



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., W., H-Gasse, vertreten durch Dr. Peter Zivic, Rechtsanwalt, 1010 Wien, Weihburggasse 20, vom 2. Juli 2009 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 2/20/21/22 vom 3. Juni 2009 betreffend Familienbeihilfe ab April 2009 entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird - soweit damit über den Zeitraum April 2009 bis September 2009 abgesprochen wird - aufgehoben.

### **Entscheidungsgründe**

Der Berufungswerber (Bw.) stellte am 14. April 2009 einen Antrag auf Zuerkennung der Familienbeihilfe für seine Tochter A., geb. am xx.xx.xxxx.

Mit Bescheid vom 3. Juni 2009 wurde der Antrag für den Zeitraum ab April 2009 abgewiesen und begründend ausgeführt, für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger seien, bestehe nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach den §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhielten. Für die Tochter A. sei ab dem Monat Dezember 2008 eine Aufenthaltsbewilligung Studierender erteilt worden. Da sich die Tochter nur vorübergehend für die Dauer ihres Studiums in Österreich aufhalte, bestehe kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

In der dagegen fristgerecht erhobenen Berufung führte der anwaltliche Vertreter des Bw. aus, sowohl der Bw. als auch seine Tochter hätten ihren Wohnsitz und ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich. Beide verfügten auch über gültige Aufenthaltstitel gemäß den Bestimmungen des NAG. Die Tochter absolviere in Österreich eine mehrjährige Universitätsausbildung (Bachelorstudium der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften), sodass sie sich nicht nur vorübergehend, sondern für mehrere Jahre dauerhaft in Österreich aufhalte.

Darüber hinaus finde sich in § 3 Abs. 2 FLAG 1967 in der ab 1.1.2006 geltenden Fassung auch keinerlei Einschränkung des Familienbeihilfenanspruches betreffend in Österreich zu mehrjährigen Ausbildungszwecken lebender Kinder, weshalb der Anspruch für das Kind A. zu Recht bestehe.

Über Aufforderung durch die Abgabenbehörde erster Instanz wurden folgende entscheidungswesentliche Unterlagen vorgelegt:

- Geburtsurkunde der Tochter A.
- Reifeprüfungszeugnis von A. vom 23. Juni 2008
- Bestätigung, dass die Mutter B.Z. ihren Wohnsitz in der Republik Serbien hat
- Aufenthaltstitel des Bw.
- Aufenthaltsbewilligung Studierender der Tochter A., befristet vom 11.12.2009 bis 11.12.2010
- Studienbestätigung für das Sommersemester 2010
- Visum, gültig für Österreich vom 10.1.2009 bis 9.5.2009
- Bestätigung des Studienerfolges im Studienjahr 2008/09 der Wirtschaftsuniversität Wien vom 18.1.2010
- Bestätigung über positiv absolvierte Prüfungen der Universität Wien vom 7.10.2010

Die Berufung wurde mit Berufungsvorentscheidung abgewiesen und in der Begründung ausgeführt, für die volljährige Tochter sei eine Aufenthaltsbewilligung als Studierende zum vorübergehenden und nicht zum dauernden Aufenthalt in Österreich erteilt worden. Daraus lasse sich für die Tochter A. kein Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich ableiten. Der Aufenthaltstitel nach § 8 NAG werde ausschließlich für Ausbildungszwecke ausgestellt, ohne dass von vornehmerein nach Ausbildungsabschluss ohne Vorliegen der Voraussetzungen des § 9 NAG Anspruch auf Umwandlung des Titels in eine Niederlassungsbewilligung bestehe. Die Tochter A. habe von Geburt an bis zur Absolvierung der Reifeprüfung im Haushalt der Mutter in Serbien gelebt. Ihr Wohnsitz in Serbien sei nach wie vor aufrecht. Sie lebe in Österreich lediglich, um ihr Studium zu absolvieren. Ein günstiger Studienerfolg liege jedoch nicht vor, da sie im ersten Studienjahr lediglich Prüfungen im Ausmaß von nur 5 Semesterwochenstunden absolviert habe.

---

Gleichermaßen sei auch für studierende Österreicher, die sich nur vorübergehend zu Studienzwecken außerhalb des Haushaltes eines anspruchsberechtigten Elternteiles im Ausland befinden, gültig, dass ihre Haushaltzugehörigkeit zu den in Österreich lebenden Eltern gemäß § 2 Abs. 5 lit b FLAG nicht als aufgehoben gelte.

Im Vorlageantrag rügte der anwaltliche Vertreter des Bw. die Auffassung des Finanzamtes, die Tochter des Bw. halte sich zu Studienzwecken lediglich vorübergehend in Österreich auf und es lasse sich für sie kein Mittelpunkt de Lebensinteressen ableiten.

Entgegen der Feststellung des Finanzamtes, dass der Wohnsitz des Kindes in Serbien nach wie vor aufrecht sei, bestehe nur eine Meldung in Serbien, seinen Hauptwohnsitz und dauernden Aufenthalt habe es jedoch seit dem 14.1.2009 bei seinem Vater in Wien.

Im Unterschied zu einem im Ausland studierenden österreichischen Kind befindet sich im vorliegenden Fall der Wohnsitz eines Elternteiles seit vielen Jahren in Österreich. Die Tochter lebe im Haushalt des Vaters in Österreich, der Bw. habe keinen Haushalt in Serbien.

Das vom Finanzamt angeführte Beispiel eines im Ausland studierenden Österreichers zeige, dass es in diesem Fall eigens einer gesetzlichen Fiktion einer nach wie vor bestehenden Haushaltzugehörigkeit zu den in Österreich verbliebenen Eltern bedürfe.

Im Ermittlungsverfahren vor der Abgabenbehörde zweiter Instanz gab der Vertreter des Bw. bekannt, der Bw. sei seit dem Jahr 2009 bei fünf unterschiedlichen Dienstgebern beschäftigt gewesen, habe infolge Arbeitslosigkeit Arbeitslosengeld und Notstandshilfe und infolge Krankheit Krankengeld bezogen. Von 1988 bis 1998 habe der Bw. zum Teil mit der Mutter seiner Tochter, Frau B., in Österreich in einem gemeinsamen Haushalt gelebt. 1998 sei Frau B. mit seiner Tochter nach Serbien gezogen, der Bw. selbst sei in Österreich verblieben und habe seine Tochter alle ein bis zwei Monate besucht. Der Bw. habe mit seiner ehemaligen Lebensgefährtin B. noch eine zweite Tochter, die 1992 geboren sei und die bis 1998 auch in Österreich gelebt und dann mit ihrer Mutter nach Serbien gezogen sei. Diese Tochter besuchte der Bw. ebenfalls alle ein bis zwei Monate.

Wenn der Bw. seine Kinder (sein Kind) in Serbien besucht habe bzw. besuche, besuche er gleichzeitig auch seine in Serbien lebenden Eltern und seine Freunde. Auch in Österreich habe der Bw. Freunde, die er manchmal mehrmals in der Woche treffe, manchmal wiederum mehrere Wochen nicht. Seit 2009 lebe der Bw. in keiner Partnerschaft.

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

Die Behörde legte ihrer Entscheidung folgenden Sachverhalt zu Grunde:

Der Bw. und seine Tochter A., geb. am xx.xx.xxxx, sind Staatsangehörige der Republik Serbien. Die Tochter ist seit 14. Jänner 2009 polizeilich am Wohnsitz ihres Vaters in W., H-Gasse, gemeldet.

Der Bw. ist im Besitz eines Niederlassungsnachweises, gültig vom 18.7.2004 bis 18.7.2014. Am 7. November 2006 heiratete er am Standesamt Wien-Brigittenau Frau PZ. Diese Ehe wurde mit Urteil vom 18.8.2008 wieder geschieden. Sein Mittelpunkt der Lebensinteressen ist in Österreich gelegen.

Die Tochter des Bw. verfügt über folgende Aufenthaltstitel:

Aufenthaltstitel Studierender, gültig vom 30.12.2008 bis 30.12.2009

Aufenthaltstitel Studierender, gültig vom 11.12.2009 bis 11.12.2010

Aufenthaltstitel Studierender, gültig vom 12.12.2010 bis 12.12.2011

A. legte am 23. Juni 2008 ihre Reifeprüfung in der Republik Serbien ab. Im Wintersemester 2008/09 begann sie das Studium der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften an der Wirtschaftsuniversität Wien und absolvierte im ersten Studienjahr am 25.2.2009 eine Lehrveranstaltungsprüfung im Ausmaß von 2 Semesterwochenstunden (3 ECTS). Im Wintersemester 2009/10 wechselte sie das Studium und begann mit dem Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien. Am 5.10.2010 legte sie eine Prüfung über lateinische Formenlehre und Syntax im Ausmaß von 3 Semesterwochenstunden (5 ECTS) ab. Sie hält sich ständig im Bundesgebiet auf.

Dieser Sachverhalt gründet sich auf die vom Bw. gemachten Angaben und vorgelegten Unterlagen, auf die Auskunft der Magistratsabteilung 35, hinsichtlich des Mittelpunktes der Lebensinteressen des Bw. und des ständigen Aufenthaltes der Tochter des Bw. auf die im Folgenden dargestellte Beweiswürdigung:

#### 1. Mittelpunkt der Lebensinteressen des Bw.

Eine Person hat den Mittelpunkt der Lebensinteressen in dem Staat, zu welchem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat. Im Zweifel ist lediglich ein Vergleich zwischen den Beziehungen zu den in Betracht kommenden Staaten zu ziehen. § 2 Abs. 8 FLAG 1967 verlangt nicht, dass die persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen ausschließlich Österreich gelten oder gar, dass der Mittelpunkt der Lebensinteressen für immer im Bundesgebiet beibehalten werden muss.

Der Bw. ist – wie ein Versicherungsdaten auszug bestätigt – seit 17. Oktober 1990 in Österreich mit Unterbrechungen als Arbeiter sozialversichert und bezieht in Zeiten der Nichtbeschäftigung Arbeitslosengeld bzw. Notstandshilfe. Im Jahr 2006 heiratete er am

---

Standesamt Wien-Brigittenau Frau PZ, auch seine Gattin war in den Jahren der aufrechten Ehe in Österreich nichtselbständig tätig. In Anbetracht dieser Umstände, vor allem der immer wieder vorliegenden nichtselbständigen Beschäftigung, war in freier Beweiswürdigung der Mittelpunkt der Lebensinteressen des Bw. in Österreich zu bejahen.

## 2) Ständiger Aufenthalt des Kindes

Bei der Frage des ständigen Aufenthaltes iSd § 5 Abs. 3 FLAG 1967 geht es nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes um objektive Kriterien, die nach den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2 BAO zu beurteilen sind. Diese Beurteilung hat auf das objektive Kriterium der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit abzustellen.

Die Tochter des Bw. ist seit Jänner 2009 gemeinsam mit ihrem Vater an der Adresse W., R-Straße, bzw. ab 23.3.2010 an der Adresse W., H-Gasse, polizeilich gemeldet. Sie begann im Wintersemester 2008/09 mit dem Studium an der Wirtschaftsuniversität Wien und legte am 25.2.2009 eine Prüfung ab. Im Wintersemester 2009/10 wechselte sie das Studium.

Angesichts dieser Umstände ist davon auszugehen, dass die Tochter des Bw. ab Jänner 2009 körperlich in Österreich anwesend war und ihren ständigen Aufenthalt in Österreich hatte.

Rechtliche Würdigung:

Gemäß § 3 Abs. 1 FLAG 1967 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 ein 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.

Nach § 8 NAG berechtigen folgende Aufenthaltstitel zu einem rechtmäßigen Aufenthalt in Österreich:

1. „Niederlassungsbewilligung“ für eine nicht bloß vorübergehende befristete Niederlassung im Bundesgebiet zu einem bestimmten Zweck (Abs. 2) mit der Möglichkeit, anschließend einen Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – EG“ (Z 3) zu erlangen;
2. Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ für die befristete Niederlassung mit der Möglichkeit, anschließend einen Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – Familienangehöriger“ (Z 4) zu erhalten;

---

3. Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – EG“ für die Dokumentation des unbefristeten Niederlassungsrechts, unbeschadet der Gültigkeitsdauer des Dokuments;

4. Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – Familienangehöriger“ für die Dokumentation des unbefristeten Niederlassungsrechts, unbeschadet der Gültigkeitsdauer des Dokuments;

5. „Aufenthaltsbewilligung“ für einen vorübergehenden befristeten Aufenthalt im Bundesgebiet zu einem bestimmten Zweck (§§ 58 bis 69 und § 72) mit der Möglichkeit, anschließend eine Niederlassungsbewilligung zu erlangen, sofern dies in diesem Bundesgesetz vorgesehen ist.

(2) Niederlassungsbewilligungen gemäß Abs. 1 Z 1 werden erteilt als:

1. „Niederlassungsbewilligung – Schlüsselkraft“, die zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, für die eine schriftliche Mitteilung oder ein Gutachten nach §§ 12 Abs. 4 oder 24 AuslBG erstellt wurde, berechtigt;
2. „Niederlassungsbewilligung – ausgenommen Erwerbstätigkeit“, die zur befristeten Niederlassung ohne Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt;
3. „Niederlassungsbewilligung – unbeschränkt“, die zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit und einer unselbständigen Erwerbstätigkeit gemäß § 17 AuslBG berechtigt;
4. „Niederlassungsbewilligung – beschränkt“, die zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer selbständigen und einer unselbständigen Erwerbstätigkeit, für die eine entsprechende Berechtigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz gilt, berechtigt;
5. „Niederlassungsbewilligung – Angehöriger“, die zur befristeten Niederlassung ohne Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt; die Ausübung einer Erwerbstätigkeit ist nur auf Grund einer nachträglichen quotenpflichtigen Zweckänderung erlaubt.

§ 9 NAG regelt die Dokumentation eines gemeinschaftsrechtlichen Aufenthalts- und Niederlassungsrechts für EWR-Bürger und von ihren Angehörigen.

Gemäß § 2 Abs. 8 FLAG 1967 haben Personen 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.

Entsprechend der Bestimmung des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufzuhalten, kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

Bei ausländischen Staatsangehörigen genügt ein inländischer Wohnsitz oder der gewöhnliche Aufenthalt im Inland für den Anspruch auf Familienbeihilfe nicht. Vielmehr besteht nur dann ein Anspruch, wenn die in § 3 FLAG 1967 angeführten Voraussetzungen vorliegen. Diese Personen haben ab 1. Jänner 2006 nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 NAG rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Wie dem Sachverhalt zu entnehmen ist, befindet sich der Bw. im Besitz eines Niederlassungsnachweises. Die in Entsprechung der Bestimmung des § 81 Abs. 2 NAG ergangene Durchführungsverordnung, BGBl II, 451/2005, regelt im § 11, dass der vor dem Inkrafttreten des geänderten Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes erteilte Niederlassungsnachweis als Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – EG“ weitergilt. Der Bw. verfügt daher im Streitzeitraum über einen gültigen Aufenthaltstitel und hält sich somit rechtmäßig im Sinne des § 8 NAG in Österreich auf.

Der Tochter wurden – beginnend mit 30.12.2008 – Aufenthaltsbewilligungen für Studierende erteilt. Auch sie verfügt damit im Streitzeitraum über einen gültigen Aufenthaltstitel und hält sich somit rechtmäßig im Sinne des § 8 NAG in Österreich auf.

Allein aus der Tatsache, dass ein Aufenthalt zu Ausbildungszwecken erfolgt, kann nicht abgeleitet werden, dass das den Bezug von Familienbeihilfe ausschließt. Die Frage des notwendigen Inlandsbezuges ist an Hand der Prüfung des Mittelpunktes der Lebensinteressen des Anspruchsberechtigten (§ 2 Abs. 8 FLAG 1967) sowie des ständigen Aufenthaltes des Kindes (§ 5 Abs. 3 FLAG 1967) zu beurteilen. Wie bereits oben ausgeführt, waren in freier Beweiswürdigung sowohl der Mittelpunkt der Lebensinteressen des Bw. als in Österreich gelegen als auch der ständige Aufenthalt der Tochter des Bw. in Österreich zu bejahen.

Gemäß § 2 Abs. 1 FLAG 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn ihre volljährige Kinder die in § 2 Abs. 1 lit b FLAG 1967 normierten Voraussetzungen erfüllen.

§ 2 Abs. 1 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 (FLAG) in der für den Berufungsfall maßgebenden Fassung lautet auszugsweise:

"§ 2. (1) Anspruch auf Familienbeihilfe haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder einen gewöhnlichen Aufenthalt haben,

....

b) 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 vorgesehene Studienzeit pro Studienabschnitt um nicht mehr als ein Semester oder die vorgesehene Ausbildungszeit um nicht mehr als ein Ausbildungsjahr überschreiten. Wird ein Studienabschnitt in der vorgesehenen Studienzeit absolviert, kann einem weiteren Studienabschnitt ein Semester zugerechnet werden....

Bei einem Studienwechsel gelten die in § 17 Studienförderungsgesetz 1992, BGBl. Nr. 305, angeführten Regelungen auch für den Anspruch auf Familienbeihilfe. Die Aufnahme als ordentlicher Hörer gilt als Anspruchsvoraussetzung für das erste Studienjahr. Anspruch ab dem zweiten Studienjahr besteht nur dann, wenn für ein vorhergehendes Studienjahr die Ablegung einer Teilprüfung der ersten Diplomprüfung oder des ersten Rigorosums oder von Prüfungen aus Pflicht- und Wahlfächern des betriebenen Studiums im Gesamtumfang von acht Semesterwochenstunden oder im Ausmaß von 16 ECTS-Punkten nachgewiesen wird. Der Nachweis ist unabhängig von einem Wechsel der Einrichtung oder des Studiums durch Bestätigungen der im § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannten Einrichtungen zu erbringen. Für eine Verlängerung des Nachweiszeitraumes gelten die für die Verlängerung der Studienzeit genannten Gründe sinngemäß."

Die ab 1. Jänner 2004 geltende Bestimmung des § 52 Universitätsgesetz 2002, BGBl. I Nr. 120/2002. lautet:

"Das Studienjahr besteht aus dem Wintersemester, dem Sommersemester und der lehrveranstaltungsfreien Zeit. Es beginnt am 1. Oktober und endet am 30. September des folgenden Jahres. Der Senat hat nähere Bestimmungen über Beginn und Ende der Semester und der lehrveranstaltungsfreien Zeit zu erlassen."

Die Tochter des Bw. hat das Studium der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften im Wintersemester 2008/09 begonnen und nach zwei Semestern die Studienrichtung gewechselt. Für das erste Studienjahr (vom Oktober 2008 bis September 2009) ist Voraussetzung für den Anspruch auf Familienbeihilfe lediglich die Aufnahme als ordentlicher Hörer. Da diese Voraussetzung erfüllt wurde, war der Anspruch auf Familienbeihilfe für die Monate April 2009 bis September 2009 zu bejahen, der angefochtene Abweisungsbescheid war daher insoweit aufzuheben.

Für den Zeitraum ab Oktober 2009 ist anzumerken, dass die Tochter des Bw. den im § 2 Abs. 1 lit b FLAG 1967 geforderten Nachweis von Prüfungen im Ausmaß von 8 Semesterwochenstunden nicht erbracht hat. Ab Oktober 2009 besteht daher kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

---

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 3. Mai 2011