



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der bw, vertreten durch vt, vom 27. April 2010 gegen den Bescheid des Finanzamtes s1 vom 25. März 2010 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab 1. Jänner 2010 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Mit Bescheid vom 25. März 2010 wurde der Antrag der Kindesmutter betreffend Gewährung der Familienbeihilfe ihres namentlich genannten Kindes für den Zeitraum ab 1. Jänner 2010 mit folgender Begründung abgewiesen:

„Die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 regelt, welcher Mitgliedstaat für ein und denselben Zeitraum für ein und denselben Familienangehörigen vorrangig zur Gewährung der im jeweiligen Hoheitsgebiet vorgesehenen Familienleistungen verpflichtet ist. Vorrangig muss grundsätzlich jener Mitgliedstaat die Familienleistungen gewähren, in dem eine Erwerbstätigkeit ausgeübt wird. Sind die Elternteile in verschiedenen Mitgliedstaaten erwerbstätig, trifft die vorrangige Verpflichtung zur Gewährung der Familienleistungen jenen Mitgliedstaat, in dessen Gebiet die Familienangehörigen wohnen. Sind die Familienleistungen im anderen Mitgliedsstaat höher, besteht dort gegebenenfalls ein Anspruch auf Gewährung des Differenzbetrages (Artikel 76 Absatz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 in Verbindung mit Art. 10 der DVO 574/72).

Wird in jenem Mitgliedstaat, der vorrangig zur Gewährung von Familienleistungen verpflichtet ist, kein Antrag gestellt, so kann der andere Mitgliedsstaat dennoch jene Leistungen, die bei Antragstellung gewährt worden wären, bei der Berechnung der Differenzzahlung berücksichtigen (Artikel 76 Absatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71).

Da Ihr Gatte in I1 eine berufliche Tätigkeit ausübt und Sie nicht erwerbstätig sind, würde bei einem ständigen Aufenthalt des Kindes ein vorrangiger Anspruch auf Familienleistungen in I1 bestehen.

Gemäß § 5 Abs. 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

n1 besucht seit September 2009 die Schule in s2. Sie führen als Familienwohnsitz eine Adresse in s2 an. Auch Ihr Gatte übt laut dem Antrag eine selbständige Tätigkeit in I1 aus. Somit hält sich n1 seit September 2009 in I1 auf."

Mit Schriftsatz vom 27. April 2010 berief die rechtliche Vertretung rechtzeitig gegen obgenannten Bescheid und führte hiezu aus, dass entgegen der Rechtsauffassung des Finanzamtes der Umstand, dass der Sohn der Berufungswerberin (Bw) seit September 2009 in I1 die Schule besucht, die Bw sowie ihr Gatte in s2/I1 wohnen und der Gatte in I1 selbständig tätig ist, nicht die Voraussetzungen für die Abweisung des Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab Jänner 2010 begründen würde. Zumal sich der Sohn der Bw in I1 lediglich zu Zeiten des Schulbetriebes und in der schulfreien Zeit (Weihnachtsfeiertage usw.) regelmäßig wiederum in Österreich aufhalten würde. Daraus folge, dass die Abweisung des Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab Jänner 2010 zu Unrecht erfolgt sei. Das Finanzamt lasse völlig unberücksichtigt, dass für den Fall, dass der Mitgliedstaat I1 vorrangig zur Gewährung von Familienleistungen verpflichtet wäre, was ausdrücklich bestritten werde, das Finanzamt jedenfalls den Differenzbetrag resultierend aus der seitens des Mitgliedstaates I1 zu gewährenden Familienleistungen im Verhältnis der seitens des Mitgliedstaates Österreich zu gewährenden Familienleistungen jedenfalls zu gewähren habe.

Mit Schriftsatz vom 27. Dezember 2009 gab die Bw an, dass sie aufgrund beruflicher Verpflichtungen ihres Ehemannes im Ausland sogenannte Pendler seien und keinen festen Wohnsitz im Ausland hätten und sie sich nur in der Zeit des Schulbesuches im Ausland aufhalten würden. Sie seien nachweislich meist 14tägig ein- und ausgereist. Somit halte sie wiederholt fest, dass sich der Hauptwohnsitz an der genannten Adresse in Österreich befindet. Der Sohn der Kindesmutter besuche in s2 die e Schule solange der Arbeitsvertrag des Vaters gilt. Derzeit sei dies nur bis zu den Semesterferien vorgesehen. Der Sohn sei in

Österreich geboren, habe die Kinderkrippe und den Kindergarten sowie die erste und zweite Klasse der Volksschule in o1 besucht.

Mit Ersuchen um Ergänzung vom 21. September 2010 wurden vom Finanzamt folgende Punkte angesprochen:

„Schulnachricht/Jahreszeugnis von n1 vom Schuljahr 2009/2010 (auch Halbjahreszeugnis);
Schulbestätigung von n1 vom Schuljahr 2010/2011;

Das EU-Formular E 401 ist von der gr Meldebehörde zu bestätigen;

Meldebestätigung von Ihnen, Ihrem Gatten und n1 mit der Angabe, seit wann Ihre Familie einen Wohnsitz in l1 hat;

Tätigkeitsnachweis Ihres Gatten in l1 (Name und Ort des Betriebes, Gewerbeanmeldung in l1, Dauer der selbständigen Tätigkeit in l1);

Sie werden gebeten, die zuständige Stelle für Familienleistungen in l1 dem Finanzamt bekanntzugeben, damit das Finanzamt ein EU-Formular E 411 an diese Stelle senden kann.

Sie und Ihre Familie haben sowohl in Österreich als auch in l1 einen Wohnsitz. Es ist daher nachzuweisen, wo sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen haben.

Es ist nachzuweisen, wie oft Sie und Ihre Familie sich seit September 2009 in Österreich aufgehalten haben.“

Mit Schriftsatz vom 18. Oktober 2010 gab die Bw wie folgt bekannt:

„Wir, n2, n3, n1 nn1 haben den Hauptwohnsitz hws. Nach l1 Recht gilt, dass mein Gatte n3, sowie mein Sohn n1 ein sogenanntes Zertifikat für längeren Aufenthalt erhalten. Dabei ist keine zwingende Anmeldung mehr erforderlich, somit sind n3 als auch n1 nur in o1 gemeldet.

Ich, als ga Staatsbürger, bin automatisch durch die sogenannte „ca“ berechtigt und gemeldet in l1. Damit ist mein Hauptwohnsitz in o1, und mein Zweitwohnsitz an meinem Geburtsort.

Ich betreibe in l1 ein kleines Büro für pd, sowie eine kleine Firma für t-Veranstaltungen.

Bei Bedarf hilft mir mein Gatte im Rahmen eines Werkvertrages bei diversen Geschäften aus. Dafür ist er selbst steuerpflichtig und muss seine Privatversicherung daraus bezahlen. Ebenfalls versucht er im Rahmen eines Werkvertrages Einfamilienhäuser in l2 zu errichten.

Wir halten ausdrücklich fest, dass wir unseren Lebensmittelpunkt in l2 sehen, dies beweist auch, dass wir uns nicht mehr als 200 Tage in l1 aufhalten.

Es ist geplant, sollte mein Gatte einen seiner Ausbildung entsprechenden Job finden wieder ganz nach I2 zurückzukehren.

Jedenfalls ist nicht nachvollziehbar, dass der österreichische Staatsbürger mit Hauptwohnsitz in o1, n1 nn1, keine Kinderbeihilfe bekommen soll.

Auch bei Nachfrage im Außenministerium konnte mir niemand diesen Umstand erklären. Ich hoffe nun, soweit alle Fragen beantwortet zu haben, erwarte umgehend die Überweisung des nun offenen Betrages auf mein Konto der Hypobank in o2."

Dem Schreiben sind folgende Unterlagen angeschlossen:

Handelsregistrauszug der Firma „ka“ ab 17. Dezember 2009;

Bestätigung der Haushaltsgemeinschaft vom 27. Oktober 2010;

Zeugnisse der Grundschule 1. und zweites Halbjahr 2009/2010;

Eine Kopie des Personalausweises der Kindesmutter;

Schulvertrag No 145;

Bestätigung der Firma fn vom 25. Oktober 2010, in welcher angeführt wird, dass für die Familie zwischen September 2009 und Oktober 2010 jeden Monat eine und in manchen Monaten sogar zwei Reisen von s2 nach s3 und zurück gebucht werden durften. Als Reisetermine wurden folgende Daten angeführt: 7. bis 13. Oktober 2009, 23. Oktober bis 3. November 2009, 9. bis 12. Dezember 2009, 18. Dezember 2009 bis 9. Jänner 2010 (Weihnachten);

Im Akt befindet sich noch folgender Aktenvermerk:

„laut Vorsprache vom 3. Jänner 2010 ist Herr nn1 in I1 als Konsulent tätig; Einkommen von Herrn nn1 wird in I1 versteuert, ebenso das Einkommen von nn1 n2. Die Aufenthalte der Antragstellerin in Österreich würden mit Flugtickets nachgewiesen werden, ebenso würde eine Schulbestätigung mit den Schul- bzw. Ferienzeiten vorgelegt werden. Frau nn1 hat einen Wohnsitz in I1 und o1. Herr nn1 hat in I1 keinen Wohnsitz, da er sich nicht mehr als 180 Tage in I1 aufhält. Dasselbe trifft auch auf den Sohn n1 zu. Herr nn1 wird einen Antrag auf FB in I1 stellen.“

Im Schriftsatz vom 5. April 2011 gibt die Bw an, dass laut Gespräch sämtliche Unterlagen beim Sozialamt in I1 eingegeben worden seien. Wie schon mehrmals mitgeteilt, habe sie als auch ihr Gatte keine Möglichkeit, die Kinderbeihilfe in I1 zu erhalten. Einmal sei ihr Sohn mit

Hauptwohnsitz in o1 gemeldet und die Gesetzeslage sei in l1 anders, da selbständig Tätige keine Kinderbeihilfe erhalten.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 5. Mai 2011 wurde die Berufung als unbegründet abgewiesen und wie folgt ausgeführt:

„Das Finanzamt hat nach Wiedergabe der bezughabenden Artikel der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 den von Ihnen eingebrachten Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe für Ihren Sohn ab 1. 1. 2010 abgewiesen und dazu begründend ausgeführt, dass Ihr Ehegatte in l1 eine berufliche Tätigkeit ausübe und Sie selbst nicht erwerbstätig seien. Durch den Schulbesuch von n1 in l1 sei von einem ständigen Aufenthalt des Kindes in l1 auszugehen und damit bestehe ein vorrangiger Anspruch auf familienbezogene Leistungen in l1. Da n1 seit September 2009 die Schule in l1 besuche und Sie in Ihrem Antrag als Familienwohnsitz eine Adresse in l1 angeben, sei spruchgemäß zu entscheiden.

Dagegen haben Sie rechtzeitig das Rechtsmittel der Berufung eingelegt und dazu zusammengefasst begründend ausgeführt, dass entgegen der Rechtsauffassung des Finanzamtes s1 der Umstand, dass n1 seit September 2009 in l1 die Schule besuche, Sie als auch Ihr Gatte in l1 selbständig tätig seien, einen ununterbrochenen Anspruch auf Familienbeihilfe in Österreich begründen würde. Dies deshalb, weil sich n1 lediglich zu Zeiten des Schulbetriebes in l1 aufhalte, sich jedoch in der schulfreien Zeit (Weihnachtsfeiertage usw.) regelmäßig in Österreich aufhalte. Das Finanzamt lasse in seiner Entscheidung völlig unberücksichtigt, dass für den Fall, dass der Mitgliedstaat l1 vorrangig zur Gewährung von Familienleistungen verpflichtet wäre, was ausdrücklich bestritten wird, das Finanzamt s1 den Differenzbetrag resultierend aus der seitens des Mitgliedstaates l1 zu gewährenden Familienleistungen im Verhältnis der seitens des Mitgliedsstaates Österreich zu gewährenden Familienleistungen, auf alle Fälle auszubezahlen hätte.

Aus dem Akt ergeben sich noch folgende zusätzliche Sachverhaltsfeststellungen: Mit Schreiben vom 18.10.2010 haben Sie über Ihren (damaligen) steuerlichen Vertreter folgendes mitgeteilt:

Wir, n2, n3 und n1 nn1 haben den Hauptwohnsitz hws. Nach lu Recht gilt, dass mein Gatte n3, sowie mein Sohn n1 ein sogenanntes Zertifikat für einen längeren Aufenthalt erhalten. Dabei ist keine zwingende Anmeldung mehr erforderlich, somit sind n3 als auch n1 nur in o1 gemeldet. Ich als ga Staatsbürger bin automatisch durch die sog. "ca" berechtigt und gemeldet in l1. Damit ist mein Hauptwohnsitz in o1, und mein Zweitwohnsitz an meinem Geburtsort. Ich betreibe in l1 ein kleines Büro für pd, sowie eine kleine Firma für t-Veranstaltungen. Bei Bedarf hilft mir mein Gatte im Rahmen eines Werkvertrages bei diversen

Geschäften aus. Dafür ist er selbst steuerpflichtig und muss seine Privatversicherung daraus bezahlen. Ebenfalls versucht er im Rahmen eines Werkvertrages Einfamilienhäuser in I2 zu errichten. Wir halten ausdrücklich fest, dass wir unseren Lebensmittelpunkt in I2 sehen, dies beweist auch, dass wir uns nicht mehr als 200 Tage in I1 aufhalten. Es ist geplant, sollte mein Gatte einen seiner Ausbildung entsprechenden Job finden wieder ganz nach I2 zurückzukehren.

Diesem Schreiben haben Sie das „ct“ ausgestellt am 08.01.2010 und gültig bis 28.08.2013 Ihres Ehegatten in Fotokopie sowie die Zeugnisse von n1 der ue Schule in s2 des Schuljahres 2009/10 vorgelegt. Im Schulvertrag vom 21.06.2010 für das Schuljahr 2010/11 unterschrieben von Ihrem Ehegatten wird als seine Wohnadresse (Wohnsitz der Familie in I1) die Adresse adr1 angeführt. In diesem Konvolut ist auch eine Bestätigung eines gr Reisebüros enthalten, in dem bestätigt wird, dass dieses Büro für die Familie nn1 zwischen September 2009 und Oktober 2010 jeden Monat eine, und in manchen Monaten sogar zwei Reisen von s2 nach s3 und zurück buchen durfte. Dieser Bestätigung haben Sie (geschrieben mit einer anderen Schreibmaschine) eine Tabelle mit den Aufenthalten der Familie in Österreich, beigefügt, aus der hervorgeht, dass die Anreisen bzw. Rückreisen nach Österreich (fast) immer auf Werktage fallen, an denen der Sohn n1 eigentlich die Schule besuchen müsste (It. (Halbjahres)Zeugnis vom 20.01.2010 war n1 nur 7 Tage entschuldigt von der Schule abwesend; 0 Tage unentschuldigt - im gesamten Schuljahr It. Jahreszeugnis waren es nur 11 Tage).

Der Kindesvater Herr nn1 hat am 03.01.2010 persönlich beim Finanzamt s1 vorgesprochen und dabei bekannt gegeben, dass er als Konsulent in I1 tätig sei und sein Einkommen in I1 versteuern würde. Ebenso würde seine Ehegattin das eigene Einkommen in I1 versteuern. Die Aufenthalte der Familie würden durch noch vorzulegende Flugtickets nachgewiesen werden; ebenso die Ferien- und Schulzeiten des gemeinsamen Kindes n1. Sowohl er als auch n1 würden keinen Wohnsitz in I1 haben, da sich beide nicht mehr als 180 Tage in I1 aufhalten würden (das Finanzamt hat mit seiner Entscheidung auf diese versprochenen Unterlagen gewartet und so ist es zum Devolutionsantrag gekommen).

Aus dem Akt des Kindesvaters (Abgabensicherung) geht hervor, dass das Konkursgericht (Privatkonkurs) seit September 2009 die Anträge der Gläubiger nicht zustellen konnte bzw. Herr nn1 im Jahre 2010 (und davor) gegenüber der Post eine Ortsabwesenheitserklärung abgegeben hat.

Aus dem Besitzsteuerakt von Herrn nn1 ergibt sich eindeutig, dass für das Jahr 2009 eine Gewinn- und Verlustrechnung nur für den Zeitraum 01.01.2009 - 30.09.2009 beim Finanzamt abgegeben worden ist (vorher kein abweichendes Wirtschaftsjahr!), bevor Herr nn1 mit

05.11.2009 sein technisches Büro in o1 endgültig aufgegeben hat; d.h. der Kindesvater hat seine Erwerbstätigkeit in Österreich spätestens mit 30.09.2009 aufgegeben. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass der ausgewiesene Steuerberater im November 2009 dem Finanzamt schriftlich mitgeteilt hat, dass Herr nn1 seine monatlichen Leistungsrechnungen aufgrund seiner selbständigen Tätigkeit an die Fa. "fn2" in s2/l1 stelle. Im Akt befindet sich noch ein Antrag für eine Ansässigkeitsbestätigung vom 05.12.2007 von Herrn nn1, wonach dieser für technische Beratungsleistungen für die Fa. "fn3 in s2 erbringe und für diese ausländischen Einkünfte eine Entlastung von der Besteuerung beantragt.

Im Antrag auf Zuerkennung von Familienbeihilfe vom 08.03.2010 wurde als Familienwohnsitz eine Adresse in l1 angegeben. Für Zeiträume nach dem 30.09.2009 wurde von Herrn nn1 dem Finanzamt keine Erwerbstätigkeit in Österreich gemeldet.

Aus den Sozialversicherungsauszügen ergibt sich, dass der Kindesvater vom 01.08.2006 - 30.11.2009 seine Sozialversicherungsbeiträge nicht bezahlt hat und die Kindesmutter in Österreich nie erwerbstätig gewesen ist.

Nach § 2 Abs. 1 lit. a des Familienlastenausgleichsgesetzes (FLAG 1967) haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, für in Ausbildung befindliche Kinder Anspruch auf Familienbeihilfe. Nach Abs. 2 leg. cit. hat jene Person Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind, 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.

§ 4 Abs 1 FLAG 1967 normiert, dass Personen, die Anspruch auf eine gleichartige Beihilfe haben, keinen Anspruch auf österreichische Familienbeihilfe haben.

In § 4 Abs 2 FLAG 1967 ist vorgesehen, dass österreichische Staatsbürger, die gemäß Abs 1 und § 5 Abs 5 vom Anspruch auf Familienbeihilfe ausgeschlossen sind, eine Ausgleichszahlung erhalten, wenn die Höhe der gleichartigen ausländischen Beihilfe, auf die sie oder eine andere Person Anspruch haben, geringer ist als die Familienbeihilfe, die ihnen nach diesem Bundesgesetz ansonsten zu gewähren wäre.

§ 4 Abs 6 FLAG normiert, dass die Ausgleichszahlung, mit Ausnahme der Bestimmungen über die Höhe der Familienbeihilfe, als Familienbeihilfe im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt.

Gemäß § 5 Abs 3 FLAG 1967 besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

Die Familienbeihilfe wird vom Beginn des Monats gewährt, in dem die Voraussetzungen für den

Anspruch erfüllt werden. Der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt mit Ablauf des Monats, in

dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschließungsgrund hinzukommt (§ 10 Abs 2 leg.cit).

In diesem Zusammenhang bestimmt jedoch § 53 Abs 1 FLAG 1967, dass Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt sind. Hierbei ist der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten. Nach Wittmann/Papacek, Der Familienlastenausgleich, Kommentar § 53, wird dadurch die Gebietsgleichstellung mit Österreich bezüglich des ständigen Aufenthaltes der Kinder im EWR bzw in der EU im Sinne der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen hervorgehoben.

Im ggstdl. Fall sind jedoch nicht nur die innerstaatlichen Bestimmungen des FLAG 1967 zu beachten, da beide Elternteile in I1 It. Berufungsschrift erwerbstätig sind und dort einen Familienwohnsitz haben. Aufgrund Ihres melderechtlichen Status in Österreich beantragen Sie die Auszahlung der sog. Differenzzahlungen und somit die Anwendung der Verordnung (EWG) Nr 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 idgF (id Folge "VO") umfasst. Die VO hat allgemeine Geltung, ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedsstaat ("Durchgriffswirkung"). Die VO geht dem nationalen Recht in ihrer Anwendung vor ("Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts").

Gemäß Artikel 1 der VO EWG 1408/71 ist "Arbeitnehmer" oder "Selbständiger" u.a. 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.

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 Mitgliedsstaats, 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, u.a. die, die Familienleistungen betreffen.

Nach Artikel 1 Buchstabe f) i) gilt als "Familienangehöriger" jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, oder in den Fällen des Artikels

22 Abs. 1 Buchstabe a) und des Artikels 31 in den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaates, in dessen Gebiet sie wohnt, als Familienangehöriger bestimmt, anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet ist; wird nach diesen Rechtsvorschriften eine Person jedoch nur dann als Familienangehöriger oder Haushaltsangehöriger angesehen, wenn sie mit dem

Arbeitnehmer oder dem Selbständigen oder dem Studierenden in häuslicher Gemeinschaft lebt,

so gilt diese Voraussetzung als erfüllt, wenn der Unterhalt der betreffenden Person überwiegend von diesem bestritten wird.

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.

Nach Artikel 73 der VO hat ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegt, vorbehaltlich der Bestimmungen in Anhang VI, 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.

Familienleistungen werden in diesem Fall gemäß Art 75 der VO vom zuständigen Träger des Staates gewährt, dessen Rechtsvorschriften für den Arbeitnehmer oder Selbständigen gelten.

Im gstdl. Fall sind sowohl Sie als auch der Kindesvater nach der Berufungsschrift in I1 erwerbstätig und unterliegen somit dem System der sozialen Sicherheit im Mitgliedsstaat

I1. Lt Sozialversicherungsauszug waren Sie in Österreich nie erwerbstätig und auch der Kindesvater übt nach dem 30.09.2009 keine Erwerbstätigkeit in Österreich mehr aus.

In diesem Fall ist nach dem Erk des EuGH, ZI C-543/03, Christine Dodl, Petra Oberhollenzer, Art 10 der VO EWG 574/72 (Verordnung EWG 574/72 des Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der VO EWG 1408/71 idgF mit Vorschriften für das Zusammentreffen von Ansprüchen auf Familienleistungen oder -beihilfen für Arbeitnehmer und Selbständige) anwendbar und dies bedeutet:

Räumen die Rechtsvorschriften des Beschäftigungsmitgliedstaats und die des Wohnmitgliedstaats eines Arbeitnehmers/Selbständigen diesem für denselben Familienangehörigen und für denselben Zeitraum Ansprüche auf Familienleistungen ein, so ist der für die Gewährung dieser Leistungen zuständige Mitgliedstaat nach Artikel 10 Absatz 1 Buchstabe a der Verordnung EWG 574/72 des Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der VO EWG 1408/71 in der durch die Verordnung EG 410/2002 der Kommission

vom 27. Februar 2002 geänderten und aktualisierten Fassung grundsätzlich der Beschäftigungsmitgliedstaat.

Übt jedoch eine Person, die das Kind betreut, eine Erwerbstätigkeit iSd VO EWG 1408/71 im Wohnmitgliedstaat aus, so sind die Familienleistungen nach Artikel 10 Absatz 1 Buchstabe b Ziffer i der DVO EWG 574/72 in der durch die VO EG 410/2002 geänderten Fassung von diesem Mitgliedstaat zu gewähren, unabhängig davon, wer der in den Rechtsvorschriften

dieses Staates bezeichnete unmittelbare Empfänger dieser Leistungen ist.

In diesem Fall ruht die Gewährung der Familienleistungen durch den Beschäftigungsmitgliedstaat bis zur Höhe der in den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats vorgesehenen Familienleistungen.

Da beide Elternteile von n1 It. Berufungsschrift in l1 erwerbstätig sind und dort einen Familienwohnsitz mit dem gemeinsamen Kind von vornherein für einen längeren Zeitraum begründet haben und dem Finanzamt nach der Betriebseinstellung des Kindesvaters in Österreich keine Erwerbstätigkeit desselben bekanntgegeben worden ist bzw. bekannt ist, empfiehlt Ihnen das Finanzamt s1, um mögliche Rechtsnachteile zu vermeiden, einen Antrag auf familienbezogene Leistungen in l1 einzubringen und diese Berufungsvorentscheidung den gr Behörden zur Kenntnis zu bringen, denn nach dem von Ihnen vorgebrachten Sachverhalt ist der Mitgliedstaat l1 ausschließlich für die familienbezogenen Leistungen zuständig.

Auf die zusätzlichen Ausführungen in der Berufungsvorentscheidung betreffend Rückforderung der Familienbeihilfe 10/2009 - 12/2009 darf hingewiesen werden."

Mit Schriftsatz vom 15. Mai 2011 beantragte die Bw die Vorlage ihrer Berufung an die Abgabenbehörde zweiter Instanz und führte hiezu aus:

„Entgegen der Berufungsvorentscheidung bringe ich nochmals folgende Punkte vor:

Die Entscheidung handelt ausschließlich die Situation meines Mannes ab, es wird in keinem Atemzug auf die Situation des Kindes eingegangen.

n1 ist als Minderjähriger mit der Situation seiner Eltern verbunden und kann diese nicht beeinflussen, somit ist er unfreiwillig gezwungen in l1 die Schule zu besuchen.

Mein Sohn hat seinen festen Wohnsitz in o1, ist österreichischer Staatsbürger, reist monatlich nachweislich nach Hause, in den Ferien befindet er sich in o1.

Es ist auch unrichtig, dass mein Mann in l1 zwei Firmen besitzt.

Er hat um Pension angesucht in seiner Heimat, die wurde auch angenommen. Damit bin ich im Moment noch geringfügig selbständig tätig um uns bis zum Beginn der Pension über Wasser zu halten.

Es ist richtig, dass l1 ein EU Staat ist, aber Sie können sich nicht vorstellen, wie sich dies tatsächlich in l1 verhält.

Kinderbeihilfe gibt es nur für Unselbständig tätige. Lohnabhängig, Höchstbetrag 20 Euro;

Somit sind wir keine Kinderbeihilfenempfänger, weiters halten wir fest, dass eine Pension I1 derzeit ca. 50 Euro per Monat beträgt, somit können Sie ersehen, was es heisst, hier zu leben.

Daher halte ich nun mit allem Nachdruck fest: Die Berufungsvorentscheidung ist eventuell nach den Buchstaben des Gesetzes gemacht, jedenfalls geht sie in keiner Weise auf die tatsächliche Situation meines Sohnes n1 ein. Nicht nur, dass sein Vater in Österreich in allen Belangen exekutiert wird, sondern er auch gezwungen ist, damit am Existenzminimum zu leben.

Ich bitte daher, dringend und rasch mir meine offene Kinderbeihilfe zu überweisen, Sie helfen nicht mir, sondern einem Kind, der absolut auf diesen Beitrag angewiesen ist. Ich will auch festhalten, dass wir nicht von I1 nach Österreich drängen, sondern die Heimat meines Sohnes Österreich in abgeworfen hat. Er absolut unter jedes Sozialnetz fällt."

Laut Vorlagebericht vom 3. Juni 2011 nahm das Finanzamt wie folgt Stellung:

„Strittig ist, ob für das Kind, das die Schule in I1 besucht, ein Familienbeihilfenanspruch oder zumindest ein Differenzzahlungsanspruch in Österreich besteht; d.h. ist Österreich für die familienbezogenen Leistungen für das Kind zuständig. Auf diesen „Streitpunkt“ gründet sich der Rückforderungsanspruch. Das Finanzamt ist sich bewusst, dass ein minderjähriges Kind unfreiwillig mit der Situation seiner Eltern verbunden ist, wenn es in I1 in einem gemeinsamen Haushalt mit seinen Eltern lebt, dort zur Schule, mit Abmeldung in Österreich, geht, seine Eltern (beide) in I1 für längere Zeit eine Erwerbstätigkeit aufgenommen haben und nach eigenen Angaben dafür in I1 auch steuerpflichtig sind. Eine Erwerbstätigkeit der Eltern in Österreich wurde dem Finanzamt nicht bekannt gegeben bzw. ist diesem nicht bekannt. Die erbetenen und angekündigten Beweise für den besuchsweisen Aufenthalt des schulpflichtigen Kindes bzw. der gesamten Familie in Österreich wurden bis dato dem Finanzamt nicht vorgelegt. Aufgrund der besonderen familiären Situation der Eltern (Privatkonkurs des Vaters in Österreich, Erwerbstätigkeit der Mutter und des Vaters I1) ist das Finanzamt der Auffassung, dass von vornherein ein längerer Aufenthalt und nicht nur ein vorübergehender Aufenthalt (= weniger als 6 Monate) der Familie in I1 geplant war und noch immer ist (siehe Aufenthaltsberechtigung des Kindesvaters in I1, Erwerbstätigkeit der Eltern bzw. lt.

Vorlageantrag, dass die Familie nicht nach Österreich dränge, Rückkehr nach Österreich, wenn der Ehegatte einen Job in Österreich hat lt. Schreiben vom 18. 10. 2010). Ob die Berufungswerberin der Empfehlung des Finanzamtes, sie möge die Berufungsvorentscheidung den gr Behörden vorlegen und dort einen Antrag auf familienbezogene Leistungen für n1 einbringen, nachgekommen ist, geht aus dem Vorlageantrag leider nicht hervor. Lt.

Sozialversicherungsauszug wurde bis dato keine Pension in Österreich für den Kindesvater

bewilligt bzw. ausbezahlt. Auf die Ausführungen in der Berufungsvorentscheidung darf hingewiesen werden.“

Mit Schreiben vom 20. Juni 2011 gab die Bw ua wie folgt bekannt:

„Mein Sohn n1 nn1 ist österreichischer Staatsbürger und besuchte bis 2009 die Volksschule o1, dann gezwungenermaßen in s2, sein Hauptwohnsitz ist o1. Er befindet sich mit Ausnahme der Schulzeit in o1, Nachweis Flugscheine, Vater und Mutter waren selbständig tätig, der Vater seit Ende 2009 nicht mehr, er befindet sich ab 1. Feber 2011 in Pension. Die Mutter ist selbständig, daher wird in l1 lt. Gesetz keine Kinderbeihilfe ausbezahlt. Weiters verweisen wir auf die Bestätigung aus l1, dass wir keine Empfänger von Beihilfe sind bzw. keine erhalten. Lt. EU sollte der Gesetzgeber Beiträge auszahlen und dann den Rest auf den Betrag der österreichische Staat. l1 hat aber bei der Beihilfe ein Gesetz wie Österreich vor 1990, das heisst Selbständige bekommen keine Beihilfe. Es kann nicht sein, dass wir alleine gegen die EU schwimmen, wiederum auf Kosten eines Kindes. Ich musste selbst die Daten bei den Behörden in l1 organisieren, was in meiner Heimat Harakiri gleich kommt. Alle diese Punkte waren dem Bearbeiter des Finanzamtes bekannt, statt einer guten Lösung für unseren Sohn zu finden, hat er sich mit irgendwelchen Dingen beschäftigt, vor allem mit dem Berufsweg meines Mannes. Auf Grund dieser Tatsachen musste unser Sohn nach l1, nicht weil er freiwillig diesen Weg gesucht hat. Es ist daher mehr als unverständlich, dass wir die Kinderbeihilfe nicht erhalten haben, und nun über den unabhängigen Finanzsenat gearbeitet wird, dass gelinde gesagt, wieder ein Jahr Verzögerung ergibt.“

Es wurde der Bescheid der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft vom 16. Juni 2011 vorgelegt, woraus hervorgeht, dass der Kindesvater einen Anspruch auf Erwerbsunfähigkeitspension ab 1. Februar 2011 hat.

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 2 Abs. 1 FLAG 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben nach lit. a für minderjährige Kinder einen Anspruch auf Familienbeihilfe. Nach Abs. 8 der genannten gesetzlichen Bestimmung haben Personen nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben. Eine Person hat den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.

Gemäß § 53 Abs. 1 FLAG 1967 sind Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt.

Hiebei ist der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraums nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten.

Im vorliegenden Berufungsfall ist strittig, ob sich der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Kindesmutter aufgrund der vom Finanzamt in seinen Berufungsvorentscheidungen dargestellten Ausführungen tatsächlich in I1 befunden hat und demzufolge auch kein Anspruch auf Familienbeihilfe für den namentlich genannten Sohn ab Jänner 2010 besteht.

Das Finanzamt hat diesbezüglich in seinen Berufungsvorentscheidungen vom 5. Mai 2011 folgende Feststellungen getroffen:

Laut Angaben der Bw sei eine zwingende Anmeldung ihres Ehegatten und Kindes in I1 aufgrund eines sogenannten Zertifikates für einen längeren Aufenthalt nicht erforderlich. Sie hingegen sei aufgrund ihrer gr Staatsbürgerschaft automatisch zum Aufenthalt in I1 berechtigt und auch dort gemeldet. Sie betreibe außerdem ein kleines Büro für pd sowie eine kleine Firma für t-Veranstaltungen in I1. Bei Bedarf helfe ihr Mann im Rahmen eines Werkvertrages aus. Von der Bw wurden hiezu das „ct“ sowie die Zeugnisse des Sohnes für das Schuljahr 2009/2010 vorgelegt. Als Wohnadresse sei eine fi Adresse angeführt. Ebenfalls sei eine Bestätigung eines gr Reisebüros vorgelegt worden, in welcher bestätigt wird, dass dieses Büro für die Familie nn1 zwischen September 2009 und Oktober 2010 jeden Monat eine und in manchen Monaten sogar zwei Reisen von s2 nach s3 und zurück buchen durfte.

Laut Vorsprache des Kindesvaters am 3. Jänner 2010 sei er als Konsulent in I1 tätig und würde sein Einkommen dort versteuern. Auch die Bw würde ihr Einkommen in I1 versteuern. Aufenthalte der Familie in Österreich sowie die Ferien- und Schulzeiten des Kindes würden noch mittels geeigneter Unterlagen nachgewiesen werden (Flugtickets etc.).

Das Finanzamt stellte außerdem fest, dass das Konkursgericht seit September 2009 die Anträge der Gläubiger nicht zustellen konnte bzw. der Kindesvater im Jahre 2010 und davor gegenüber der Post eine Ortsabwesenheitserklärung abgegeben habe. Für das Jahr 2009 sei beim Finanzamt eine Gewinn- und Verlustrechnung für den Zeitraum 1. Jänner bis 30. September 2009 abgegeben worden. Das Finanzamt gehe daher davon aus, dass der Kindesvater seine Erwerbstätigkeit in Österreich spätestens mit 30. September 2009 aufgegeben hat. Für Zeiträume nach dem 30. September 2009 seien vom Kindesvater keine Erwerbstätigkeiten in Österreich gemeldet worden. Laut im Akt befindlichen Sozialversicherungsauszügen habe der Kindesvater vom 1. August 2006 bis 30. November 2009 seine Sozialversicherungsbeiträge nicht bezahlt und die Kindesmutter sei in Österreich nie erwerbstätig gewesen.

Im Antrag auf Zuerkennung von Familienbeihilfe vom 8. März 2010 sowie im vorgelegten Schulvertrag sei in beiden Fällen als Familienwohnsitz eine Adresse in I1 angegeben worden.

In der Berufungsvorentscheidung betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum 1. Oktober bis 31. Dezember 2009 vom 5. Mai 2011 auf Seite 5 wurde vom Finanzamt ausgeführt, dass das gemeinsame Kind unstrittig seit September 2009 die Schule in I1 besuche. Aus dem Antrag über die Ansässigkeitsbestätigung sei außerdem zu schließen, dass der Kindesvater bereits seit mehreren Jahren in I1 technische Beratungsleistungen erbringt. Während der Abwicklung der Betriebseinstellung, verbunden mit einem Privatkonkurs und einer Ortsabwesenheitserklärung bei der Post, erfolglosen Zustellversuchen etc., sei in der Zusammenschau aller Fakten davon auszugehen, dass die Bw und das Kind bereits spätestens im September 2009 die Familienwohnung in I1 bezogen haben. Für diese Annahme spreche auch das Schreiben vom 18. Oktober 2010, wonach der Kindesvater ein Zertifikat für einen längeren Aufenthalt in I1 erhalten habe.

Nachdem nach eigenen Angaben der Bw geplant sei, dass, wenn der Kindesvater in I2 einen seiner Ausbildung entsprechenden Job gefunden habe (vorher Erwerbstätigkeit der Eltern in I1 für einen längeren Zeitraum), die Familie wieder ganz nach Österreich zurückkehren werde, sei zu schließen, dass in der Zusammenschau aller Fakten, der Aufenthalt der gesamten Familie in I1 von Anfang an nicht als nur vorübergehend geplant war. In diesem Zusammenhang sei es rechtlich unbeachtlich, dass der Sohn der Bw die Ferienzeiten besuchsweise z.T. in Österreich verbracht hat, denn diese Besuche in Österreich würden den bereits längeren Aufenthalt in I1 von n1 und seinen in diesem Mitgliedsstaat erwerbstätigen Eltern nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht unterbrechen. In diesem Fall sei der Umstand, dass die gesamte Familie melderechtlich in Österreich ihren Hauptwohnsitz hat, nicht beachtlich, da der Kindesvater berechtigt ist, länger in I1 zu wohnen und zu arbeiten und die Bw ebenfalls in I1 leben und arbeiten und n1 nicht nur vorübergehend die Schule in I1 besuchen soll. Durch die von vornherein für einen längeren Zeitraum angelegte Erwerbstätigkeit beider Elternteile und dem Schulbesuch von n1 im Mitgliedsstaat I1 sei I1 ausschließlich für die familienbezogenen Leistungen zuständig. Der melderechtliche Status in Österreich sei in diesem Fall nicht zu beachten.

In der Berufungsschrift vom 27. April 2011 wurde selbst angegeben, dass sich der Sohn sowie der Gatte der Bw ebenso in I1 befinden würden und der Gatte dort selbständig tätig sei. Im Vorlageantrag vom 15. Mai 2011 wurde gegen die Feststellungen des Finanzamtes in seinen Berufungsvorentscheidungen vom 5. Mai 2011 lediglich eingewandt, dass es nicht zutreffe, dass der Kindesvater in I1 zwei Firmen besitze. Es wurde argumentiert, dass sich die Entscheidung nur mit der Situation des Kindesvaters befasse und der Sohn als Minderjähriger

mit der Situation seiner Eltern verbunden sei und dies nicht beeinflussen könne. Er sei gezwungen, die Schule in I1 zu besuchen. Die Berufungsvorentscheidung sei eventuell nach den Buchstaben des Gesetzes gemacht, jedenfalls gehe sie in keiner Weise auf die tatsächliche Situation des Sohnes ein.

Im Ergänzungsschriftsatz vom 20. Juni 2011 gab die Bw ua an, dass die Eltern des Kindes selbständig tätig seien, der Kindesvater seit Ende 2009 nicht mehr, er befinde sich seit 1. Feber 2011 in Pension. Die Bw sei selbständig und daher in I1, wo lt. Gesetz keine Kinderbeihilfe ausbezahlt wird.

Anderweitige Einwendungen gegen die vom Finanzamt dargestellten Sachverhaltselemente wurden laut vorliegender Eingaben nicht gemacht. Den Ausführungen in den Berufungsvorentscheidungen des Finanzamtes wurde einzig und allein der Standpunkt entgegengebracht, der tatsächliche Mittelpunkt der Lebensinteressen befinde sich in Österreich. Auf die von der Abgabenbehörde erster Instanz dargestellten Ausführungen in ihren Entscheidungen wurde jedenfalls nicht bzw. nicht konkret eingegangen. Lediglich der Feststellung, dass der Kindesvater in I1 zwei Firmen besitze, wurde widersprochen. Laut im Akt befindlichen Handelsregistrauszug handelt es sich hierbei tatsächlich um die Firma der Bw, weshalb diesem Einwand auch Berechtigung zukommt. Nachdem jedoch allen anderen vom Finanzamt dargestellten und ermittelten Fakten und Angaben in den vorgenannten Berufungsentscheidungen von der Bw weder widersprochen wurde noch nachweislich das Gegenteil bewiesen werden konnte, schließt sich der Unabhängige Finanzsenat den Feststellungen des Finanzamtes in seinen Berufungsvorentscheidungen aufgrund ihres entfalteten Vorhaltecharakters (VwGH 26. 6. 2002, 97/13/0009) an. Das heisst aber auch, dass laut vorliegendem Sachverhalt und ausführlicher Auseinandersetzung des Finanzamtes in seinen Berufungsvorentscheidungen der Mittelpunkt der Lebensinteressen aufgrund des Aufenthaltes der gesamten Familie und der Erwerbstätigkeit der Eltern des Kindes in I1 zweifellos auch in I1 liegt und demzufolge auch I1 ausschließlich für familienbezogene Leistungen zuständig ist. Auf die diesbezüglichen Ausführungen in den Berufungsvorentscheidungen des Finanzamtes darf hiezu verwiesen werden. Das heisst, es hat sich auch für den Zeitraum ab 1. Jänner 2010 nichts am Sachverhalt des hier vorliegenden Berufungsfalles geändert und war die rechtliche Würdigung des Sachverhaltes durch den Bescheid des Finanzamtes somit rechtens.

Der Berufung war daher kein Erfolg beschieden und es war wie im Spruch ausgeführt zu entscheiden.

Feldkirch, am 29. Juli 2011