

Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des S. in XY., vertreten durch Dr. Hannes K. Müller, Rechtsanwalt, 8010 Graz, Radetzkystr. 18, vom 24. Juni 2004 gegen den Bescheid des Finanzamtes Deutschlandsberg Leibnitz Voitsberg vom 25. Mai 2004 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum 1. August 1999 bis 1. September 2001 entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben. Die Familienbeihilfe ist für den oa. Zeitraum zu gewähren.

Entscheidungsgründe

Der Bw. ist österreichischer Staatsbürger und der Kindsvater von R.S..

Er beantragte rückwirkend die Gewährung der Familienbeihilfe ab August 1999 bis September 2001. Begründet wurde der Antrag damit, dass sich das Kind ständig in seinem Haushalt befindet.

Das Finanzamt wies diesen Antrag mit folgender Begründung ab:

- 1.) *Laut Bestätigung der Gemeinde V. v. 11.5.2004 ist R.S. seit 8.9.1999 und nicht wie in der 1. Bestätigung v. 4.12.2003 seit 18.9.1999 gemeldet.*
- 2.) *Laut Meldezettel der Gemeinde V. v. 12.4.2000 ist die Kindesmutter B.K. seit 12.4.2000 in V. gemeldet (Einreise von Ungarn nach Österreich).*

3.) Niederlassungsbewilligungen für die Kindesmutter und R.S. wurden von der BHL erst am 2.10.2001 erteilt.

Aus den vorgelegten Beweismitteln und dem Umstand, dass ein fremdenpolizeilicher Nachweis über den tatsächlichen Aufenthalt von R.S. in Österreich nicht erbracht wurde, musste der Antrag auf Nachzahlung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages für den oa. Zeitraum abgewiesen werden.

Gegen diesen Bescheid brachte der steuerliche Vertreter des Bw. mit Schriftsatz vom 24. Juni 2004 das Rechtsmittel der Berufung ein und begründete es wie folgt:

Gegen den Abweisungsbescheid der Finanzverwaltung, Finanzamt Deutschlandsberg/Leibnitz/Voitsberg, Allgemeinveranlagung, vom 25.05.2004, Versicherungsnummer xxx, womit der Antrag des Berufungswerbers vom 11.03.2004 auf Gewährung der Familienbeihilfe für das Kind R.S., geb. xx.xx.xxxx, für die Zeit vom 8/99-9/01, abgewiesen wurde, wird innerhalb offener Frist nachstehende

BERUFUNG

an die übergeordnete Finanzbehörde erhoben. Der Bescheid wird seinem gesamten Inhalt nach bekämpft.

Im bekämpften Bescheid wird zur Begründung Folgendes ausgeführt:

1. Laut Bestätigung der Gemeinde V. vom 11.05.2004 ist R.S. seit 08.09.1999 und nicht wie in der 1. Bestätigung vom 04.12.2003 seit 18.08.1999 gemeldet.

Hiezu wird das Schreiben der Gemeinde V. vom 23.06.2004 vorgelegt, wonach der Gemeinde V. hinsichtlich des Schreibens vom 04.12.2003 ein Fehler unterlaufen ist.

Tatsächlich ist der minderjährige R.S. seit 08.09.1999 in V. mit Hauptwohnsitz gemeldet.

Tatsache ist daher, dass der minderjährige Rene Seiner seit 08.09.1999 in V. gemeldet und wohnhaft ist. Beweis: beiliegende Bestätigung aus dem ZMR

beiliegendes Schreiben der Gemeinde V. vom 23.06.2004

2. Ferner hat die Behörde I. Instanz noch ausgeführt, dass die Kindesmutter B.K. erst seit 12.04.2004 in V. gemeldet ist.

Es ist für den gegenständlichen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe zu Handen des Kindsvaters unerheblich, wann die Kindesmutter in Österreich gemeldet worden ist.

3. Als weitere Begründung hat der Bescheid I. Instanz ausgeführt, dass die Niederlassungsbewilligung für die Kindesmutter und für mj. R.S. von der BHL erst ab 02.10.2001 erteilt wurde.

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

Für ständigen Aufenthalt betreffend der Familienbeihilfe ist nicht auf den berechtigten Aufenthalt, sondern auf die körperliche Anwesenheit abzustellen (siehe VwGH 07.06.2001, GZ: 98/15/0025).

Eine Abhängigmachung der Familienbeihilfe vom Aufenthaltstitel ist nicht zulässig, sondern stellt sogar eine Diskriminierung dar (siehe EuGH, GZ: C-262/96).

Insgesamt ergibt sich daher, dass die Abweisung der Gewährung der Familienbeihilfe für das Kind R.S. vom 8/99-9/01 zu Unrecht erfolgte.

Es wird daher zusammenfassend der ANTRAG gestellt

die Berufungsbehörde wolle in Stattgebung der gegenständlichen Berufung den Abweisungsbescheid dahingehend abändern, dass für das Kind R.S., geb. xx.xx.xxxx, die Familienbeihilfe von 8/99-9/01 im gesetzlichen Ausmaß gewährt wird.

Mit Bericht vom 23. Juli 2004 wurde die Berufung an den Unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung vorgelegt.

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.

Nach Wittmann/Papacek, Der Familienlastenausgleich, Kommentar, § 5, S 8, wird von einem "ständigen Aufenthalt" nur dann gesprochen werden können, "wenn die Umstände erkennen lassen, dass die körperliche Anwesenheit eine dauernde, demnach nicht nur eine vorübergehende sein wird. 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).

Nach telefonischer Rücksprache des Unabhängigen Finanzsenates mit den Bediensteten der Gemeinde V., gaben diese an, dass sie persönlich die körperliche Anwesenheit des R.S. im strittigen Zeitraum bekunden können. Dies ist jedoch auch aus den Meldedaten zu erkennen.

Weiters wurde auch der vom Bw. genannte zuständige Kinderarzt, Dr.S., L. , vom Unabhängigen Finanzsenat telefonisch befragt.

Dr.S. gab an, dass R.S. seit seiner Geburt laufend in seiner Behandlung steht.

Die melderechtlichen Verhältnisse stellen nur ein Indiz für die Begründung bzw. Beendigung des gewöhnlichen Aufenthaltes dar (vgl. nochmals Stoll, aaO). Das Finanzamt konnte aber im gegenständlichen Fall unter Berücksichtigung des Gesamtbildes der Verhältnisse aus den Meldedaten ableiten (siehe Bestätigung der Gemeinde V. vom 4.12.2003, eingegangen beim Finanzamt am 11. März 2004), dass sich die ganze Familie des Bw. ab 8. September 1999 in Österreich aufgehalten hat. Das Finanzamt hat jedoch diesen Aufenthalt in Österreich deshalb nicht als ununterbrochenen Aufenthalt iSd § 5 Abs. 3 FLAG angesehen, weil keine Aufenthaltsgenehmigung vorgelegen sei. Damit hat das Finanzamt aber die Rechtslage verkannt, weil § 5 Abs. 3 auf die tatsächlichen Verhältnisse abstellt, nicht hingegen darauf, ob ein "berechtigter Aufenthalt" gegeben ist.

Die oben angeführten Umstände lassen somit erkennen, dass die körperliche Anwesenheit des Kindes in Österreich eine dauernde ist. Dazu ist noch zu bemerken, dass laut Auskunft der Bezirkshauptmannschaft L. das Staatsbürgerschaftsverfahren für R.S. ebenfalls in Kürze positiv erledigt werden wird.

Der Berufung war daher, wie im Spruch angeführt, vollinhaltlich statt zu geben.

Graz, am 15. Februar 2005