



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der NN, in Gemeinde, vom 12. Februar 2009 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 6/7/15 vom 14. Jänner 2009 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab 1. Oktober 2008 entschieden:

Der angefochtene Bescheid vom 14. Jänner 2009 sowie die abweisende Berufungsvorentscheidung vom 27. April 2009 werden gemäß § 289 Abs 1 BAO aufgehoben und die Sache zur neuerlichen Entscheidung an die erste Instanz zurückverwiesen

### **Entscheidungsgründe**

Frau NN (Berufungswerberin, Bw.) ist bosnische Staatsangehörige und verfügt über einen gültigen österreichischen Aufenthaltstitel als Studentin. Im Dezember 2008 beantragte die Bw. für ihre in Wien geborene, mit ihr und Ihrem Ehemann NNA im gemeinsamen Haushalt lebende Tochter NNT die Familienbeihilfe ab Oktober 2008.

Das Finanzamt wies diesen Antrag ab und führte begründend aus, dass für ausländische Studierende trotz vorliegender Aufenthaltsbewilligung keine Familienbeihilfe zustünde, weil sich diese Personen nur vorübergehend zu Ausbildungszwecken in Österreich aufhielten.

In der rechtzeitig eingebrachten Berufung wird unter Vorlage entsprechender Urkunden eingewendet, dass der Mittelpunkt des Lebensinteresses der beiden Eltern in Österreich liege. Das sei unter anderem daran zu erkennen, dass die Bw. und ihr Ehemann eine

---

Eigentumswohnung in Wien erworben hätten und dafür einen Kredit mit einer Laufzeit von 25 Jahren aufgenommen hätten.

Der Ehemann und Kindesvater sei in Österreich geboren, die Schwiegereltern der Bw. worden seit 1972 in Österreich wohnen und arbeiten, wobei der Schwiegervater bereits 2007 im Krankenhaus Leoben verstorben sei.

Der Ehemann der Bw. verfüge überdies über eine Arbeitsbewilligung für eine geringfügige Beschäftigung und sei in einem entsprechenden Dienstverhältnis geringfügig mit 10 Wochenstunden beschäftigt.

In der Berufungsvorentscheidung vom 27. April 2009 wird die Bescheidbegründung ohne Eingehen auf das Berufungsvorbringen hinsichtlich des Mittelpunktes des Lebensinteresses wiederholt und die Berufung abgewiesen.

Im Vorlageantrag wird ergänzend vorgebracht, dass der Aufenthaltstitel der Bw. gem § 8 Abs. 1 Z 5 NAG ihr die Möglichkeit einräume im Anschluss eine Niederlassungsbewilligung zu erlangen, weshalb die Voraussetzungen für die Gewährung von Familienbeihilfe gem § 3 Abs 1 FLAG als erfüllt anzusehen wären.

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

Unstrittig ist, dass die Bw. und ihr Ehegatte, beide bosnische Staatsbürger, über gültige Aufenthaltstitel als Student/in verfügen und mit ihrer Tochter NNT im gemeinsamen Haushalt leben.

Das Finanzamt hat, wie aus dem Akteninhalt eindeutig ersichtlich, im erstinstanzlichen Verfahren keine Ermittlungshandlungen dahingehend gesetzt, ob das Vorbringen, dass die Bw. und ihr Ehemann ihren Mittelpunkt des Lebensinteresses in Österreich hätten zutreffend sei.

Gemäß § 3 FLAG 1967 idF ab 2006 haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Nach Abs 2 leg. cit besteht der Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Zu beachten ist weiters, dass § 2 Abs. 8 FLAG 1967 gültiger Fassung ab 2006 lautet:

---

Personen haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben. **Eine Person hat den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.**

Es wird zwar in vielen Fällen typisch sein, dass der Lebensmittelpunkt von Studierenden, die sich nur zu Studienzwecken in Österreich aufhalten, weiterhin in ihrem Herkunftsland liegen wird. Hieraus lässt sich aber nicht ableiten, dass dies in jedem Fall so sein muss.

Prinzipiell steht einem ausländisch Studierenden wegen im Regelfall nur vorübergehendem Aufenthalt und somit mangelnder Anbindung an Österreich die Familienbeihilfe nicht zu.

Ausnahmen bestehen aber für jene Fälle, bei denen eine intensive Anbindung an Österreich nachgewiesen bzw. glaubhaft gemacht werden kann.

In diesem Zusammenhang sei auch auf die - den UFS nicht bindende - Durchführungsrichtlinie zum FLAG (FLAG-DR) verwiesen.

Dort wird unter 03-02 ausgeführt:

Für den Anspruch auf die Familienbeihilfe für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, muss ebenfalls der rechtmäßige Aufenthalt im Bundesgebiet nach §§ 8 oder 9 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz gegeben sein. Art und Gültigkeitsdauer des Titels richtet sich für das Kind grundsätzlich nach der Mutter oder einer/einem anderen zur Pflege und Erziehung berechtigten Fremden.

Unter 03.01 Z 8 der FLAG-DR findet sich folgende Aussage:

Für ausländische Studierende/Schüler in Österreich mit einer Aufenthaltsbewilligung für Studierende/Schüler bzw. Anmeldebescheinigung für Ausbildung besteht grundsätzlich kein Anspruch auf die österreichische Familienbeihilfe, da sich diese Personen nur für Ausbildungszwecke vorübergehend in Österreich aufhalten und somit keine ausreichende Anbindung an Österreich gegeben ist. **Ausnahmen sind nur bei sehr intensiver Anbindung an Österreich möglich.**

Gemäß § 289 Abs 1 BAO kann die Abgabenbehörde zweiter Instanz die Berufung durch Aufhebung des angefochtenen Bescheides und allfälliger Berufungsvorentscheidungen unter Zurückweisung der Sache an die Abgabenbehörde erster Instanz erledigen, wenn Ermittlungen (§ 115 Abs. 1) unterlassen wurden, bei deren Durchführung ein anders lautender Bescheid hätte erlassen werden oder eine Bescheiderteilung hätte unterbleiben können.

---

Zweck der Kassationsmöglichkeit des § 289 Abs 1 BAO ist die Entlastung der Abgabenbehörde zweiter Instanz und die Beschleunigung des zweitinstanzlichen Berufungsverfahrens (vgl zu § 100 Abs 3 FGO zB BFH, BStBl 1997 II 541).

Zur diesbezüglichen Ermessensübung weist der VwGH (21.11.2002, 2002/20/0315, ZfVB 2004/234) darauf hin, es würde die Anordnungen des Gesetzgebers (über ein zweitinstanzliches Verfahren) unterlaufen, wenn es wegen des Unterbleibens eines Ermittlungsverfahrens in erster Instanz zu einer Verlagerung nahezu des gesamten Verfahrens vor die Berufungsbehörde käme und die Einrichtung von zwei Entscheidungsinstanzen damit zur bloßen Formsache würde. Es sei nicht im Sinn des Gesetzes, wenn die Berufungsbehörde, statt ihre (umfassende) Kontrollbefugnis wahrnehmen zu können, jene Behörde ist, die erstmals den entscheidungswesentlichen Sachverhalt ermittelt und einer Beurteilung unterzieht (Ritz BAO, § 289 Tz 5).

Entscheidend ist, ob die Unterlassung der Ermittlungen „wesentlich“ ist, also ein spruch anders lautender Bescheid hätte ergehen können. Dies ist aus objektiver Sicht zu beurteilen; ein diesbezügliches Verschulden der Abgabenbehörde erster Instanz ist für die Anwendbarkeit des § 289 Abs 1 nicht erforderlich (Ritz, RdW 2002, 566; Renner, SWK 2003, S 539; Brunner/Pavlik, Finanzsenat, 94; Langheinrich/Ryda, FJ 2004, 339; Niedermaier, Finanzsenat, 240).

Eine derartige Unterlassung von Ermittlungen kann sich auch daraus ergeben, dass erstmals in der Berufung oder im Vorlageantrag Umstände releviert werden (kein Neuerungsverbot nach § 280) und die Abgabenbehörde erster Instanz vor Berufungsvorlage (§ 276 Abs 6 erster Satz) keine diesbezüglichen Ermittlungen durchgeführt hat.

Wie sich aus dem Berufungsvorbringen erkennen lässt, versucht die Bw. eine entsprechende Anbindung an Österreich darzustellen und damit einen Familienbeihilfenanspruch nachzuweisen. Vor allem verweist sie darauf, dass die Familie ihres Ehemannes seit 1972 in Österreich lebt und ihr Ehemann auch in Österreich geboren wurde. Die Anschaffung einer kreditfinanzierten Eigentumswohnung weist ebenfalls darauf hin, dass allenfalls nicht nur ein vorübergehender Aufenthalt der jungen Familie in Österreich geplant ist. Das Vorbringen scheint daher grundsätzlich geeignet zu sein eine entsprechende Anbindung an Österreich nahe zu legen.

Es wäre seitens des FA diesem Vorbringen nachzugehen und festzustellen, wie ausgeprägt diese Anbindung ist. Es wären jedenfalls Parteien- und Zeugenvernehmungen der Bw., ihres Ehegatten und der Schwiegermutter durchzuführen um festzustellen wie oft und wie lange sich die Bw. in ihrem Heimatstaat aufhält und dies mit Ihren Lebensumständen in Österreich

---

in Relation zu setzen. Von Bedeutung wäre ebenfalls die von der Bw. angeführte Berufstätigkeit ihres Ehegatten sowie eine allfällige eigene Erwerbstätigkeit oder Versicherung der Bw. bei einer österreichischen Sozialversicherungsanstalt. In diesem Zusammenhang wird auf die ständige Entscheidungslinie des UFS verwiesen (UFS [Wien], 23.2.2007, RV/2190-W/06; UFS [Wien], 11.7.2006 RV/1187-W/06; UFS [Salzburg], 19.3.2007, RV/0424-S/06).

Verfügen sowohl ein aus einem Drittstaat stammender Student wie auch dessen Kind über eine Aufenthaltsbewilligung gem. § 8 NAG, befindet sich der Mittelpunkt der Lebensinteressen des Studenten in Österreich und hält sich das Kind ständig im Inland auf, steht die Familienbeihilfe zu (Rechtslage ab 1.1.2006).

Weiters sei auf die Judikatur des VwGH verwiesen: *Um einen gewöhnlichen Aufenthalt aufrecht zu erhalten, ist 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* (VwGH 20.6.2000, 98/15/0016; 31.3.1992, 87/14/0096). In diesem Sinn erging auch der Rechtssatz des UFS (19.3.2007, RV/0424-S/06): *Der Mittelpunkt der Lebensinteressen eines Studenten befindet sich in Österreich, wenn er sich seit 8 Jahren hier aufhält, seitdem nur zweimal für jeweils ein Monat in seinem Heimatstaat war, schon viele Jahre mit seiner Lebensgefährtin und dem gemeinsamen Kind im Inland zusammenwohnt und sich seine Kontakte in die Heimat auf das Telefon und E-Mails beschränken.*

Wien, am 10. September 2009