



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw, vom 22. Juli 2010 gegen den Bescheid des Finanzamtes Z vom 22. Juni 2010 betreffend Familienbeihilfe für den Zeitraum ab April 2010 entschieden:

Die Berufung wird hinsichtlich der Monate April 2010 bis Jänner 2011 als unbegründet abgewiesen. Der angefochtene Bescheid bleibt diesbezüglich unverändert. Hinsichtlich des Zeitraumes ab Februar 2011 wird der angefochtene Bescheid aufgehoben.

Entscheidungsgründe

In einer unter dem Betreff „Antrag auf Familienbeihilfe“ an das Finanzamt gerichteten E-Mail vom 1. Juni 2010 führte die Berufungsverwerberin (im folgenden Text mit Bw. abgekürzt) zusammenfassend folgendes aus:

„Infos über mich und mein Arbeitsverhältnis mit F

Ich bin seit Anfang September 2005 als Reisebüroangestellte bei f angestellt. Als Ausländerin (ausländische Staatsbürgerin) habe ich jedes Jahr die Beschäftigungsbewilligung für f und die Aufenthaltsgenehmigung bekommen, die immer wieder verlängert wurde. Die aktuelle Beschäftigungsbewilligung läuft am 29. August 2010, und die Aufenthaltsgenehmigung am 17. Juli 2010 ab. Ich habe am Tag, nämlich 20 Tage vor der Geburt meiner Tochter, das Kündigungsschreiben seitens meines Arbeitgebers erhalten. Kurz zuvor, am 25. März 2010, haben die Gesellschafter meines Arbeitgebers, eines ausländischen Reisebüros, den Beschluss gefasst, f aufzulösen. Ich bin seit Ende Februar 2010 bei meinem Mann, Herrn G H, in U, Kroatien, wohnhaft. Dort wurde auch unsere

gemeinsame Tochter, A H am 0.0.0 geboren.

Fragen:

Kann ich erwarten, dass ich dennoch den Anspruch auf Familienbeihilfe und das Kinderbetreuungsgeld habe, obwohl mein Kind und ich nicht die allgemeinen Voraussetzungen erfüllen, nämlich, dass sich der rechtmäßige Aufenthalt von mir und meinem Kind in Österreich befindet?

Gibt es irgendwelche Härteregelungen, die trotzdem einen Anspruch auf sowohl die Familienbeihilfe wie auch das Kinderbetreuungsgeld schaffen würden, da es gewisse Versicherungszeiten in Österreich gab (nämlich fast fünf Jahre)

Ich frage deshalb, da ich jetzt obwohl wohnhaft in Kroatien (der erste Aufenthalt in Kroatien wurde mir genehmigt und die gültige Aufenthaltsgenehmigung läuft bis zum 12. April 2011) nicht berechtigt bin diese Leistungen nach kroatischem und/oder ausländischem Recht (d.h. von dem kroatischen und/oder ausländischen Versicherungsträger zu kriegen.

Kann ich erwarten, dass ich nach dem Ablauf der Mutterschutzfrist (nach 19. Juli 2010) trotzdem in die Karez gehen kann, und sowohl die Familienbeihilfe vom Finanzamt wie auch das Kinderbetreuungsgeld von der WGKK ausbezahlt kriege?"

Am 8. Juni 2010 langte beim Finanzamt der mit 25. Mai 2010 datierte Antrag auf Zuerkennung der Familienbeihilfe ein, der folgende Angaben enthält:

Antragsteller	BW
Staatsbürgerschaft	AUSLÄNDISCH
Datum der Einreise nach Österreich	September 2005
Bisheriger Wohnsitzstaat	T
Familienstand	Verheiratet seit 2008
Beruf	Reisebüroangestellte
Wohnort	U, Kroatien
Dienstgeber	ff.
Anspruchsvermittelndes Kind	H A
Geburtsdatum	xxx
Staatsbürgerschaft	Kroatisch
Bisheriger Wohnsitzstaat	Kroatien
Das Kind wohnt bei	Seines Vaters Familie, Kroatien

Aufenthaltstitel	Aufenthaltsbewilligung, gültig bis 17.7.2010
Nachweis	Beschäftigungsbewilligung,

Dem Antrag waren folgende Unterlagen in Kopie beigelegt:

- a) Geburtsurkunde vom 4.5.2010 zufolge welcher die Tochter A H am xxx in U geboren wurde.
- b) Fachärztliche Bestätigung über die Durchführung der im Mutter-Kind –Pass vorgesehenen Untersuchungen vom 7.8.2009 bis zum 18.3.2010
- c) An die ffff. als Arbeitgeberin adressierte Meldung einer Karenz mit auszugsweise folgendem Inhalt: „...ich bin bei Ihnen seit 05. September 2005 als Reisebüroangestellte beschäftigt. Die Geburt meines Kindes erfolgte am 0.0.0, die Schutzfrist nach der Geburt endet am zzz. Ich teile Ihnen mit, dass ich eine Karenz bis zum yyy in Anspruch nehme.“
- d) Versicherungsdatenauszug vom 25. Mai 2010 in dem nachstehende Daten vermerkt sind:

05.09.2005 bis 28.02.2010	Angestellter
01.03 2010 bis laufend	Wochengeldbezug fff
vvv	Anzeige einer Geburt

- e) Kündigungsschreiben der fff vom 31.03.2010 betreffend Beendigung des Dienstverhältnisses per 31.06.2010.
- f) Arbeits- und Entgeltsbestätigung für Wochengeld vom 8.2.2010
- g) Vom Arbeitsmarktservice ausgestellte Beschäftigungsbewilligung vom 17. Juli 2009 für Tätigkeit als Reisebürofachangestellte für die Zeit vom 30. August 2009 bis 29. August 2010.
- h) Kopie der am 17. Juli 2010 vom Amt der Wiener Landesregierung als „Aufenthaltsbewilligung“ ausgestellter Aufenthaltstitel im Format einer NAG-Karte
- i) Kopie einer am 12. August 2006 von der Bundespolizeidirektion Wien ausgestellten Aufenthaltserlaubnis
- j) Auszug aus dem am 8. Juni 2005 ausgestellten japanischen Reisepass der Bw.
- k) Kopie einer am 12. April 2010 in Kroatien ausgestellten Aufenthaltsbestätigung der Bw.
- l) Firmenbuchauszug vom 1. Juni 2010, aus dem hervorgeht, dass die ffff., FN X, mit Generalversammlungsbeschluss vom 25. März 2010 aufgelöst wurde.

m) Wochengeldbescheinigung der Wiener Gebietskrankenkasse vom 5. Mai 2010 über die Höhe des Wochengeldes für die Zeit vom 1. März 2010 bis zum 19. Juli 2010.

Mit Bescheid vom 22. Juni 2010 wurde der Antrag vom 8.6.2010 auf Familienbeihilfe für das Kind H A beginnend ab April 2010 unter Verweis auf die Bestimmung des § 2 Abs. 1 FLAG 1967 abgewiesen und dazu ausgeführt, dass kein Anspruch auf österreichische Familienbeihilfe gegeben sei, da sich die Bw. mit ihrer Familie ständig in Kroatien aufhalte.

In der gegen den Abweisungsbescheid eingebrachten Berufung vom 22. Juli 2010 führte die Bw. ergänzend zum dem bereits im Antragsschreiben formulierten Vorbringen unter anderem folgendes aus:

„... Mein Dienstverhältnis wurde seitens FS unter der Einhaltung der Kündigungsfrist per 30. Juni 2010 gekündigt... Am 12. April 2010 wurde meinem Antrag auf Erteilung des ersten vorläufigen Aufenthaltes in Kroatien stattgegeben. Ich musste diesen Antrag auf den Aufenthalt in Kroatien stellen, da es nicht sicher war, dass ich mich sowohl zwischen 17. April 2010 und 17. Juli 2010... wie auch nach 17. Juli 2010 in Österreich befinden werde und falls ich den Antrag auf die Verlängerung und/oder Zwecksänderung der Aufenthaltsgenehmigung gestellt hätte, meinem Antrag ... stattgegeben worden wäre, da ich die Beschäftigungsbewilligung als die Rotationsarbeitskraft für FS habe und FS sich seit 25. März 2010 in Liquidation befindet... Ich bin weiters der Meinung, dass die mir seitens FS ausgesprochene Kündigung rechtsunwirksam sei... Ich habe von FV eine erste negative Antwort bekommen, aber ich überlege jetzt auch letztendlich die einschlägigen rechtlichen Schritte sowohl gegen FS wie auch gegen FV einzuleiten... nach der ständigen Rechtsprechung der höchsten österreichischen Gerichte, ausländische Arbeitnehmerinnen den Anspruch auf vollen Schutz nach dem Mutterschutzgesetz, einschließlich des besonderen Kündigungs- und Entlassungsschutzes haben. Bei Arbeitnehmerinnen verlängert sich die Geltungsdauer der Beschäftigungsbewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz für die Dauer des besonderen Kündigungsschutzes nach § 10 des Mutterschutzgesetzes... Ich habe meine Schwangerschaft, die Mutterschutzzeit und die Karenz ordnungsgemäß und zeitgerecht FS und FV, sowie dem Versicherungsträger angemeldet. Der beste Beweis dafür ist die Auszahlungsbestätigung für Versicherte... Ich bin daher der Meinung, dass ich berechtigt bin, die österreichische Familienbeihilfe zu erhalten, weil ich ja fast fünf Jahre die gesetzlichen Beträge zur Sozialversicherung in Österreich eingezahlt habe.... Ich bin nämlich nicht berechtigt, diese Leistungen nach kroatischem und/oder ausländischem Recht (das heißt vom Versicherungsträger) zu kriegen, da ich die notwendigen Voraussetzungen nicht erfülle: nämlich der ständige Wohnsitz in Kroatien (den ich frühestens im April 2015 nach meinem fünfjährigen Aufenthalt in Kroatien bekommen kann) und/oder der regelmäßige Aufenthalt in T. Ich stützte mein Recht auf Familienbeihilfe auch auf das Abkommen betreffend die soziale Versicherung zwischen Republik Kroatien und Republik Österreich aus 1997, wie auch auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze..., die man aus der Europäischen Menschenrechtskonvention, der Konvention der Rechte des Kindes und anderer Quellen ableitet. Deshalb erwarte ich, dass das zuständige Finanzamt feststellen wird, dass die

innerstaatliche Bestimmung des § 2 FLAG 1967 durch die anderen einschlägigen Bestimmungen dieses Gesetzes, relevante internationale Abkommen und andere einschlägige staatliche Regelungen verdrängt wird, und daher auch das Recht schafft, wenn sich das potentiell anspruchsvermittelnde Kind ständig im Ausland aufhält."

Folgende Unterlagen wurden nachgereicht:

- a) Kopie der in kroatischer Sprache abgefassten Bestätigungen über den Aufenthaltsort für die Bw., deren Tochter und Ehemann vom 1. April 2010 und vom 4. Mai 2010
- b) Kopie des Schreibens der rechtlichen Vertretung der FFFF. Vom 14. Juni 2010 über den Erhalt der Karenzmeldung und den Hinweis darauf, dass das Unternehmen seit 30. März 2010 geschlossen und die Kündigung per 30. Juni 2010 ausgesprochen worden sei
- c) Kopie des Schreibens an die n vom 23. Juni 2010 betreffend Meldung einer Elternzeit bis zum 22. April 2012.
- d) Kopie des Schreibens der Pensionsversicherungsanstalt vom 21. Juni 2010 über die Gesamtanzahl der nachgewiesenen Versicherungsmonate von insgesamt 57 Monaten
- e) Kopien der auf dem Abkommen zwischen der Republik Österreich und der Republik Kroatien über die soziale Sicherheit beruhenden Bescheinigungen über den Anspruch auf Sachleistungen während eines dauernden Aufenthaltes in Kroatien vom 6. Mai 2010 und vom 17. Mai 2010.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 2. September 2010 wurde die Berufung der Bw. unter Verweis auf die Bestimmungen des § 2 Abs. 1 und Abs. 8 sowie des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 mit folgender Begründung abgewiesen: „Sie haben seit 1. März 2010 keine Beschäftigung mehr im Bundesgebiet. Außerdem sind weder Sie noch ihr Ehemann oder ihr Kind in Österreich versichert. Sie haben sich laut Meldezettel am 9. April 2010 aus Österreich abgemeldet und Ihr Kind war in Österreich nie gemeldet. Ihr Kind ist in Kroatien geboren und Sie leben mit Ihrem Mann und dem Kind in Kroatien.“

Die Bw. brachte mit Schriftsatz vom 23. September 2010 einen Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz ein und stellte erneut klar, dass die Bw., deren Kind und Ehemann jetzt nicht im Bundesgebiet der Republik Österreich einen Wohnsitz oder gewöhnliche Aufenthalt haben.

Zufolge der vom unabhängigen Finanzsenat am 18. März 2011 erfolgten Abfrage aus dem Zentralen Melderegister scheinen bezüglich der Bw. folgende Meldedaten auf:

Straße	Straße	
Postleitzahl	x	

Ortsgemeinde	b	
Unterkunftgeber	C	
Gemeldet	09.02.2011-	Hauptwohnsitz
Straße	straße	
Postleitzahl	0000	
Ortsgemeinde	D	
Unterkunftgeber	E	
Gemeldet	04.10.2005-09.04.2010	Hauptwohnsitz

Über die Berufung wurde erwogen:

Österreichische Familienbeihilfe kann nur nach Maßgabe der gesetzlich dafür vorgesehenen Voraussetzungen gewährt werden. Das Bestehen eines Anspruches auf Familienbeihilfe für A ist daher davon abhängig, ob diese auch im Berufungsfall erfüllt sind. Der österreichische Gesetzgeber hat die Anspruchserfordernisse im Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (im folgenden Mit FLAG 1967 abgekürzt und in der hier geltenden Fassung wiedergegeben) explizit dargestellt.

So wird in § 2 Abs. 1 FLAG 1967 normiert, dass jene Personen Anspruch auf Familienbeihilfe haben, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt haben.

Allein die Tatsache, dass jemand ein Kind hat, ist für einen Anspruch auf Familienbeihilfe für dieses Kind somit nicht ausreichend. Das FLAG 1967 stellt für den Erhalt der Familienbeihilfe nämlich primär und vorrangig darauf ab, dass der Anspruchswerber in Österreich über einen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne des Gesetzes verfügt und legt damit die allgemeinen Voraussetzungen, unter denen einer Person Anspruch auf Familienbeihilfe in Österreich zusteht, ausdrücklich fest.

Für die Auslegung der Begriffe „Wohnsitz“ und „ständiger Aufenthalt“ im Sinne der vorgenannten Regelung orientiert sich die Rechtsprechung an der Bestimmung des § 26 Abs. 1 und 2 BAO. Danach hat jemand einen Wohnsitz dort, wo er eine Wohnung innehat unter Umständen, die darauf schließen lassen, dass er diese Wohnung beibehalten und benutzen wird. Den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne der Abgabenvorschriften hat jemand nach § 26 Abs. 2 BAO dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt.

Auf Basis der dargestellten Rechtslage ergibt sich im Berufungsfall folgendes:

Familienbeihilfe für den Zeitraum April 2010 bis Jänner 2011

Sowohl die Bw. als auch ihr Kind besitzen keine österreichische Staatsbürgerschaft. Zufolge den eigenen Angaben im Antrag auf Zuerkennung der Familienbeihilfe ist die Bw. seit Ende Februar 2010 bei ihrem Mann in Kroatien wohnhaft. Laut Geburtsurkunde wurde ihre Tochter A am 0.0.0 in Kroatien geboren. Aus der Bestätigung des Zentralen Melderegisters geht

hervor, dass die Bw. im Zeitraum von 10. April 2010 bis 8. Februar 2011 nicht in Österreich polizeilich gemeldet war. Eine neuerliche Anmeldung des Wohnsitzes erfolgte schließlich am 9. Februar 2011 in B.

Sowohl auf Basis der Aktenlage als auch auf Grund des Parteivorbringens ergibt sich daher mit hinreichender Deutlichkeit, dass im hier zu beurteilenden Zeitraum weder Wohnsitz noch gewöhnlicher Aufenthalt der Bw. in Österreich gelegen sind. Damit steht aber gleichzeitig fest, dass im Berufungsfall jene primären Voraussetzungen nicht erfüllt sind, die das FLAG 1967 in seinem § 2 für den Erhalt der österreichischen Familienbeihilfe vorsieht.

Dieses Sachverhaltsbild wird weiters auch von der Bw. keineswegs in Abrede gestellt. Schließlich stellt die Bw. in ihrem Vorbringen selbst klar, dass weder sie noch ihr Kind die „allgemeinen Voraussetzungen“ erfüllen.

Soweit die Bw. hingegen ins Treffen führt, fast fünf Jahre lang Beiträge zur Sozialversicherung in Österreich eingezahlt zu haben bzw. ihr Recht auf Familienbeihilfe auf zwischenstaatliche Abkommen Österreichs im Bereich der sozialen Sicherheit stützt, so kann ihr diese Argumentation im hier zu entscheidenden Zeitraum aus folgenden Gründen nicht zum Erfolg verhelfen:

Weder die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige , die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, noch die mit 1. Mai 2010 in Kraft getretene Verordnung (EG) 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit kommen im Berufungsfall zum Tragen, da sich die Bw. zumindest im hier relevanten Zeitraum unbestritten in Kroatien aufgehalten hat und damit als Drittstaatsangehörige nicht vom persönlichen Geltungsbereich dieser EU-Verordnungen, die nur für Staatsangehörige, die im Gebiet eines Mitgliedstaates wohnen und in einem solchen wohnhafte Staatenlose und Flüchtlinge gelten, erfasst ist.

Auch die Verordnung (EG) Nr. 859/2003 des Rates vom 14. Mai 2003 zur Ausdehnung unter anderem der Bestimmungen der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 auf Drittstaatsangehörige, die ausschließlich aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit nicht bereits unter diese Bestimmungen fallen, kann im vorliegenden Fall nicht zur Anwendung gelangen, da auch diese das Vorliegen eines rechtmäßigen Wohnsitzes in einem Mitgliedstaat voraussetzt, sodass die in einem EU-Ausland wohnhafte Bw. gegenüber Österreich aus dieser Verordnung keinen Beihilfenanspruch ableiten kann.

Außerdem finden auch die genannten EWR/EU- Verordnungen im Bereich der Familienleistungen nur auf jene Personen Anwendung, die die Voraussetzungen des österreichischen Rechts auf einen Familienbeihilfenanspruch erfüllen. Maßgeblich für den

Anspruch auf Familienbeihilfe bleibt daher das in § 2 FLAG 1967 angeführte Erfordernis eines in Österreich gelegenen Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthaltes.

Was die von der Bw. angesprochenen zwischenstaatlichen Abkommen anlangt, so genügt es zum einen, darauf zu verweisen, dass die Abkommen über soziale Sicherheit mit den Staaten des ehemaligen Jugoslawien, darunter auch die Bundesrepublik Kroatien, welche die Gewährung von Familienbeihilfe für Kinder, die ihren Aufenthalt ständig im Ausland haben, zum Gegenstand hatten, mit 31. Dezember 1996 von der Republik Österreich gekündigt wurden. Zum anderen bezieht sich das im Verhältnis zu Kroatien am 16. Jänner 1997 geschlossene Abkommen über Soziale Sicherheit (BGBl. 162/1998) hinsichtlich des sachlichen Geltungsbereiches nicht auf Familienbeihilfen, sodass gegenständlich keine bilateralen Abkommen existieren, die einen Anspruch auf Familienbeihilfe für Sae Iris begründen könnten.

Da somit jedenfalls im Berufungszeitraum kein Sachverhalt vorliegt, der entweder aufgrund der innerstaatlichen Bestimmung des FLAG 1967 oder auf Basis von zwischenstaatlichen Abkommen bzw. des EU-Rechts einen Anspruch auf Familienrecht vermittelt, musste die Berufung vom Finanzamt im Ergebnis zu Recht abgewiesen werden. Es war daher vom unabhängigen Finanzsenat wie im Spruch zu entscheiden.

Familienbeihilfe für den Zeitraum ab Februar 2011

Laut dem vorliegenden Auszug aus dem Zentralen Melderegister vom 18.3.2011 ist die Bw. seit dem 9. Februar 2011 mit dem Hauptwohnsitz in B gemeldet. Es wäre daher bei Vorliegen der für die Gewährung der österreichischen Familienbeihilfe erforderlichen sonstigen Voraussetzungen vom zuständigen Finanzamt zu erheben, ob sich der gesetzmäßig verlangte Wohnsitz bzw. gewöhnliche Aufenthalt der Bw. nunmehr in Österreich befindet und es daher gerechtfertigt ist, Familienbeihilfenzahlungen ab diesem Zeitpunkt zu gewähren. Der angefochtene Bescheid wird daher hinsichtlich des hier zu prüfenden Zeitraumes aufgehoben.

Wien, am 5. April 2011