



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., L., vertreten durch Mag. Andrea Willmitzer, 2544 Leobersdorf, Aredstraße 11/Top 6 (1. Stock), gegen den Bescheid des Finanzamtes Baden Mödling, vertreten durch Dr. Christian Sommer, betreffend Familienbeihilfe

- ab 1. Mai 2009 für I. K. und
- ab 1. Juni 2009 für D. K.

im Beisein der Schriftführerin Ingrid Pavlik nach der am 2. März 2010 in 1030 Wien, Vordere Zollamtsstraße 7, durchgeführten Berufungsverhandlung entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.), ein serbischer Staatsbürger mit Wohnsitz in Österreich, bezog für seine Enkelkinder I., geb. 1995, und D., geb. 1990, seit ihrer Einreise nach Österreich im Jahr 2002 bzw. 2003 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge. Beide Kinder sind ebenfalls serbische Staatsbürger, haben eine Aufenthaltsbewilligung für Schüler und besuchen nachweislich in Österreich seit Jahren die Schule. Die Eltern von I. und D. leben in Serbien.

Im Zuge der Überprüfung des Familienbeihilfenanspruches vom 31. März 2009 legte der Bw. NAG-Karten sowie Schulbesuchsbestätigungen vor.

Mit Bescheid vom 12. Mai 2009 wies das Finanzamt den Antrag des Bw. vom 21. April 2009 auf Gewährung der Familienbeihilfe für I. (ab Mai 2009) und D. (ab Juni 2009) mit der Begründung ab, dass die beiden Mädchen eine Aufenthaltsbewilligung für Schüler hätten. Dieser Aufenthaltstitel berechtige gemäß § 5 Abs. 3 FLAG in Verbindung mit § 26 BAO nicht zum Bezug der Familienbeihilfe.

Die steuerliche Vertreterin des Bw. er hob gegen den Bescheid fristgerecht Berufung und führte darin aus, dass die belangte Behörde davon ausgehe, dass eine Aufenthaltsbewilligung für Schüler nach § 5 Abs. 3 FLAG iVm § 26 BAO nicht zum Bezug der Familienbeihilfe berechtige. Diese Rechtsansicht sei jedoch nicht richtig.

Der Verwaltungsgerichtshof judizierte in ständiger Rechtsprechung, dass für den Bezug von Familienbeihilfe der ständige Aufenthalt des Kindes in Österreich maßgeblich sei. Dabei sei nicht auf einen berechtigten Aufenthalt, sondern auf körperliche Anwesenheit abzustellen (VwGH vom 7.6.2001, 98/15/0025 ua.).

Sowohl I. als auch D. K. würden sich dauernd in Österreich aufhalten und würden bereits seit mehreren Jahren die Schule ununterbrochen besuchen.

Der Aufenthaltstitel sei daher für die Bewilligung der Familienbeihilfe völlig unerheblich. Nachdem die belangte Behörde die Abweisung des Antrages auf Gewährung von Familienbeihilfe auf diese rechtliche Beurteilung stütze, sei der Bescheid mit Rechtswidrigkeit behaftet.

Am 23. September 2009 langte beim Finanzamt noch folgende Stellungnahme ein:

„1. D. K. ist seit September 2002 in Österreich und hat seit diesem Zeitpunkt ununterbrochen die Schule besucht. Derzeit absolviert sie die 5. Klasse der Handelsakademie in B.. Die Matura ist im Sommersemester 2010 und möchte D. K. ab Herbst 2010 auf der Universität Wien studieren.

2. I. K. besucht seit Herbst 2003 ununterbrochen die Schule in Österreich. Derzeit absolviert sie die 4. Klasse der Realhauptschule L. Anschließend wird sie die Handelsakademie in B. besuchen und nach Ablegung der Matura ist ein Studium an der Universität in Wien geplant.

Weder D. noch I. K. planen eine Rückkehr nach Serbien in absehbarer Zeit.“

Mit Schreiben vom 11. September 2009 ersuchte das Finanzamt die Bezirkshauptmannschaft B. um folgende Auskunft:

„...Da es für den Anspruch auf Familienbeihilfe bedeutsam ist, ob sich ein Kind vorübergehend oder ständig in Österreich aufhält, wird um Stellungnahme gebeten, weshalb für die betreffenden Personen ein NAG-Aufenthaltstitel für „Schüler“ ausgestellt wurde; dieser Aufenthaltstitel lässt auf einen vorübergehenden Aufenthalt in Österreich schließen.“

Unter welchen Voraussetzungen wird ein Aufenthaltstitel für Schüler ausgestellt? Ist dort bezüglich der Aufenthaltsdauer in Österreich etwas aktenkundig bzw. bekannt? Wie lange dürfen sich die Betreffenden voraussichtlich in Österreich aufhalten? Ist mit Umwandlung in einen anderen Aufenthaltstitel zu rechnen?“

Die Bezirkshauptmannschaft B. beantwortete mit Schreiben vom 21. September 2009 das Auskunftsersuchen wie folgt:

„K. D. ist seit 16.08.2002 und K. I. seit 29.09.2003 an der Adresse der Großeltern K. X. und K. Y. im Bezirk B. polizeilich gemeldet und auch aufhältig. Da weder der Großvater noch die Großmutter zum Zeitpunkt der ersten rechtmäßigen Einreise der Enkelkinder die österr. Staatsbürgerschaft besessen haben und Großeltern nicht zur Kernfamilie zählen, war es nicht möglich den Kindern einen anderen Aufenthaltstitel als eine Aufenthaltserlaubnis – Ausbildung bzw. eine Aufenthaltsberechtigung – Schüler zu erteilen.“

Beide Kinder haben während ihres rechtmäßigen Aufenthaltes in Österreich Schulen mit Öffentlichkeitsrecht besucht und ist dies auch im Schuljahr 2009/2010 beabsichtigt. Aktuelle Schulbestätigungen wurden bei der ho. Behörde noch nicht vorgelegt. Solange ein Schulbesuch besteht, werden die Aufenthaltsbewilligungen – Schüler verlängert. Sollte ein Studium in Österreich begonnen werden, können Aufenthaltsbewilligungen – Studierender erteilt werden.

Nach Abschluss der Schule besteht nach heutiger Sicht die Möglichkeit für die Erteilung einer Niederlassungsbewilligung – unbeschränkt – gemäß § 43 Abs. 2 NAG zur Aufrechterhaltung des Privat- und Familienlebens i.S. des Art. 8 EMRK. Hierüber kann jedoch erst zur gegebenen Zeit abgesprochen werden.“

Das Finanzamt wies mit Berufungsvorentscheidung vom 6. November 2009 die Berufung vom 19. August 2009 mit folgender Begründung ab:

„Es wurde im Berufungsverfahren keine Verbesserung des Aufenthaltstitels vorgelegt. Gemäß § 3 Absatz 2 Familienlastenausgleichsgesetz besteht für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, Anspruch auf Familienbeihilfe, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) rechtmäßig in Österreich aufhalten.“

Dies begründet jedoch nicht automatisch einen Anspruch, da dafür auch der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes gemäß § 26 Absatz 2 Bundesabgabenordnung von Bedeutung ist (Bezug: § 5 Absatz 3 Familienlastenausgleichsgesetz). Demnach hat seinen gewöhnlichen Aufenthalt jemand dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt. Die damit verbundene erforderliche körperliche Anwesenheit muss daher eine dauernde, nicht nur vorübergehende, sein.

Für Studierende/Schüler in Österreich mit einer Aufenthaltsbewilligung für Studierende/Schüler gem. § 8 NAG besteht trotz rechtmäßigem Aufenthalt kein österreichischer Familienbeihilfenspruch, da sich diese Personen nur für Ausbildungszwecke vorübergehend in Österreich aufhalten. Der gewöhnliche Aufenthalt ist trotz längerem Österreichaufenthalt dem Herkunftsstaat zuzuordnen.

Ausnahmen sind nur bei sehr intensiver Anbindung an Österreich möglich. Diese starke Anbindung an Österreich muss durch objektiv erkennbare Umstände vorliegen. Reine Absichtserklärungen reichen nicht aus.“

Die steuerliche Vertreterin des Bw. stellte fristgerecht einen Vorlageantrag mit folgender Begründung:

„...Der VwGH stellt in seiner ständigen Judikatur nicht auf den konkreten Unterhaltstitel zum Bezug von Familienbeihilfe ab, sondern darauf, ob der ständige Aufenthalt des Kindes in Österreich im Zeitpunkt des Bezuges der Familienbeihilfe gegeben ist. Unabhängig davon, ob ein berechtigter Aufenthaltstitel besteht, ist Familienbeihilfe zu gewähren, wenn die körperliche Anwesenheit des Kindes in Österreich gegeben ist. So hat der VwGH in seiner Entscheidung vom 7.6.2001, 98/15/0025, ausgesprochen, dass für den Bezug von Familienbeihilfe nicht auf den berechtigten Aufenthalt, sondern eben auf die körperliche Anwesenheit abzustellen ist. Unabhängig welcher Aufenthaltstitel zur Verfügung steht, ist entscheidend, ob das Kind, für welches Familienbeihilfe gewährt wird, einerseits den ständigen Aufenthalt in Österreich hat und andererseits im Haushalt des Bezugsberechtigten lebt. In seiner Entscheidung vom 27.4.2005, 2001/14/0114, spricht der VwGH aus, dass der Bezug von

Familienbeihilfe für einen ausländischen Staatsbürger auch dann gegeben ist, wenn dieser in Österreich beschäftigt ist und mit seinem österreichischen Einkommen Unterhaltsleistungen für die im Ausland lebenden unterhaltsberechtigten Kinder erbringt. Entscheidend für die Berechtigung zum Bezug von Familienbeihilfe ist somit nicht der Aufenthaltstitel an sich, sondern einerseits die körperliche Anwesenheits-, andererseits die Haushaltzugehörigkeit.

Beide Voraussetzungen sind im konkreten Fall gegeben.

Sowohl D., als auch I. K. leben im selben Haushalt wie Bw. und kommt dieser auch für den Unterhalt der beiden Kinder auf. Beide Mädchen gehen in Österreich seit Jahren in die Schule und haben somit ihren ständigen und tatsächlichen Aufenthalt in Österreich.

Der Berufungswerber hat keine Zukunftsprognose aufgestellt, sondern ausschließlich einen Gegenwortsbezug hergestellt. Die beiden Kinder I. und D. K. gehen derzeit in Österreich in die Schule und ist maßgeblich, welche Umstände im Zeitpunkt des Bezuges von Familienbeihilfe gegeben sind. Nur informativ wurde bekannt gegeben, dass D. auch beabsichtigt in Österreich zu studieren.

Ergänzend sei noch darauf hingewiesen, dass auch bei österreichischen Kindern, welche Familienbeihilfe beziehen, nicht abgeschätzt werden kann, ob diese in Zukunft in Österreich bleiben oder in das Ausland gehen. Dies ist auch der Grund dafür, weshalb der Verwaltungsgerichtshof in seinen Entscheidungen auf den tatsächlichen Aufenthalt und nicht auf einen Aufenthaltstitel an sich abstellt..."

In der am 2. März 2010 abgehaltenen Berufungsverhandlung wurde ergänzend ausgeführt:

"Mag. Willmitzer:

Ich verweise auf meine Berufungsausführungen sowie auf den Vorlageantrag. Ergänzend möchte ich noch vorbringen, dass beide Kinder nunmehr einen Antrag auf Niederlassungsbewilligung gestellt haben, mit einer Erledigung des Antrages wird aber erst in rund zwei oder drei Monaten zu rechnen sein. Mir wurde seitens der Behörde allerdings bereits signalisiert, dass aus humanitären Gründen mit einer Bewilligung zu rechnen sein könnte.

Dr. Sommer:

Ich verweise zunächst auf die Ausführungen des Finanzamtes in der Berufungsverentscheidung sowie im Vorlagebericht; ergänzen möchte ich, dass der VwGH zwar im Erkenntnis vom 21.9.2009, 2009/16/0178, klarstellende Aussagen betreffend den ständigen Aufenthalt im Inland getroffen hat, unserer Ansicht nach aber der vom Gerichtshof entschiedene Fall nicht mit dem vorliegenden Berufungsfall vergleichbar ist.

Der Grund dafür ist darin zu sehen, dass sich aus dem Judikat des VwGH ein ununterbrochener Aufenthalt von 22 Monaten einer chinesischen Staatsbürgerin ergibt, wo hingegen im Berufungsfall insofern eine schon rein örtliche Nahebeziehung zu Serbien besteht, als dieses Land in unmittelbarer Nachbarschaft in Österreich gelegen ist. Damit ist klargestellt, dass sich zwar der Inlandsaufenthalt der beiden Kinder auf die Schulzeiten erstreckt, sie aber wohl in lebensnaher Betrachtung die Ferienzeiten sowie auch allenfalls die Wochenenden bei ihren Eltern in Serbien verbringen.

Mag. Willmitzer:

Die Vermutung des Finanzamtes ist unzutreffend; beide Töchter verbringen jedenfalls die Wochenenden in Österreich und halten sich auch den Großteil der Ferienzeiten im Inland auf. Hinzuzufügen ist, dass D. seit Dezember 2009 bei der Fa. A- GmbH geringfügig beschäftigt ist und sie somit schon aus diesem Grund auch die Ferienzeiten in Österreich verbringen muss.

Dr. Sommer:

Es handelt sich hierbei um Sachverhaltsfragen, die allenfalls noch zu verifizieren sind. Bestritten wird seitens des Finanzamtes nicht, dass der Mittelpunkt der Lebensinteressen des Bw. in Österreich gelegen ist."

Über die Berufung wurde erwogen:

Rechtsgrundlagen

Gemäß § 2 Abs. 1 FLAG haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe; Personen, die sowohl im Bundesgebiet als auch im Ausland einen Wohnsitz haben, haben nach § 2 Abs. 8 FLAG nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben. Eine Person hat den Mittelpunkt der Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat. Nach § 2 Abs. 2 FLAG hat die Person Anspruch auf Familienbeihilfe, zu deren Haushalt das Kind gehört. Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt (§ 2 Abs. 5 FLAG).

Gemäß § 2 Abs. 3 FLAG sind Kinder einer Person u.a. deren Nachkommen.

Gemäß § 3 Abs. 1 und 2 FLAG in der für den Streitzeitraum geltenden Fassung haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG) rechtmäßig in Österreich aufhalten, und sich auch die Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nach §§ 8 und 9 NAG rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Gemäß § 5 Abs. 3 und Abs. 4 FLAG besteht kein Anspruch für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

Feststehender Sachverhalt

Unbestritten ist, dass sich der Mittelpunkt der Lebensinteressen des Bw. in Österreich befindet und dass seine Enkelinnen D. und I. zu seinem Haushalt gehören. Unbestritten ist auch, dass sich die Enkelinnen seit 2002 bzw. 2003 in Österreich aufhalten und ihnen ein Aufenthaltstitel nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes als Schüler gewährt wurde.

Rechtlich folgt daraus:

D. und I. sind die Enkelinnen des Bw. Ihnen kommt somit Kindeseigenschaft nach § 2 Abs. 3 lit. a FLAG zu. Da die Kinder zum Haushalt des Bw. gehören, hat er primären Anspruch auf Familienbeihilfe.

Strittig ist ausschließlich, ob sich D. und I. iSd § 5 Abs. 3 FLAG ständig im Ausland aufhalten.

Bei der Frage des ständigen Aufenthaltes iSd § 5 Abs. 3 FLAG geht es um objektive Kriterien, die nach den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2 BAO zu beurteilen sind (vgl. zB VwGH 12.9.2009, 2009/16/0178; 22.4.2009, 2008/15/0323; 28.11.2007, 2007/15/0055; 15.11.2005, 2002/14/0103). Diese Beurteilung hat nicht auf den subjektiven Gesichtspunkt des Mittelpunktes der Lebensinteressen abzustellen, sondern auf das objektive Kriterium der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit.

Es steht fest, dass sich die Kinder seit nunmehr acht bzw. neun Jahren in Österreich aufhalten und hier die Schule besuchen. Dem Umstand, dass die Aufenthaltsbewilligung nach § 8 Abs. 1 Z 5 iVm § 63 NAG nicht unbefristet erteilt worden ist, kommtt keine entscheidende Bedeutung zu, zumal eine Verlängerung (§ 63 Abs. 3 NAG) möglich und auch tatsächlich bereits mehrfach erfolgt ist (sh. VwGH 12.9.2009, 2009/16/0178).

Glaubwürdig ist das Vorbringen der steuerlichen Vertreterin, dass die Kinder die Wochenden sowie einen Großteil der Ferienzeit in Österreich verbringen. Dahingestellt bleiben kann allerdings, ob sich die Kinder gelegentlich in Serbien aufhalten. Das (teilweise) Verbringen der Ferien in Serbien würde nämlich jeweils als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen sein, wodurch der ständige Aufenthalt der Kinder im Inland nicht unterbrochen wird (sh. VwGH 27.4.2005, 2002/14/0050 mwN).

Der Verwaltungsgerichtshof hat in jüngster Zeit über einige vergleichbare Fälle entschieden und bei ähnlichem Sachverhalt den ständigen Aufenthalt in Österreich bejaht. Verwiesen wird zB auf das einen rumänischen Staatsbürger vor dem EU-Beitritt Rumäniens betreffende Erkenntnis des VwGH 18.11.2009, 2008/13/0072, in dem der Gerichtshof wörtlich ausführt:

„Der ständige Aufenthalt im Sinne dieser Vorschrift ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes 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 in dem genannten Sinne verlangt grundsätzlich körperliche Anwesenheit. Daraus folgt auch, dass eine Person nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben kann. Um einen gewöhnlichen Aufenthalt aufrecht zu erhalten, 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. das hg. Erkenntnis vom 22. April 2009, ZI. 2008/15/0323, mit weiteren Hinweisen).“

Die Amtsbeschwerde macht nicht geltend, den objektiven Umständen nach sei von einem bloß einjährigen Studienaufenthalt auszugehen gewesen. Sie vertritt - unter ausdrücklicher Einräumung der üblicherweise mehrjährigen Dauer eines Studiums - vielmehr die Auffassung, der Inlandsaufenthalt sei wegen der Beschränkung des Aufenthaltszweckes auf das Studium ein bloß vorübergehender. Träfe dies zu, so würde dies - im Sinne der Amtsbeschwerde - nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bedeuten, dass der "Zustand des Verweilens" in Rumänien auch durch ein mehrjähriges Studium der Tochter des Mitbeteiligten in Österreich nicht unterbrochen und sie sich während des Studiums im Inland "ständig im Ausland" aufhalten würde.

Erstreckt sich ein Aufenthalt über einen "längerem Zeitraum", so liegt nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes aber "jedenfalls" ein "nicht nur vorübergehendes Verweilen" vor (vgl. in diesem Sinn etwa das hg. Erkenntnis vom 28. November 2007, Zl. 2007/15/0055). Ein Aufenthalt ist demnach nicht schon dann "vorübergehend" im Sinne dieser Rechtsprechung, wenn er zeitlich begrenzt ist. Dass sich die Tochter des Mitbeteiligten für einen "längerem Zeitraum" im Inland aufhält, ist auch unter Bedachtnahme auf die Ausführungen in der Amtsbeschwerde nicht zweifelhaft. Damit steht aber fest, dass der "Zustand des Verweilens" in Rumänien während des strittigen Zeitraumes unterbrochen war und sich die Tochter des Mitbeteiligten nicht ständig im Ausland aufhielt (vgl. zum Besuch eines Gymnasiums in Österreich das hg. Erkenntnis vom 21. September 2009, Zl. 2009/16/0178; zum umgekehrten Fall eines Schulbesuchs oder Studiums im Ausland etwa die Erkenntnisse vom 20. Juni 2000, Zl. 98/15/0016, vom 28. November 2002, Zl. 2002/13/0079, vom 2. Juni 2004, Zl. 2001/13/0160, vom 27. April 2005, Zl. 2002/14/0050, und vom 15. November 2005, Zl. 2002/14/0103; zur Unschädlichkeit des Fehlens eines zu dauerndem Aufenthalt berechtigenden Aufenthaltstitels zuletzt die hg. Erkenntnisse vom 12. Oktober 2009, Zl. 2009/16/0208, sowie - darauf verweisend - vom 5. November 2009, Zl. 2009/16/0215 und Zl. 2009/16/0239)."

Somit steht fest, dass sich D. und I. ständig im Inland aufhalten, wobei dem (derzeit) bloß befristeten Aufenthaltstitel keine Relevanz zukommt.

Wien, am 3. März 2010