



UNABHÄNGIGER  
FINANZSENAT

Außenstelle Wien  
Senat 6

GZ. RV/0054-W/04

## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., gegen den Bescheid des Finanzamtes Oberwart betreffend Familienbeihilfe für den Zeitraum Juni 2001 bis März 2003 entschieden:

Der Berufung wird stattgegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

### Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.) stand im gesamten Streitzeitraum im Bundesgebiet in einem lohnsteuerpflichtigen Dienstverhältnis und ist ab 3. Februar 2003 österreichischer Staatsbürger. Er ist mit einer Rumänin verheiratet und bezieht seit April 2003 (die Gattin hat ihren Hauptwohnsitz seit 1. April 2003 in Österreich) für den gemeinsamen Sohn S.R., geb. am 10. Juni 2001, Familienbeihilfe.

Strittig ist nunmehr, ob dem Bw. laut Antrag vom 29. April 2003 die Familienbeihilfe bereits seit Juni 2001 – also ab Geburt seines Sohnes – zusteht.

In einem an das Finanzamt gerichteten ergänzenden Schreiben vom 2. Mai 2003 führt er Folgendes aus:

„Als Vater des ehelichen minderjährigen Kindes S., geboren am 10.6.2001, habe ich am 29.4.2003 den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe gestellt. Laut fernmündlicher Auskunft des Finanzamtes soll diese voraussichtlich, bei Vorliegen aller anderen Anspruchsgrundlagen, mit dem 19.3.2003 rückwirkend bewilligt werden.

Meine Ehegattin A., ist rumänische Staatsangehörige. Wir haben am 9.7.2000 in Rumänien geheiratet. Da sie zu diesem Zeitpunkt keine Aufenthaltsbewilligung in Österreich hatte, konnte sie zunächst bloß für einen Zeitraum von 3 Monaten in Österreich Aufenthalt nehmen, wo wir selbstverständlich im ehelichen Hausstand lebten. In den darauf folgenden 3 Monaten musste sie nach Rumänien zurück kehren, um nach Ablauf dieser Zeit erneut Anspruch auf einen weiteren dreimonatigen Aufenthalt in

Österreich zu haben. Diese Vorgehensweise setzte sich bis zum 1.1.2002, als rumänischen Staatsangehörigen, aufgrund eines neuen völkerrechtlichen Vertrages zwischen den EU-Schengenstaaten und Rumänien, unbefristeten Aufenthalt, vor allem ohne Zwischenaufenthalte in Rumänien, in den Schengen Staaten erteilt werden konnte. Seit diesem Zeitpunkt leben meine Frau und ich, zusammen mit unserem in der Zwischenzeit in Rumänien geborenen Sohn, S.R., ununterbrochen im gemeinsamen Haushalt.

Seit meiner Verheiratung mit A leiste ich für meine einkommenslose Ehegattin Ehegattenunterhalt gemäß § 94 ABGB und seit der Geburt meines Sohnes Kindesunterhalt gemäß § 140 ABGB. Dies naturgemäß sowohl während der Aufenthalte meiner Gattin und meines Sohnes in Rumänien, als auch während des gemeinsamen Hausstandes in Österreich.

Gemäß § 2 Abs 2 Familienlastenausgleichsgesetz habe ich, als Person, zu dessen Haushalt das Kind zugehört, Anspruch auf Familienbeihilfe im Sinne dieses Bundesgesetzes. Auch sonst, das heißt, in den Fällen, in denen das Kind nicht zum Haushalt der zum Bezug der Familienbeihilfe berechtigten Person gehört, gebührt jener Person die Familienbeihilfe, welche für den Unterhalt des Kindes aufkommt bzw. aufgekomen ist. Das war während der gesamten Lebensdauer meines Kindes, seit seiner Geburt, nämlich ich.

Gemäß § 10 Abs. 3 Familienlastenausgleichsgesetz wird die Familienbeihilfe rückwirkend für höchstens 5 Jahre vor der Antragstellung gewährt. Mein Sohn Sascha Renée ist seit etwa weniger als 2 Jahren (am 10.6.2001) geboren. Demgemäß ist mein Anspruch auf rückwirkende Gewährung der Familienbeihilfe noch nicht erloschen.

Da sich mein Kind auch nicht ständig im Ausland im Sinne des § 5 Abs 3 Familienlastenausgleichsgesetz aufhält bzw. jemals aufgehalten hat (während seines ersten Lebensjahres hat er immer alle 3 Monate bei mir in Österreich gelebt, seit dem 1.1.2002 hält er sich ununterbrochen bei mir in Österreich auf) gebührt mir somit für den zurückliegenden Zeitraum seit der Geburt meines Sohnes die Familienbeihilfe in voller Höhe.

Das vom Finanzamt fernmündlich in Aussicht gestellte Datum, nämlich 19.3.2003, für die rückwirkende Gewährung der Familienbeihilfe ist das letzte Einreisedatum meiner Frau mit meinem Sohn nach Österreich infolge eines Kurzurlaubes in Rumänien. Es ist somit für die Gewährung der Familienbeihilfe unerheblich, denn es sagt weder etwas über die Haushaltszugehörigkeit meines Sohnes zu mir, noch über seinen Aufenthalt im In- oder Ausland und meiner durchgehenden Unterhaltspflicht zu ihm, aus. Die Familienbeihilfe steht mir nach den oben angeführten Gesetzesbestimmungen nämlich seit seiner Geburt zu, da mein Sohn erstens nicht ständig im Ausland lebt bzw. gelebt hat und er zu meinem Haushalt zugehörig ist. Des weiteren bin ich meinem Sohn gegenüber seit seiner Geburt unterhaltspflichtig.“

Das Finanzamt erließ am 18. Juni 2003 einen Bescheid, mit dem es den Antrag des Bw. für den Zeitraum Juni 2001 bis März 2003 abwies, und zwar mit folgender Begründung:

„Für Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind und die sich nicht mindestens fünf Jahre ständig im Bundesgebiet aufgehalten haben, besteht kein Familienbeihilfenanspruch. Da sich Ihr Sohn S.R. ab Juni 2001 nicht ständig im Bundesgebiet aufgehalten hat und zur gleichen Zeit auch keine gültige Aufenthaltsbewilligung hatte, konnte für die oben angeführte Zeit keine Familienbeihilfe gewährt werden.“

Der Bw. erhob am 23. Juli 2003 gegen obigen Bescheid fristgerecht Berufung und führte dazu Folgendes aus:

„Mit Antrag vom 29. April 2003 machte ich geltend, dass ich für meinen ehelichen Sohn S.R. seit seiner Geburt am 10.6.2001 Unterhalt geleistet habe, weswegen ich Anspruch auf Familienbeihilfe seit dem Zeitpunkt seiner Geburt habe.

In der Bescheidsbegründung wird angegeben, dass die Abweisung meines diesbezüglichen Antrages deshalb erfolgt ist, weil mein Sohn S.R. nicht österreichischer Staatsbürger ist und sich nicht mindestens fünf Jahre im Bundesgebiet aufgehalten hat.

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. a Familienlastenausgleichsgesetz 1967 idF BGBl. I Nr. 26/2003 haben Anspruch auf Familienbeihilfe Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben für minderjährige Kinder. Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG steht der Anspruch auf Familienbeihilfe jener Person zu, zu deren Haushalt das Kind gehört.

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

Im ganzen Familienlastenausgleichsgesetz konnte ich keine einzige Bestimmung finden, welche besagt, dass für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind und sich nicht mindestens fünf Jahre ständig im Bundesgebiet aufgehalten haben, kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht.

Dies wäre im gegenständlichen Fall auch schlichtweg unmöglich, denn mein Sohn ist lediglich zwei Jahre alt. Somit könnte er die Voraussetzung des mindestens fünfjährigen ständigen Aufenthaltes im Bundesgebiet bis zu seinem fünften Lebensjahr nicht erfüllen.

Das würde kein noch nicht fünf Jahre altes Kind schaffen, was dazu führen müsste, dass Familienbeihilfe für Kinder nicht österreichischer Staatsbürgerschaft erst mit der Vollendung ihres fünften Lebensjahres zustehen würde. Dies ist jedoch nicht so.

Die Begründung des abweisenden Bescheides ist somit mangelhaft und vollkommen gesetzeswidrig. Der abweisende Bescheid entbehrt jeglicher gesetzlicher Grundlage.

Die Behörde hätte dem geltenden Recht nach vielmehr überprüfen müssen, ob sich mein Sohn S.R. ständig im Ausland aufgehalten hat.

Dabei hätte die Behörde festgestellt, dass es dem nicht so ist. Mein Sohn hat sich seit seiner Geburt zwar immer wieder auch in Rumänien aufgehalten, dies jedoch nur vorübergehend und für kurze Zeit. Ansonsten hat er in meinem Haushalt gelebt. Mein Sohn S.R. hat sich somit nicht ständig im Ausland aufgehalten, weshalb ich Anspruch auf Familienbeihilfe seit seiner Geburt habe..."

Das Finanzamt legte die Berufung ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung an die Abgabenbehörde 2. Instanz vor.

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

Gemäß § 3 Abs. 1 FLAG 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; kein Anspruch besteht jedoch, wenn die Beschäftigung nicht länger als drei Monate dauert. Kein Anspruch besteht außerdem, wenn die Beschäftigung gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer verstößt.

Gemäß § 3 Abs. 2 FLAG gilt Abs. 1 u.a. nicht für Personen, die sich seit mindestens sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten.

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

Der unabhängige Finanzsenat sieht folgenden Sachverhalt als erwiesen an:

Die Ehegattin des Bw. und deren gemeinsamer Sohn haben sich in der Zeit ab dessen Geburt (10.6.2001) nach Maßgabe der gesetzlichen Möglichkeiten regelmäßig jeweils drei Monate und ab 1.1.2002 dauernd – unterbrochen von gelegentlichen Urlauben in Rumänien – in Österreich aufgehalten.

Diese Annahme gründet sich auf die unbedenklichen Ausführungen des Bw. in seinem Schreiben vom 2. Mai 2003 und seiner Berufung, denen auch das Finanzamt nicht entgegen

getreten ist, und findet ihre Bestätigung in den Einreise- und Ausreisestempeln der im Akt erliegenden Ablichtungen der Reisepässe.

Unbestritten ist weiters, dass der Bw. im Streitzeitraum in einem lohnsteuerpflichtigen Dienstverhältnis zu einem inländischen Arbeitgeber gestanden ist.

In rechtlicher Hinsicht folgt daraus:

Der Bw. erfüllt die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 FLAG, weshalb nicht mehr geprüft werden muss, ob auch die Bedingungen des § 3 Abs. 2 FLAG zutreffen.

§ 5 Abs. 3 FLAG steht der Gewährung von Familienbeihilfe dann entgegen, wenn sich das Kind ständig im Ausland aufhält.

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.“

Sowohl die Gattin des Bw. als auch das gemeinsame Kind hielten sich nicht ständig im Ausland auf. Der Aufenthalt im Ausland hing ausschließlich damit zusammen, dass die Gattin des Bw. immer nur für einen Zeitraum von drei Monaten eine Aufenthaltsbewilligung bekam.

Die oben angeführten Umstände lassen somit erkennen, dass die körperliche Anwesenheit des Kindes in Österreich eine dauernde, demnach nicht nur eine vorübergehende sein würde, was auch aus der Tatsache hervorgeht, dass der Bw. und dessen Familie nunmehr unbestrittenermaßen ihren Hauptwohnsitz in Österreich haben.

Wien, am 22. November 2004