



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des NZ, 1000Wien, vertreten durch Walpurga Schneider-Kolovratnik, Steuerberater, 1080 Wien, Piaristengasse 18/6, vom 12. November 2004 gegen den Bescheid des Finanzamtes 4/5/10 vom 13. Oktober 2004 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.) bekämpft die Abweisung eines Antrages auf Gewährung von Familienbeihilfe für seine Kinder NL (geb. 1993) und NM (geb. 2001) ab Mai 2004. Das Finanzamt begründete die Abweisung damit, dass nach Erhebungen des Finanzamtes bei den ungarischen Behörden der Anspruch auf die österreichische Familienbeihilfe gemäß der Verordnung (EWG) 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer nicht glaubhaft sei. Der Bw. begründete die Berufung wie folgt: "Nach meine Kenntnisse und Erkundungen steht mir die Familienbeihilfe zu. Nach diesem Brief folgend komme ich persönlich bei Ihnen vorbei, die Angelegenheit zu klären." Am 19. November 2004 wurde im Finanzamt eine Niederschrift folgenden Inhalts aufgenommen:

"Ich lebe ständig in Österreich und fahre ganz selten nach Ungarn, weil ich seit 2 Wochen in Österreich einen Kurs beim AMS besuche. Ich habe 2002 zweimal je zwei Wochen in Deutschland gearbeitet. Ich widerspreche daher den ungarischen Behörden, dass ich in Deutschland beschäftigt bin. Offensichtlich liegt eine Verwechslung vor. Meine Frau kommt

nach Schulende am Freitag nach Wien und bleibt bis Sonntag abends. Die ungarischen Behörden zahlen meiner geschiedenen Gatten keine Beihilfe seit 5/04, da sie mit mir im gemeinsamen Haushalt lebt und ich auf Grund meiner Einkünfte in Österreich dort Anspruch auf Familienbeihilfe habe. Wir wollen, dass L in Ungarn ungarisch unterrichtet wird. M hat eine Allergie und wird in Ungarn behandelt. Deshalb lebt meine Familie unter der Woche nicht bei mir in Wien." An selben Tag wurde mit der Ex-Frau des Bw. ebenfalls eine Niederschrift mit folgendem Inhalt aufgenommen:

"Ich, ON wohne seit Oktober 2004 mit beiden Kindern in Ungarn. Mein geschiedener Gatte lebt in Österreich. Ich komme nur am Wochenende nach Österreich, um meinen geschiedenen Mann zu besuchen. L besucht in Ungarn die Schule. Ich erhalte keine Sozialleistung bzw. Einkünfte aus Ungarn. Ich wohne mit meinen Kindern in Sopron."

Die Berufung wurde mit Berufungsvorentscheidung abgewiesen, welche wie folgt begründet wurde:

"Haushaltszugehörigkeit ist u.a. dann gegeben, wenn bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit einer Person geteilt wird. Da lt. Aktenlage die Ehe am 19.3.2002 geschieden wurde, die Obsorge hinsichtlich der mj. Kinder LN, geb. 1993 und MN, geb. 2001 der Kindesmutter ON, geb. 1965 übertragen wurde, untermauert der Umstand allein, dass die Kindesmutter Wochenendbesuche beim Kindesvater abstattet, noch keine Haushaltszugehörigkeit.

Im Übrigen darf auf Ihre Willensäußerung ("Ich beanspruche den Unterhaltsabsetzbetrag für folgende nicht haushaltszugehörige Kinder...) zur Arbeitsnehmerveranlagung für die Jahre 2002 und 2003 hingewiesen werden, wobei der Unterhaltsabsetzbetrag beantragt und zuerkannt wurde."

Daraufhin wurde von der steuerlichen Vertretung des Bw. ein Vorlageantrag eingebracht, welcher nicht weiter begründet wurde. In der Folge wurde am 8. November 2005 eine Niederschrift mit dem Bw. folgenden Inhalts aufgenommen:

"Herr N spricht vor und bekräftigt den gemeinsamen Haushalt. Die Kindesmutter ist seit 19.10.2004 wieder mitversichert, die Kinder waren nach der Scheidung weiter mitversichert. In Ungarn existiert kein gemeinsamer Haushalt, es kann keine gemeinsame Anmeldung erbracht werden, da die Arbeitslose lt. Herrn N bei einer Anmeldung in Ungarn unterbrochen werden würde-während der Zeit des Bezuges des Arbeitslosengeldes ist ein ständiger Aufenthalt in Österreich erforderlich. M hat eine Lebensmittelallergie und ist Diät einzuhalten, was in Ungarn zur Zeit günstiger ist und daher ist der Aufenthalt in Ungarn gegeben. Bei einem Wohnsitzwechsel nach Österreich würde L bei der Großmutter bleiben, die auch im selben ungarischen Haushalt wohnt."

In der Folge wurde ein Schreiben der WGKK betreffend Anspruchsberechtigung auf Leistungen für Frau ON vom 19.10.2004 vorgelegt.

Der im Akt aufliegende Beschluss des Staatshaushaltsamtes für das Komitat Győr-Moson-Sopron, Büro für Familienunterstützung und soziale Versorgung vom 19. Jänner 2005 für NO lautet:

"Die Auszahlung der Familienzulage wird eingestellt.

... Begründung:

Uns gelang zur Kenntnis, dass ihr Ehepartner NZ in einem Mitgliedsstaat der Europäischen Union (Österreich) Arbeitnehmer ist.

Aufgrund des Paragraphen 36 des Gesetzes LXXXIV vom Jahre 1998 Absatz (2) Ziffer c.) über Familienunterstützung wird unser Büro für Familienunterstützung und soziale Versorgung die Auszahlung der Familienzulage mangels Zuständigkeit ab 05.2004 einstellen. Nachdem Ungarn seit dem 1. Mai 2004 Mitglied der Europäischen Union ist, deshalb sind die Vorschriften der Anordnung 1408/71/EGK über die Anwendung der sozialen Sicherheitssysteme sowie die der Anordnung Nr. 574/712/EGK über deren Vollstreckung auch bezüglich von Arbeitnehmern und deren Familienangehörigen verbindlich anzuwenden. Im Sinne der Anordnung dürfen die sich innerhalb der Gemeinschaft bewegendenden Arbeitnehmer nur zum Sozialversicherungssystem eines einzigen Mitgliedsstaates gehören. Im Sinne der Koordinationsverordnungen der EU ist Österreich bezüglich der Familienversorgungen der zuständige Staat, und NZ ist in Österreich zu den gemäß dem österreichischen nationalen Recht zuständigen Familienversorgungen berechtigt, da er dort Verdiensttätigkeit ausübt und seine Ehefrau (NO , geb. 1965, Name der Mutter: GE) über kein Versicherungsverhältnis verfügt. Mein vorliegender Beschluss beruht auf § 36 Absatz (2) Ziffer c.) des Familiengesetzes."

Über die Berufung wurde erwogen:

Aus rechtlicher Sicht ist folgendes auszuführen.

Gemäß § 2 (1) Familienlastenausgleichsgesetz 1967 haben Personen Anspruch auf Familienbeihilfe, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben.

Die Verordnung EWG Nr. 1408/71 des Rates vom 14.6.1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern idgF (VO EWG 1408/71) ist auf ungarische Staatsbürger seit 1. Mai 2004 (Beitritt Ungarns zur EU) grundsätzlich unmittelbar und ungeachtet allenfalls entgegenstehender inländischer Rechtsvorschriften anwendbar. Siehe dazu Urteil des OGH vom 17.2.2005, ZI OGH 6 Ob 263/04a:

"...Mit dem EU-Erweiterungs-Anpassungsgesetz, BGBl I 2004/28, hat Österreich den Beitritt der neuen MS umgesetzt und von der vertraglichen Möglichkeit Gebrauch gemacht, die AN-Freizügigkeit für die neuen EU-Staatsbürger einzuschränken. Für Staatsangehörige der neu beigetretenen Staaten (mit Ausnahme Maltas und Zypern) wird in § 32a Abs 1 AuslBG normiert, dass sie nicht unter die Ausnahme für EWR-Bürger (§ 1 Abs 2 lit 1 AuslBG) fallen. Für polnische Staatsangehörige besteht daher grundsätzlich Bewilligungspflicht nach dem AuslBG. Aufgrund des Beitrittsvertrages muss ihnen jedoch freier Zugang zum Arbeitsmarkt gewährt werden, wenn sie am Tag des Beitritts oder nach dem Beitritt rechtmäßig im Bundesgebiet beschäftigt sind und ununterbrochen mind 12 Monate zum Arbeitsmarkt zugelassen waren (...). Darüber hinaus ist der AN privilegiert, der die Voraussetzung für einen Befreiungsschein nach § 15 AuslBG erfüllt und wer seit fünf Jahren im Bundesgebiet dauernd niedergelassen ist und über ein rechtmäßiges Einkommen aus erlaubter Erwerbstätigkeit verfügt. ... Wenn sich ein polnischer Staatsbürger in Österreich als AN im dargelegten Sinn erlaubterweise aufhält, sind auf ihn und seine Angehörigen die in der oberstgerichtlichen zur Rsp zur WanderAN-VO entwickelten Grundsätze anzuwenden ..."

Gemäß Artikel 1 der VO EWG 1408/71 ist "Arbeitnehmer" oder "Selbständiger" ua jede Person, die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den Zweigen eines Systems der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer oder Selbständige oder einem Sondersystem für Beamte erfasst werden, pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist.

Art 2 VO EWG 1408/71 lautet:

"Diese Verordnung gilt für Arbeitnehmer und Selbständige ..., für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, soweit sie Staatsangehörige eines Mitgliedstaats sind..., sowie für deren Familienangehörige und Hinterbliebene."

Gemäß Artikel 3 der VO EWG 1408/71 haben Personen, die im Gebiet eines Mitgliedsstaats wohnen und für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten auf Grund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats, wie die Staatsangehörigen dieses Staates, soweit besondere Bestimmungen dieser Verordnung nicht anderes vorsehen.

Gemäß Artikel 4 der VO EWG 1408/71 gilt diese Verordnung für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, ua die die Familienleistungen betreffen.

Artikel 13 der VO EWG 1408/71 bestimmt:

"(1) ... Personen, für die diese Verordnung gilt, [unterliegen] den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Welche Rechtsvorschriften diese sind, bestimmt sich nach diesem Titel."

(2)...a) Eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats abhängig beschäftigt ist, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Staates, und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnt ...;

Artikel 73 der VO EWG 1408/71 über Arbeitnehmer oder Selbständige, deren Familienangehörige in einem anderen Mitgliedstaat als dem zuständigen Staat wohnen, sieht vor:

"Ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegt, hat ... für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des ersten Staates, als ob diese Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnten."

Nach der Entscheidung des EuGH v 24.2.2005, ZI C-543/03, ist Arbeitnehmer oder Selbständiger iSd VO EWG 1408/71, wer auch nur gegen ein einziges Risiko im Rahmen eines allgemeinen oder besonderen System der sozialen Sicherheit pflichtversichert oder freiwillig versichert ist, und zwar unabhängig vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses.

Der Arbeitnehmerbegriff der VO EWG 1408/71 hat nämlich einen gemeinschaftsspezifischen Inhalt und wird vom EuGH sozialversicherungsrechtlich und nicht arbeitsrechtlich definiert. Demnach ist jede Person als Arbeitnehmer bzw. Selbständiger anzusehen, die, ob sie eine Erwerbstätigkeit ausübt oder nicht, die Versicherteneigenschaft nach den für die soziale Sicherheit geltenden Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten besitzt.

Entscheidend ist lediglich, ob jemand in einem für Arbeitnehmer oder Selbständige geschaffenen System der sozialen Sicherheit pflicht- oder freiwillig versichert ist.

Die genannte Verordnung ist auch sachlich anwendbar, da die Familienbeihilfe unzweifelhaft unter den Begriff der "Familienleistungen" iSd VO EWG 1408/71 fällt.

§ 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) lautet auszugsweise:

(1) Anspruch auf Familienbeihilfe haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben,

a) für minderjährige Kinder, ...

(2) Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind hat die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.

(3) Im Sinne dieses Abschnittes sind Kinder einer Person

a) deren Nachkommen,

b) deren Wahlkinder und deren Nachkommen,

c) deren Stiefkinder,

d) deren Pflegekinder (§§ 186 und 186a des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches)

....

(5) Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltszugehörigkeit gilt nicht als aufgehoben, wenn

a) sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält, ...

Aus § 2 Abs. 2 FLAG leitet sich ab, dass der Anspruch auf Familienbeihilfe in zwei Stufen zu prüfen ist (vgl. VwGH 16.2.1988, 85/14/0130 in *ÖStZB* 1988, 392):

- Primär hat die Person Anspruch auf Familienbeihilfe, zu deren Haushalt ihr Kind gehört.
- Nur dann, wenn das Kind zu keinem Haushalt einer anspruchsberechtigten Person gehört, ist die Frage der Kostentragung relevant. Nur in diesem Fall steht nämlich die Familienbeihilfe der Person zu, die die Kosten des Unterhalts überwiegend trägt.

Ein Kind, das sich außerhalb der gemeinsamen Wohnung der Familie aufhält, gilt solange als zum Haushalt einer Person gehörig, solange der anderweitige Aufenthalt des Kindes nur ein "vorübergehender" ist. Die Ausdrucksweise des Gesetzes lässt erkennen, dass die Abwesenheit von der entstandenen Wohnungsgemeinschaft nur eine

- zeitlich beschränkte sein darf und
- diese zeitliche Beschränkung nicht lange Zeit dauern darf.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Judikatur ausspricht, kommt einer Berufungsvorentscheidung (BVE) Vorhaltscharakter zu (z.B. Erkenntnis vom 24.1.1996, 93/13/0237, 0238; 23.5.1996, 94/15/0024; 22.9.2000, 98/15/0148; zuletzt vom 2.6.2004, 2003/13/0156). Tritt nun der Berufungswerber den in der BVE (erstmalig) getroffenen Feststellungen nicht entgegen, so kann die Abgabenbehörde von deren Richtigkeit ausgehen (vgl. VwGH vom 25.1.2001, 98/15/0108 und 30.4.2003, 99/13/0251).

Der Bw. behauptet nicht, dass seine Kinder im streitgegenständlichen Zeitraum zu seinem Haushalt gehört hätten. Er gibt vielmehr an, dass seine Familie unter der Woche nicht bei ihm in Wien lebe. Auf die Wochenendbesuche seiner Ex-Gattin bei ihm kommt es im vorliegenden Fall nicht an, zumal nicht einmal behauptet wurde, dass ihn auch die Kinder in Österreich besuchen würden. Ebenso kommt es auf Mitversicherung seiner Ex-Gattin bzw. der Kinder nicht an. Die Abgabenbehörden haben von Amts wegen die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zu ermitteln, die für die Abgabepflicht und die Erhebung der Abgaben wesentlich sind. Diese amtswegige Ermittlungspflicht tritt allerdings dann in den Hintergrund, wenn die Behörde nur auf Antrag tätig wird (*Ritz*, BAO³, § 115 Tz 11).

Im konkreten Fall steht fest, dass die Kinder des Bw. in Ungarn leben, da die Eltern wollen, dass die Tochter in Ungarn ungarisch unterrichtet wird und der Sohn eine Allergie hat und in Ungarn behandelt wird.

Der Unabhängige Finanzsenat sieht es somit als erwiesen an, dass sich die Kinder des Bw. ständig im Ausland aufhalten und nicht zum Haushalt des Vaters im Inland gehören.

Wie schon erwähnt kommt der Höhe der Unterhaltszahlungen nur dann Bedeutung zu, wenn ein Kind nicht dem Haushalt eines Anspruchsberechtigten angehört. Liegt eine Haushaltszugehörigkeit vor, fehlt diesen Zahlungen die rechtliche Relevanz.

Die Frage, ob für einen bestimmten Zeitraum Familienbeihilfe zusteht, ist anhand der rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten im Anspruchszeitraum zu beantworten (VwGH 29.9.2004, 2000/13/0103 mwN), wobei der gesetzlich festgelegte Anspruchszeitraum für die Familienbeihilfe der Monat ist (§ 10 Abs. 2 und 4 FLAG). Das Bestehen des Familienbeihilfenanspruches für ein Kind ist damit ständig neu zu beurteilen und kann je nach dem Eintritt von Änderungen der Sach- und/oder Rechtslage von Monat zu Monat variieren (siehe etwa VwGH 29.9.2004, 2000/13/0103). Da die Familienbeihilfe für ein Monat nicht geteilt werden kann und nur einmal pro Monat (§ 10 Abs. 4 FLAG) an eine einzige Person (§ 7 FLAG) gewährt werden kann, ist zu beurteilen, wer diese Person ist. Der Anspruch auf Familienbeihilfe setzt nämlich voraus, dass nicht jemand anderer zu deren Bezug berechtigt ist.

Im konkreten Fall kam der Unabhängige Finanzsenat zum Schluss, dass die Kinder im Streitzeitraum dem Haushalt der Mutter angehörten. Somit kommt es im vorliegenden Fall vorrangig auf die Haushaltszugehörigkeit der Kinder, nicht jedoch darauf an, dass der Bw. in Österreich beschäftigt war. Darüber hinaus ist festzustellen, dass der vorgelegte Beschluss des Büros für Familienunterstützung und soziale Versorgung in Győr/Ungarn vom 19.1.2005 offensichtlich davon ausgeht, dass der Bw. noch immer Ehepartner der Kindesmutter ist. Da jedoch laut Aktenlage die Ehe des Bw. am 19.3.2002 geschieden wurde, geht dieser Beschluss folglich von falschen Voraussetzungen aus und ist somit auch nicht ausgeschlossen, dass die geschiedene Ehefrau des Bw. in Ungarn Anspruch auf Familienleistungen hat.

Die Berufung war deshalb als unbegründet abzuweisen.

Wien, am 21. Februar 2007