

## **IM NAMEN DER REPUBLIK**

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin R. in der Beschwerdesache X., AdresseX. gegen den Bescheid des FA Salzburg-Land vom 05.12.2011, betreffend Abweisung des Antrags auf Zuerkennung von Familienbeihilfe ab April 2011 zu Recht erkannt:

Der Bescheid des FA Salzburg-Land vom 5. Dezember 2011 betreffend Abweisung des Antrags auf Familienbeihilfe ab April 2011 wird wie folgt abgeändert:

Der Antrag vom 21. November 2011 auf Familienbeihilfe für die Monate April bis Juli 2011 wird abgewiesen.

Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

## **Entscheidungsgründe**

Der Beschwerdeführer (Bf.) stellte unter Verwendung des Formblattes "Beih 1" am 21. November 2011 den Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe ab April 2011 für den unehelichen Sohn seiner Gattin A., Staatsbürgerin der Republik Kamerun.

Begründet wurde der Antrag damit, dass C(geb. 111) seit 28.4.2011 einen Aufenthaltstitel als Familienangehöriger nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) habe.

Mit Bescheid vom 5. Dezember 2011 wies das Finanzamt den Antrag mit der Begründung ab, C lebe bei seiner Großmutter in Kamerun, wo er auch zur Schule gehe.

In der gegen den Abweisungsbescheid eingebrachten Berufung (nunmehr Beschwerde) brachte der Bf. vor, sein Stiefsohn habe sich mehr als 6 Monate im Jahr am Wohnsitz des

Bf. in Österreich aufgehalten. Der Abschluss der in Kamerun begonnen Ausbildung sei in Österreich anrechenbar. Sein Stiefsohn beabsichtige eine Laufbahn in Österreich und habe zu diesem Zweck in Kamerun bereits Deutschkurse besucht. Er habe sich daher nur vorübergehend am Ort seines Schulbesuches aufgehalten, welcher daher – auch nach Rechtsprechung des VwGH betreffend Studierender, die am Studienort einen weiteren Wohnsitz haben, nur ein Nebenwohnsitz sei. Der Hauptwohnsitz liege an dem Ort, an dem sich die Familie aufhalte, in C..

Das Finanzamt gab der Berufung mit Berufungsvorentscheidung vom 28. September 2012 für den Zeitraum September 2011 bis Jänner 2012 statt. C habe am 28. April 2011 einen Aufenthaltstitel von der Bezirkshauptmannschaft C. erhalten; die erstmalige Einreise in das Bundesgebiet sei erst 4 Monate später, am 8. August 2011, erfolgt. Bis zu diesem Zeitpunkt habe er sich bei der Familie seiner Mutter in Kamerun aufgehalten, wo er auch die Schule besuche. Für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, bestehe kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

Mit Schriftsatz vom 28. Oktober 2012 brachte der Bf. einen Vorlageantrag ein. Er sei seit seiner Heirat mit einer Kamerunerin im April 2007 für seinen (zwischenzeitlich adoptierten) Sohn C unterhaltspflichtig. Der vom Finanzamt geforderte ständige Wohnsitz im Bundesgebiet sei seit Beginn des Aufenthaltstitels (28.4.2011) nach dem NAG vorgeschrieben und werde auch von der Bezirkshauptmannschaft überprüft. Sein Sohn verweile nicht nur vorübergehend in Österreich; die physische Anwesenheit sei vorgeschrieben und werde auch überprüft. Es sei aus menschlichen Gründen legitim, ihm ab dem Ende des aufwändigen und nervenaufreibenden Familienzusammenführungsverfahrens bereits ab Beginn die Familienbeihilfe zu gewähren.

Sachverhalt:

Der Bf. heiratete am 18.4.2007 in Kamerun die kamerunische Staatsbürgerin AA.. Im Oktober 2007 reiste die Gattin des Bf. erstmals nach Österreich ein.

Am 28.4.2011 erteilte die Bezirkshauptmannschaft C. dem bisher ausschließlich in Kamerun lebenden Sohn der Bf. C den Aufenthaltstitel "Familienzusammenführung" nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG).

C reiste am 8. August 2011 erstmalig nach Österreich ein.

Rechtsgrundlagen:

Übergangsbestimmungen

Mit 1. Jänner 2014 wurde der Unabhängige Finanzsenat (UFS) aufgelöst. Die Zuständigkeit zur Weiterführung der mit Ablauf des 31. Dezember 2013 bei dieser Behörde anhängigen Verfahren geht gemäß Art 151 Abs. 51 Z 8 B-VG auf das Bundesfinanzgericht (BFG) über. Dementsprechend normiert § 323 Absatz 38 BAO, dass die am 31. Dezember 2013 beim UFS als Abgabenbehörde zweiter Instanz anhängigen Berufungen vom BFG als Beschwerden im Sinne des Art 130 Abs. 1 B-VG zu erledigen sind.

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. a des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 (FLAG) haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder.

§ 3 FLAG lautet:

"§ 3. (1) Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben 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.

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

(3) Abweichend von Abs. 1 haben Personen, denen Asyl .... gewährt wurde, .....

(4) Abweichend von Abs. 1 haben Personen, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten ..... zuerkannt wurde, .....

(5) In den Fällen des Abs. 2, Abs. 3 letzter Satz und Abs. 4 letzter Satz wird für nachgeborene Kinder die Familienbeihilfe rückwirkend gewährt. Gleiches gilt für Adoptiv- und Pflegekinder, rückwirkend bis zur Begründung des Mittelpunktes der Lebensinteressen im Bundesgebiet (§ 2 Abs. 8) durch den Elternteil und das Kind. Als nachgeborene Kinder gelten jene Kinder, die nach dem Zeitpunkt der Erteilung des Aufenthaltstitels oder der Zuerkennung des Status des Asylberechtigten oder subsidiär Schutzberechtigten an den zusammenführenden Fremden geboren werden."

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

Strittig ist, ob für den minderjährigen Sohn bereits mit Erteilung des Aufenthaltstitels (28.4.2011) oder erst mit der tatsächlichen erstmaligen Einreise nach Österreich (8.8.2011) Anspruch auf Familienbeihilfe besteht.

Der Bf. trägt vor, sein Sohn habe bereits mit der Erteilung der Aufenthaltsbewilligung den Mittelpunkt der Lebensverhältnisse nach Österreich verlegt. Dies deshalb, weil das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz vorschreibe, dass sein Sohn mindestens 6 Monate im Jahr in Österreich verbringen müsse. Sein ständiger Wohnsitz sei bereits mit Erteilung des Aufenthaltstitels (28. April 2011) in Österreich gelegen. Die Einhaltung dieser Bestimmung werde von der Fremdenpolizei überprüft.

Dieser Ansicht kann sich das Bundesfinanzgericht nicht anschließen. Voraussetzung für den Anspruch auf Familienbeihilfe ist nicht allein das Vorliegen eines Aufenthaltstitels (nach § 8, 9 NAG) sondern auch der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs. 3 FLAG in Österreich.

Es ist zwar richtig, dass der Sohn des Bf. bereits mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft C. vom 28.4.2011 den Aufenthaltstitel "Familienangehöriger"

erhalten hat. Seine erstmalige Einreise nach Österreich erfolgte jedoch erst 4 Monate später, am 8. August 2011. Bis zu diesem Zeitpunkt hat sich B. ausschließlich im Ausland (Kamerun) aufgehalten.

Nach herrschender Auffassung ist der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 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 (VwGH 22.4.2009, 2008/15/0323, VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103; VwGH 20.6.2000, 98/15/0016; VwGH 2.6.2004, 2001/13/0160).

Auch auf den Wohnsitz und ständigen Aufenthalt der Eltern bzw. der anspruchsberechtigten Person kommt es daher ebenso wenig an wie auf deren Staatsbürgerschaft, deren Berufsausübung in Österreich, den Mittelpunkt der Lebensinteressen, die Tragung der Kosten des Lebensunterhalts oder die Argumentation, dass der Auslandsaufenthalt "nur" zu Ausbildungszwecken erfolgt (VwGH 2.6.2004, 2001/13/0160).

Da sich C erstmalig im August 2011 körperlich in Österreich aufgehalten hat, kann für ihn daher erst ab August 2011 (§ 10 Abs. 2 FLAG 1967) Familienbeihilfe bezogen werden. Bis zu diesem Zeitpunkt hatte er seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Kamerun, auch wenn der Aufenthaltstitel bereits vor der erstmaligen Einreise nach Österreich ausgestellt worden ist.

Der Einwand des Bf., sein Sohn habe sich nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen, in C. gelegenen Wohnung aufgehalten um in Kamerun seine Schulausbildung abzuschließen, ist nicht zutreffend, da, wie bereits ausgeführt, B. bis zu seiner erstmaligen Einreise am 8.8.2011 noch nie im gemeinsamen Haushalt des Bf. in Österreich gelebt hat.

Dem weiteren Einwand, lt. Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz werde auch jene Zeit eingerechnet, die sein Sohn nicht in Österreich verbracht hat, wird entgegnet, dass für Kinder, die sich ständig im Drittland aufhalten, keine Familienleistungen erbracht werden. Für den Zeitraum April 2011 bis einschließlich Juli 2011 handelte es sich - entgegen der Ansicht des Bf. - nicht um eine vorübergehende Abwesenheit vom Inland sondern um einen ununterbrochenen Aufenthalt im Ausland (Kamerun).

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Revision

Eine Revision gem. Art 133 Abs. 4 B-VG ist nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt.

Die gegenständliche Rechtsfrage wurde bereits durch die vorhandene Rechtsprechung des VwGH beantwortet. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Salzburg-Aigen, am 7. Mai 2014