

## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw, vom 21. März 2006 gegen den Bescheid des Finanzamtes Feldkirch vom 23. Februar 2006 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab 1. Februar 2003 entschieden:

Die Berufung wird betreffend den Zeitraum vom 1. Feber 2003 bis 28. Feber 2004 als unbegründet abgewiesen.

Betreffend den Zeitraum ab 1. März 2004 wird der angefochtene Bescheid gemäß § 289 Abs 1 der Bundesabgabenordnung (BA0), BGBI Nr. 1961/194 idgF, unter Zurückverweisung der Sache an die Abgabenbehörde erster Instanz aufgehoben.

### **Entscheidungsgründe**

Mit Bescheid vom 23. Feber 2006 wurde der Antrag des Berufungswerbers (Bw) auf Gewährung der Familienbeihilfe für seinen Sohn I abgewiesen, da sein Sohn keinen ständigen Aufenthalt im Bundesgebiet habe und er sich nur zu Ausbildungszwecken in Österreich befindet. Außerdem habe er am 14. Juni 2004 das 26. Lebensjahr vollendet.

Mit Eingabe vom 23. März 2006 berief der Bw rechtzeitig gegen obgenannten Bescheid und führte aus, dass Personen, die in Österreich wohnen, für ihre volljährige Kinder Familienbeihilfe bekämen, wenn diese für einen Beruf ausgebildet werden. Wenn sich die Kinder aber ständig im Ausland aufhalten, bestehe für sie kein Anspruch auf Familienbeihilfe. Der ständige Aufenthalt des Familienlastenausgleichsgesetzes bemesse sich nach den gleichen Kriterien, wie der gewöhnliche Aufenthalt nach der Bundesabgabenordnung. Danach habe jemand den gewöhnlichen Aufenthalt dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen

lassen, dass an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt wird. Ein Aufenthalt in diesem Sinne verlangt grundsätzlich körperliche Anwesenheit. Daraus folge, dass eine Person nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben kann. Kurze Abwesenheiten würden den Zustand des Verweilens nicht unterbrechen und daher auch nicht den gewöhnlichen Aufenthalt. Ein aber über mehrere Jahre erstreckender Aufenthalt sei aber jedenfalls als ständig zu beurteilen. In seinem Fall sei sein Sohn am 1. Februar 2003 von der im Österreich übersiedelt, um in *z* *e* zu studieren. Da sein Sohn nun schon drei Jahre in Österreich ist, sei sein Aufenthalt hier jedenfalls als ständig zu beurteilen. Er beantrage daher deshalb, ihm für seinen Sohn bis zu seinem 26. Geburtstag die Familienbeihilfe zu gewähren.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 16. Mai 2006 würde die Berufung als unbegründet abgewiesen und ausgeführt, dass Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder bestehe, die sich ständig im Bundesgebiet aufhalten (§ 5 Abs 3 FLAG). Das Fremdengesetz (FRG) habe bis 31. Dezember 2005 die Einreise, den Aufenthalt und die Niederlassung von Fremden geregelt. Ab 1. Jänner 2006 werde das Fremdenrecht durch das NAG (Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz) geregelt. Vor Inkrafttreten des NAG erteilte Aufenthaltsbewilligungen würden nach dem FRG weitergelten. Die Einreisetitel würden als Visum erteilt; ein ständiger Aufenthalt einer Person mit Visum im Bundesgebiet müsse grundsätzlich ausgeschlossen werden. Das Vorhandensein eines ordentlichen Aufenthaltstitels sei Voraussetzung für die Annahme eines ständigen Aufenthaltes im Bundesgebiet. Ansonsten müsse von einem lediglich vorübergehenden Aufenthalt im Bundesgebiet ausgegangen werden. Ein Aufenthaltstitel begründe nicht automatisch einen ständigen Aufenthalt im Bundesgebiet. Werde der Aufenthaltstitel einer Person für einen bestimmten Zweck – zum Beispiel bei Studierenden, die sich nur zu Studienzwecken im Bundesgebiet aufhalten – erteilt, besteht kein österreichischer Familienbeihilfenanspruch, da sich diese Person nur für Ausbildungszwecke – und somit vorübergehend – in Österreich aufhält. Der Sohn des Bw sei im Staatsbürger und habe sein 26. Lebensjahr bereits im Juni 2004 vollendet. Dem Finanzamt seien zwei Aufenthaltstitel vorgelegt worden, in denen die BPD *z* diesem am 22. 11. 2004 die Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der Ausbildung, § 7 Abs 4 Z 1 FRG bis 19. 9. 2005 bzw am 22. 9. 2005 bis 30. 4. 2006 zu demselben Zweck erteilt hat. Für Zeiträume vor dem 22. 11. 2004 hätte der Bw auch in seiner Berufung eine solche weder angeboten noch vorgelegt. Es müsse davon ausgegangen werden, dass der Sohn des Bw bis zu diesem Tag keine oder wie in der Folge lediglich eine eingeschränkte Aufenthaltserlaubnis hatte, die wie oben dargelegt, keinen ständigen Aufenthalt im Bundesgebiet erlaubt. Mangels Vorliegen der allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen (ständiger Aufenthalt des Kindes im Bundesgebiet) sei die Berufung daher als unbegründet abzuweisen. Die Überprüfung, inwieweit der Sohn des Bw bis Juni 2004 in Berufsausbildung im Sinne des § 2 Abs 1 FLAG stand, wäre somit entbehrlich.

Mit Eingabe vom 7. Juni 2006 wurde Berufung gegen letztgenannte Berufungsvorentscheidung erhoben, weil der Sohn des Bw durchgehend seit 3. Jänner 2003 eine Aufenthaltserlaubnis für die Ausbildung erhalten habe. Ein Schulkollege habe mit derselben Aufenthaltserlaubnis die Familienbeihilfe erhalten.

Im Akt befinden sich folgende Unterlagen:

- Kopien des Reisepasses des Bw, seiner Ehegattin und des Sohnes des Bw, woraus ua hervorgeht, dass die Ehegattin des Bw am 4. Feber 2005 eine Niederlassungsbewilligung betreffend Familiengemeinschaft gemäß § 20 Abs 1 FRG, gültig bis 8. August 2006, erhalten hat; Die unbefristete Aufenthaltsbewilligung des Bw wurde am 3. Oktober 1995 laut Passkopie unbefristet erteilt.
- Kopien der Aufenthaltserlaubnis gemäß § 7 Abs 4 Z 1 FRG jeweils bis 30. April und 30. November 2003, 30. April und 30. November 2004, 19. September 2005 sowie bis 30. April 2006
- Kopie einer Studienbestätigung der jk z für das Sommersemester 2003 als außerordentlicher Studierender
- Kopie eines Studienblattes (Beginn 17. Feber 2003, Besuch einzelner Lehrveranstaltungen, Diplomstudium e)
- Kopie des Bescheides betreffend Zulassung zum Studium als ordentlicher Studierender für das Diplomstudium e vom 6. September 2002
- Kopie der Bestätigung der jk z vom 6. März 2003 über die Anmeldung zum Kurs c als Fremdsprache (6 Semesterwochenstunden)
- Kopie der Bestätigung der jk z vom 7. April 2003, welche beinhaltet, dass der Sohn des Bw diesen obigen Kurs regelmäßig besucht und Lernfortschritte erzielt;
- Kopie der Studienbestätigung der jk z für das Wintersemester 2005/06 als ordentlicher Studierender
- Kopie der Bestätigung des Studienerfolges vom 30. November 2005, wobei am 30. Juni 2003 eine Lehrveranstaltung mit 6 Semesterwochenstunden (SWS), am 26. Jänner 2004 mit ebenfalls 6 SWS und am 23. Juni 2004 zwei Lehrveranstaltungen mit jeweils 8 und 2 SWS und eine am 28. Juni 2004 mit 2 SWS angeführt wurden. Außerdem scheinen auf den Folgeblättern ua zahlreiche anerkannte Prüfungen auf, welche an der Universität a in der i abgelegt wurden, auf.
- Kopie einer Teilnahmebestätigung der Volkshochschule z vom 28. Juni 2004, aus der hervorgeht, dass der Sohn des Bw von 10. November 2003 bis 22. Dezember 2003

(Zeitraum des Kurses) den Kurs c als Fremdsprache Intensiv III 15 mal besucht hat.

Laut telefonischer Auskunft bei der Volkshochschule vom 8. November 2006 fand der Kurs von Montag bis Donnerstag von 16.45 bis 18.15 Uhr statt. Das heisst, der Kurs belegte 6 Wochenstunden und der Sohn des Bw absolvierte von insgesamt 36 Stunden 22,5.

- Kopie des Benützungsvertrages gemäß § 5 Studentenheimgesetz 1986 vom 16. August 2005;

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

Nach § 2 Abs 1 lit b FLAG 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für volljährige Kinder, die das 26. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist. Bei volljährigen Kindern, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992, BGBl. Nr. 305, genannte Einrichtung besuchen, ist eine Berufsausbildung nur dann anzunehmen, wenn sie die vorgeschriebene Studienzeit pro Studienabschnitt um nicht mehr als ein Semester oder die vorgesehene Ausbildungszeit um nicht mehr als ein Ausbildungsjahr überschreiten.

Gemäß § 3 Abs 1 FLAG 1967 haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet bei einem Dienstgeber beschäftigt sind und aus dieser Beschäftigung Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit oder zufolge einer solchen Beschäftigung Bezüge aus der gesetzlichen Krankenversicherung im Bundesgebiet beziehen.

Abs 2 dieser Gesetzesbestimmung besagt, dass Abs 1 nicht für Personen gilt, die sich seit mindestens sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten, sowie für Staatenlose und Flüchtlinge im Sinne des Art. 1 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951, BGBl. Nr. 55/1955, und des Protokolls über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, BGBl. Nr. 78/1974.

Gemäß § 5 Abs 2 besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, kein Familienbeihilfenanspruch.

Ein Kind wird sich dann ständig im Ausland aufhalten, wenn es im Inland überhaupt keinen oder nur einen vorübergehenden Aufenthalt hat. Ein nur vorübergehender Aufenthalt eines Kindes im Inland spricht daher nicht gegen die Annahme eines ständigen Aufenthaltes im Ausland. Ein längerer Aufenthalt im Inland ohne absehbare zeitliche Begrenzung wird allerdings die Annahme eines ständigen inländischen Aufenthaltes rechtfertigen.

Der Bw ist als g in Österreich tätig und hat laut Unterlagen seit 3. Oktober 1975 eine unbefristete Aufenthaltsbewilligung erteilt bekommen. Am 22. Feber 2003 ist sein Sohn mit dem Titel einer vorübergehenden Aufenthaltserlaubnis gemäß § 7 Abs 4 Z 1 FPG nach Österreich zum Studieren gekommen. Vorerst bekam er von der jk z bescheidmäßig die Auflage, die Ergänzungsprüfung für den Nachweis der Kenntnis der n Sprache abzulegen. Hierauf begann der Sohn des Bw mit einem Kurs „c als Fremdsprache“ (Grundstufe I), welcher 6 Semesterwochenstunden umfasste und laut Bestätigung des Studienerfolges vom 30. November 2005, am 30. Juni 2003 mit Erfolg abgeschlossen wurde. Im darauffolgenden Semester absolvierte er den gleichlautenden Kurs (Grundstufe II), welchen er am 26. Jänner 2004 mit Erfolg abschloss. Daneben besuchte er an der Volkshochschule 22,5 Stunden c als Fremdsprache Intensiv III, welchen er fünfzehnmal besuchte. Der Kurs fand insgesamt vierundzwanzigmal statt. Laut vorgelegtem Schreiben der VHS wurde nur die Anwesenheit bestätigt. Etwaige Prüfungen wurden diesbezüglich nicht nachgewiesen.

Im vorliegenden Berufungsfall ist jedenfalls unstrittig, dass der Bw grundsätzlich für den Familienbeihilfenbezug für Kinder, die sich nicht ständig im Ausland aufhalten, anspruchsberechtigt ist.

Zu prüfen ist daher im Gegenstandsfall, ob erstens trotz befristetem Aufenthaltstitel ein ständiger Aufenthalt des Sohnes des Bw im Ausland nicht vorliegt und zweitens, ob sich der Sohn des Bw in Berufsausbildung während des Zeitraumes ab Feber 2003 befunden hat.

Das Finanzamt schliesst alleine aufgrund des jeweils befristeten und jedoch ständig verlängerten Aufenthaltstitels gemäß § 7 Abs 4 Z 1 FRG einen ständigen Aufenthalt des Sohnes des Bw im Inland aus (siehe hiezu Ausführungen am Vorlagebericht vom 18. September 2006). Die Frage, ob und inwieweit eine Berufsausbildung im Sinne des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 vorliegt, wurde schon gar nicht in Betracht gezogen und deshalb auch nicht überprüft.

Das Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 enthält keine nähere Umschreibung des Begriffes "Berufsausbildung". Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind unter dem Begriff aber jedenfalls alle Arten schulischer oder kursmäßiger Ausbildung zu zählen, in deren Rahmen noch nicht berufstätigen Personen ohne Bezugnahme auf die spezifischen Tätigkeiten an einem bestimmten Arbeitsplatz das für das künftige Berufsleben erforderliche Wissen vermittelt wird (ua VwGH 87/13/0135, 87/14/003, 93/14/0100, 2000/14/0192). Ziel einer Berufsausbildung im Sinne des § 2 Abs.1 lit. b FLAG 1967 ist es die fachliche Qualifikation für die Ausübung des angestrebten Berufes zu erlangen. Zudem muss das ernstliche und zielstrebige, nach außen erkennbare Bemühen um den Ausbildungserfolg gegeben sein (VwGH 2000/14/0093).

Eine Berufsausbildung im Sinne des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 ist zum Beispiel bei allgemeinbildenden Lehrinhalten auch dann gegeben, wenn die Ausbildung die überwiegende Zeit des Kindes in Anspruch nimmt, ein geregeltes Ausbildungsverfahren vorgesehen ist (etwa mit Anwesenheitspflicht) und die Ablegung von Prüfungen erforderlich ist.

Es trifft wohl zu, dass die vom Sohn des Bw absolvierten ckurse und die darauf aufbauenden bzw abschließenden Prüfungen laut Bescheid der jk z Voraussetzung für die Aufnahme an dieser Universität als ordentlich Studierender, gelten. Dieser Umstand ändert aber nichts daran, dass diese Kurse aufgrund ihres Umfangs – jeweils nur 6 Semesterwochenstunden - nicht als Berufsausbildung iSd § 2 Abs. 1 lit. b FLAG zu qualifizieren ist. Ein wesentliches Kriterium für das Vorliegen einer Berufsausbildung ist nämlich auch, dass die Berufsausbildung die **überwiegende Zeit** des Kindes in Anspruch nehmen muss, sodass die Ausübung eines Berufes nicht möglich ist. Die vom Sohn des Bw absolvierten Kurse c als Fremdsprache, welche jeweils in den ersten zwei Semestern nur sechs Semesterwochenstunden in Anspruch nahmen sowie die im zweiten Semester zusätzlich absolvierten 22,5 h Sprachkurs an der Volkshochschule erfüllen dieses Kriterium jedenfalls nicht. Diese an der Universität durchgeführten Kurse werden für Personen angeboten, die im Ausland eine als gleichwertig anerkannte Matura abgelegt haben und für die Aufnahme eines Studiums in Österreich eine Ergänzungsprüfung lediglich in c benötigen. Die Zulassung zum ckurs als außerordentlicher Hörer erfolgt aber auch für Personen, die kein Studium in Österreich anstreben. Die Kurse dauern – abhängig von den in einer Eignungsprüfung festgestellten Vorkenntnissen – maximal drei Semester zu je sechs Wochenstunden. Dass eine Anwesenheitskontrolle erfolge, wurde weder behauptet noch nachgewiesen.

Im dritten Semester (Sommersemester 2004) hat der Sohn des Bw laut Bestätigung des Studienerfolges vom 30. November 2005 Kurse im Umfang von 12 Semesterwochenstunden absolviert und die Ergänzungsprüfung am 8. Juni mit Erfolg bestanden. Das heisst, in diesem Semester hat der Sohn des Bw Kurse im Ausmaß der doppelten Semesterwochenstundenzahl belegt und erfolgreich abgeschlossen und es kann aufgrund dieser Intensität davon ausgegangen werden, dass es sich hiebei aufgrund des Umfangs um eine Berufsausbildung in obigem Sinne handelt. Nunmehr ist für dieses Semester aber auch noch die grundsätzliche Voraussetzung des Vorliegens eines ständigen Aufenthaltes im Inland zu prüfen.

Im gegenständlichen Verfahren fehlen jegliche Feststellungen über den Ort bzw das Land des ständigen Aufenthalt des Sohnes des Bw, zumal das Finanzamt lediglich aus der Angabe des Aufenthaltstitels (Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der Ausbildung gemäß § 7 Abs 4 lit 1 FRG) im Reisepass des Sohnes den Schluss zog, dass sich der Sohn des Bw ständig im Ausland (i) aufhält.

Dass der Sohn des Bw im strittigen Zeitraum nur über einen Aufenthaltstitel nach § 7 Abs. 4 Z 1 FrG (Aufenthalt ausschließlich zum Zwecke ... eines ordentlichen ... Studiums) verfügt hat, steht der Annahme eines tatsächlich vorliegenden ständigen Aufenthaltes in Österreich für sich allein nicht entgegen.

Gemäß § 289 Abs. 1 BAO kann die Abgabenbehörde zweiter Instanz, wenn die Berufung weder zurückzuweisen (§ 273) noch als zurückgenommen (§ 85 Abs 2, § 86a Abs 1, § 275) oder als gegenstandslos (§ 256 Abs 3, § 274) zu erklären ist, die Berufung durch Aufhebung des angefochtenen Bescheides und allfälliger Berufungsvorentscheidungen unter Zurückverweisung 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. Im weiteren Verfahren sind die Behörden an die für die Aufhebung maßgebliche, im Aufhebungsbescheid dargelegte Rechtsanschauung gebunden. Durch die Aufhebung des angefochtenen Bescheides tritt das Verfahren in die Lage zurück, in der es sich vor Erlassung dieses Bescheides befunden hat.

Da die Feststellung des ständigen Aufenthaltes des Sohnes des Bw ab dem Sommersemester 2004 für die Gewährung der Familienbeihilfe jedenfalls entscheidungsrelevant wird und diese wesentliche Feststellung bislang unterblieben ist, war der angefochtene Bescheid gemäß § 289 Abs 1 BAO für diesen Zeitraum aufzuheben und die Sache an das Finanzamt zurückzuverweisen.

Das Finanzamt wird daher im fortgesetzten Verfahren zu erheben haben, in welchem Staat der Sohn des Bw seinen ständigen Aufenthalt hat.

Feldkirch, am 9. November 2006