte das Finanzamt aus, dass aus den vorgelegten Unterlagen (Reisepass, Flugticket) ersichtlich sei, dass die Ehefrau mit dem Kind im Juli 2011 von den Philippinen nach Österreich eingereist und im Oktober 2012 wieder nach den Philippinen ausgereist sei. Eine neuerliche Einreise sei erst im März 2012 erfolgt. Da in dieser Zeit nicht von einem durchgehenden ununterbrochenen Aufenthalt (von 6 Kalendermonaten) gesprochen werden könne, sei der Antrag für die Zeit von Juli 2011 bis Februar 2012 abzuweisen gewesen.

Im Schriftsatz vom 6. Juli 2012 berief der Bw. gegen den Abweisungsbescheid. Zunächst wiederholte der Bw. sein Vorbringen und ergänzte, dass aufgrund seiner bevorstehenden Arbeitsaufnahme sein Sohn seine Frau vorübergehend auf die Philippinen begleitete. Dass der Aufenthalt des Sohnes nur vorübergehend geplant gewesen sei, könne – neben der Absicht – aus den Wohnverhältnissen geschlossen werden. Seine Frau sei während der Woche zum Zwecke des Kursbesuches in einem Studentenheim (4er Belegung) in CC untergebracht gewesen. Dies belegten Kopien der Emailkonversation mit der Kursleiterin. Eine Rückreise nach den Einheiten auf die Heimatinsel der Gattin dauere 4 – 5 Stunden und sei aus zeitlichen Gründen nicht machbar gewesen. Während die Gattin unter der Woche dem Sprachkurs nachgegangen sei, sei sein Sohn im Heimatort der Schwiegereltern gewesen. Eine Zusammenführung zwischen der Gattin und dem Sohn sei – abgesehen von der Weihnachtspause im Sprachinstitut – nur an Wochenenden möglich gewesen. Bis zur Ausreise und einem kurzzeitigen Aufenthalt in Österreich 2010, habe die Familie immer zusammengelegt. Deshalb könne die Wohnsituation während der Zeit als nur vorübergehend gewollt angesehen werden und nicht als ständig geplant.

Der Bw. zitierte idF §§ 5 Abs. 3 FLAG sowie § 26 Abs. 2 BAO und meinte, dass bei der Beurteilung des gewöhnlichen Aufenthaltes eine Gesamtbetrachtung zu erfolgen habe und die Periode mit Juli 2011 bis März 2012 nicht gesondert heranzuziehen sei. Demnach habe sein Sohn mit Juli 2011 seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich begründet und sei nach einem vorübergehenden Aufenthalt auf den Philippinen (5 Monate) im März 2012 wieder eingereist und seitdem ununterbrochen in Österreich. Somit lägen sämtliche Voraussetzungen für seinen Anspruch auf Familienbeihilfe gemäß § 2 Abs. 8 FLAG ab Antragstellung vor. Er habe seinen Mittelpunkt der Lebensinteressen mit Rückkehr im Juli 2011 nach Österreich verlegt und sein Sohn habe mit gleichem Zeitpunkt seinen gewöhnlichen Aufenthalt begründet.

Am 21. Februar 2013 erließ das Finanzamt – im Einverständnis mit dem Bw. - eine teilweise stattgebende Berufungsvorentscheidung. Es wurde die Familienbeihilfe für die Monate Juli 2011 bis Oktober 2011 gewährt. Hinsichtlich der Monate November 2011 bis Februar 2012

wurde die Berufung abgewiesen. Das Finanzamt führte aus, dass es für Zeiten, in denen sich die Kindesmutter gemeinsam mit dem Kind nicht in Österreich aufgehalten habe, mangels Aufenthaltstitel nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz, einen Anspruch auf Familienbeihilfe nicht gäbe.

Am 19. März 2013 stellte der Bw. einen Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz. Ergänzend brachte der Bw. vor:

"In der Berufungsvorentscheidung wird meinem Sohn die Begründung des ständigen Aufenthaltes bestätigt und für die Monate Juli 2011 bis Oktober 2011 die Familienbeihilfe gewährt.

Die Begründung, dass für das Vorliegen des Anspruches auf Familienbeihilfe (für die Monate Oktober 2011 bis Feber 2012) der Aufenthaltstitel meiner Frau ausschlaggebend sei, ist nicht nachvollziehbar, da meine Frau nicht Antragstellerin ist. Mein Sohn hat aufgrund meiner beruflichen Situation (Arbeitsaufnahme Mitte Oktober 2011) – entgegen unserer ursprünglichen Planung – meine Ehefrau während ihres, zeitlich von vorne herein festgelegten Aufenthalt auf den Philippinen, vorübergehend begleitet. Zudem lag auch während der Monate Juli 2011 bis Oktober 2012 kein Aufenthaltstitel nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz vor.

Der Bw. verweist erneut auf die §§ 5 Abs. 3 FLAG sowie 26 Abs. 2 BAO und unterstreicht, dass keine ununterbrochene Anwesenheit erforderlich sei. Abwesenheiten, die nach den Umständen des Falles nur als vorübergehend gewollt (Begleiten der Frau zur Erlangung des A1-Sprachzertifikates) anzusehen seien, unterbrechen nicht den Zustand des Verweilens und daher auch nicht den gewöhnlichen Aufenthalt. IdF wiederholt der Bw. § 2 Abs. 8 FLAG und betont einmal mehr, dass er seinen Mittelpunkt der Lebensinteressen mit der Rückkehr im Juli 2011 nach Österreich verlegt habe und dass sein Sohn zur gleichen Zeit seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Villach begründet habe.

Der Unabhängige Finanzsenat informierte das Finanzamt über seine Rechtsansicht im e-mail vom 5. Juni 2013.

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

Gemäß § 2 Abs. 1 FLAG haben Anspruch auf Familienbeihilfe u.a. Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben für minderjährige Kinder (lit. a).

Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG hat Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind 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.

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

Bei der Frage des ständigen Aufenthaltes iSd § 5 Abs. 3 geht es um objektive Kriterien, die nach den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2 BAO zu beurteilen sind (VwGH 22.4.2009, 2008/15/0323). Diese Beurteilung hat nicht auf den subjektiven Gesichtspunkt des Mittelpunktes der Lebensinteressen abzustellen, sondern auf das objektive Kriterium der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit (Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG Familienlastenausgleichsgesetz, Kommentar, § 5 Tz 9).

Für die Begründung des gewöhnlichen Aufenthaltes gemäß § 26 Abs. 2 erster Satz BAO ist ebenfalls das Vorliegen objektiv erkennbarer Umstände erforderlich, aus denen geschlossen werden kann, dass der Aufenthalt nicht nur vorübergehend sein wird. Es liegt daher offenkundig kein wesentlicher Unterschied zwischen dem "ständigen Aufenthalt" im Sinne des [§ 5 Abs. 3 FLAG 1967](#) und dem "gewöhnlichen Aufenthalt" im Sinne des § 26 Abs. 2 erster Satz BAO vor.

Das in § 5 Abs. 3 FLAG geforderte ständige Aufhalten im Bundesgebiet entspricht dem ständigen Aufenthalt iSd § 26 Abs. 2 BAO (vgl. die VwGH Erkenntnisse vom 13. Oktober 1982, 82/13/0135 und vom 7. Juni 2001, 98/15/0025). Der gewöhnliche Aufenthalt iSd § 26 Abs. 2 BAO verlangt die körperliche Anwesenheit. Abwesenheiten, die nach den Umständen des Falles nur als vorübergehend anzusehen sind, unterbrechen idR nicht den Zustand des Verweilens und damit nicht den gewöhnlichen Aufenthalt (vgl. Stoll, BAO-Kommentar, 337).

Im Erkenntnis des VwGH vom 2.6.2004, 2001/13/0160 spricht dieser aus, dass es für die Frage des ständigen Aufenthaltes des Kindes im Ausland nicht auf den Wohnsitz und ständigen Aufenthalt der Eltern bzw. der (vermeintlich) anspruchsberechtigten Personen, auf deren Staatsbürgerschaft, deren Berufsausübung in Österreich, den Mittelpunkt der Lebensinteressen, die Tragung der Kosten des Lebensunterhaltes oder die Argumentation, dass der Auslandsaufenthalt zu Ausbildungszwecken erfolge, ankommt.

Im Berufungsfall ist von nachstehendem Sachverhalt auszugehen:

- Von Oktober 2008 bis Juli 2011 waren der Bw. und seine Gattin (philippinische Staatsbürgerschaft) auf den Philippinen wohnhaft.

- Im März 2010 kam der gemeinsame Sohn, der die österreichische und die philippinische Staatsbürgerschaft besitzt, auf den Philippinen zur Welt.
- Am 16. Juli 2011 reisten der Bw., seine Frau und das gemeinsame Kind in Österreich ein.
- Der Bw. beantragte im Juli 2011 die Gewährung der Familienbeihilfe für seinen Sohn.
- Der Bw. war vom 19. Juli bis 21. August 2011 arbeitslos gemeldet; er bezog vom 22. August bis 12. Oktober 2011 Notstandhilfe und ist seit 13. Oktober 2011 in einem Angestelltenverhältnis (zunächst beim TW und seit 1. Februar 2012 bei der S) beschäftigt.
- Die Familie bewohnt in V eine Wohnung in der K.
- Der Bw., seine Gattin und der Sohn hielten sich in der Zeit von 16. Juli 2011 bis 11. Oktober 2011 gemeinsam in Österreich auf.
- Am 12. Oktober 2011 reiste die Gattin mit dem Sohn auf die Philippinen. AS musste aus fremdenrechtlichen Gründen ein Zertifikat (Deutschkurs A1-Deutschniveau vor Zuzug) erlangen.
- Die Ehegattin des Bw. absolvierte in der Zeit von 4. November 2011 bis 25. Jänner 2012 den Sprachkurs auf CI. Sie wohnte während des Kurses in einem Studentenwohnheim.
- Sohn J war während des Sprachkurses der Mutter in deren Heimatort bei den Großeltern untergebracht. Die Entfernung zwischen dem Aufenthaltsort des Sohnes und jenen der Mutter betrug rund 4 – 5 Stunden Reisezeit. Mutter und Sohn sahen sich lediglich an den Wochenenden bzw. Weihnachten.
- Terminlich war die Rückkehr nach Österreich mit 6. März 2012 festgesetzt. A und JS kehrten im März 2012 nach Österreich zurück.

Das Finanzamt hat mit Berufungsvorentscheidung vom 21. Februar 2013 die Familienbeihilfe für den Zeitraum Juli bis Oktober 2011 gewährt. Um beurteilen zu können, ob für die Monate November 2011 bis Februar 2012 die Familienbeihilfe zu gewähren ist, gilt es nach Erlassung der o.a. teilweise stattgebenden Berufungsvorentscheidung nur mehr zu prüfen, ob im Zeitraum November 2011 bis Februar 2012 die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Familienbeihilfe erfüllt waren. Von entscheidungswesentlicher Bedeutung ist im vorliegenden Fall die Bestimmung des o.a. § 5 Abs. 3 FLAG, wonach kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zu § 5 Abs. 3 FLAG 1967 kann zur Auslegung des Begriffes des "ständigen Aufenthaltes" auf § 26 Abs. 2 BAO zurückgegriffen

werden (z.B. VwGH 8.6.1982, 82/14/0047; so auch Nowotny in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 5 Rz 9). Danach hat eine Person den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne der Abgabenvorschriften dort, wo sie sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass sie an diesem Ort oder in diesem Lande nicht nur vorübergehend verweilt. Diese Begriffsbestimmung ist auch auf § 5 Abs 3 FLAG 1967 anzuwenden. Denn wer sich in einem Land unter erkennbaren Umständen aufhält, dass er dort nicht nur vorübergehend verweilt, von dem muss bei objektiver Betrachtung angenommen werden, dass er sich in jenem Land ständig aufhält (vgl auch VwGH 22.4.2009, 2008/15/0323, VwGH 18.11.2009, 2008/13/0072).

Im Berufungsfall lassen äußere Umstände - wie die durch den Sprachkurs der Mutter zeitlich begrenzte Wohnsituation des Kindes auf den Philippinen ("Notunterbringung" des Kindes bei den Eltern der Ehegattin, während die Mutter im räumlich weit entfernten Studentenheim untergebracht war und eine tägliche Rückkehr zum Kind nicht möglich war), die Wohnsituation in V, die gewährleistete Versorgung des Kindes durch die Arbeitsaufnahme des Bw. in Villach, die terminlich feststehende Rückkehr nach Österreich - darauf schließen, dass die körperliche Abwesenheit des Kindes den Zustand des Verweilens in Österreich nicht unterbrochen hat. In Anlehnung an die Rechtsprechung des Unabhängigen Finanzsenates vom 2. August 2010, RV/0556-G/10, wonach eine Aufenthaltsdauer von fünfeinhalb Monaten als gerade noch vorübergehender Aufenthalt angesehen wird (vgl. Nowotny in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 5 Rz 9, unter Bezugnahme auf VwGH 24.6.2010, 2009/16/0133), sieht der Unabhängige Finanzsenat im Streitfall die fünfmonatige Abwesenheit des Kindes als vorübergehend an.

Soweit das Finanzamt den fehlenden Niederlassungs- und Aufenthaltstitel der Mutter als Argument für die Nichtgewährung der Familienbeihilfe anführt, ist darauf zu verweisen, dass § 5 Abs. 3 FLAG auf die tatsächlichen Verhältnisse und nicht darauf abstellt, ob ein "berechtigter Aufenthalt" gegeben ist (vgl. RV/0240-G/04 vom 15.02.2005).

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass sich das Kind JS im Sinne der Bestimmung des § 5 Abs. 3 FLAG im Zeitraum November 2011 bis Februar 2012 lediglich vorübergehend im Ausland aufhielt. Somit bestand für diesen Zeitraum ein Anspruch auf Familienbeihilfe.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Klagenfurt am Wörthersee, am 24. September 2013