

## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vom 10. August 2004 gegen den Bescheid des Finanzamtes Linz vom 2. August 2004 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für das Kind x, für die Zeit ab 1.7.2003 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Am 21.2.2004 beantragte die Berufungswerberin die Familienbeihilfe für ihren minderjährigen Sohn. Aus den vorgelegten Meldenachweisen geht hervor, dass die Berufungswerberin in Österreich in der Zeit von 10.7.1998 bis 27.1.1999 gemeldet gewesen ist. Sie sei dann nach "unbekannt" verzogen. Seit 1.8.2000 ist sie wieder in Österreich gemeldet (Zuzug von Belarus). Auf Anfrage des Finanzamtes teilte das zuständige Stadtamt mit, dass das Kind in der Zeit von 10.7.1998 bis 23.1.2001 beim Großvater gemeldet gewesen sei.

Mit Schreiben vom 14.6.2004 forderte das Finanzamt die Berufungswerberin auf, einen Nachweis über den ständigen Aufenthalt in Österreich von ihr und ihrem Sohn für die Zeit von 28.1.1999 bis 1.8.2000 zu erbringen.

Vorgelegt wurden zwei Meldebstätigungen, jedoch kein Meldenachweis über den geforderten Zeitraum.

Das Finanzamt wies den Antrag der Berufungswerberin auf Gewährung der Familienbeihilfe für ihr minderjähriges Kind mit Bescheid vom 2.8.2004 für die Zeit ab 1.7.2003 unter Hinweis auf § 3 Abs. 1 und 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 ab. Die Berufungswerberin sei

Staatsbürgerin der Republik Belarus/Weissrussland und habe sich in der Zeit von 10.7.1998 bis 27.1.1999 in Österreich aufgehalten. Seit 1.8.2000 halte sie sich nun nachweislich in Österreich auf. Seit 1.7.2002 sei die Berufungswerberin in Österreich selbstständig tätig. Da die Berufungswerberin keiner nichtselbständigen Arbeit nachgehe und sich noch keine sechzig Kalendermonate ununterbrochen in Österreich aufhalte - für den Zeitraum vom 28.1.1999 bis 31.7.2000 sei **kein** Nachweis über den Aufenthalt in Österreich vorgelegt worden - bestehet derzeit noch kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

Die dagegen eingebrachte Berufung wurde im Wesentlichen mit Hinweisen auf Asylanten, die nicht gearbeitet hätten und Familienbeihilfe beziehen würden bzw. auf ausländische Familien, die ebenfalls nach Scheidungen weiterhin Familienbeihilfe erhalten würden, begründet.

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

Gem. § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 in der im Berufungszeitraum geltenden Fassung 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.

Nach § 3 Abs. 2 FLAG 1967 in der anzuwendenden Fassung galt Abs. 1 unter anderem nicht für Personen, die sich seit mindestens sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten.

In Bezug auf § 3 Abs. 2 FLAG trifft es zu, dass der dort verwendete Begriff des "ständigen Aufenthaltes" dem Begriff "gewöhnlicher Aufenthalt" im Sinne des § 26 BAO entspricht. Nach § 26 Abs. 2 BAO hat jemand den gewöhnlichen Aufenthalt dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt. Um einen gewöhnlichen Aufenthalt aufrecht zu erhalten, ist aber 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 (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 7. Juni 2001, 98/15/0025).

Die Frage, ob der Zustand der örtlichen Nahebeziehung in der Bedeutung des längeren Aufenthaltes bei vorübergehenden, längeren oder kürzeren Abwesenheiten zu bestehen aufhört oder in seiner raumbezogenen Wesensart aufrecht bleibt, wird danach zu beurteilen

sein, ob aus den Umständen der Abwesenheit, ihrer Dauer, ihrer Wiederholung und der Entfernung, somit aus den Umständen des Einzelfalles auf den Rückkehrwillen geschlossen werden kann.

Im gegebenem Fall ist auf Grund der Betrachtung des Gesamtbildes allerdings davon auszugehen, dass der erst ca. sechs Monate andauernde (gewöhnliche) Aufenthalt der Berufungswerberin in Österreich durch ihren Auslandsaufenthalt in der Zeit von 28.1.1999 bis 31.7.2000 unterbrochen wurde, zumal selbst von der Berufungswerberin diesbezüglich nichts Gegenteiliges behauptet wurde. Zudem wurden gegen die Feststellungen des Finanzamtes bezüglich der Aufenthaltszeiten der Berufungswerberin keine Einwände erhoben.

Da sich die Berufungswerberin somit im Berufungszeitraum noch nicht seit mindestens sechzig Kalendermonaten in Österreich aufgehalten hat, sie unbestritten keiner nichtselbständigen Arbeit im Inland nachging und als Folge einer solchen Beschäftigung auch keine Bezüge aus einer gesetzlichen Krankenversicherung bezog, lagen aber die Anspruchsvoraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe für den minderjährigen Sohn der Berufungswerberin im Berufungszeitraum nicht vor.

Ergänzend wird noch auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 5.12.1996, B 2965/95 hingewiesen, in dem dieser zur gesetzlichen Bestimmung des § 3 Abs. 3 FLAG 1967 auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken dagegen hegt, dass für ein Kind, das die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt, die Familienbeihilfe nicht gewährt wird, wenn dessen Eltern die Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe nicht erfüllen.

Aus den angeführten Gründen war daher wie im Spruch zu entscheiden.

Linz, am 21. Juli 2006