



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., Adr.1, inländ. Wohnadresse Adr.2, vertreten durch A. GmbH Wirtschaftsprüfungs-u. Steuerberatungsgesellschaft, Adr.3, vom 1. Juni 2004 gegen den Bescheid des Finanzamtes X. vom 1. Oktober 2003 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab Juni 2003 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen..

Entscheidungsgründe

Frau Bw. (im Folgenden Bw.) bezog für ihre im Jahr JJ geborenen Tochter T. C. laufend die Familienbeihilfe. Der Kindesvater ist verstorben. Die Tochter begann im Wintersemester 2000/01 das Studium „M.“ an der Universität G., den ersten Studienabschnitt schloss sie am 8. Oktober 2001 ab. Im Wintersemester 2001 wechselte sie die Studienrichtung und studierte ab diesem Zeitpunkt „N.“ an derselben Universität.

Mit Eingabe vom 28. April 2003 gab die Bw. bekannt, dass sie ab 1. Mai 2003 in B. arbeiten werde, die Sozialversicherung in MS gezahlt werde und das Kindergeld in MS beantragt werde. Die Tochter verbleibe an der alten Wohnadresse in Österreich.

Die Bw. stellte in Ms einen Antrag auf Gewährung der Familienleistungen für die Tochter, dieser Antrag wurde von der m. Behörden mit Schreiben vom 20. Jänner 2004 abgelehnt.

Mit Eingabe vom 5. August 2003 beantragte die Bw. die Weitergewährung der Familienbeihilfe in Österreich, da sie nur vorübergehend in Ms arbeiten werde und der Lebensmittelpunkt

weiterhin in Österreich sei. Zudem gebe es in Ms eine Beihilfe nur bis zum 18. Lebensjahr des Kindes und damit für die 22-jährige Tochter der Bw. keine der Familienbeihilfe vergleichbare Leistung.

Mit Bescheid vom 1. Oktober 2003 wies das in Österreich zuständige Finanzamt den Antrag der Bw. auf Weitergewährung der Familienbeihilfe in Österreich ab 1. Juni 2003 ab.

Gemäß Bescheidbegründung hätten Personen nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben (§ 2 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967). Weiters hätten Personen, die sowohl im Bundesgebiet als auch im Ausland einen Wohnsitz haben, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Bundesgebiet haben und sich die Kinder ständig im Bundesgebiet aufhalten. Der Mittelpunkt der Lebensinteressen sei zu dem Staat gegeben, zu welchem die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen bestehen (§ 2 Abs. 8 FLAG 1967). Dabei sei jedoch in Fällen, in denen im Inland ein Wohnsitz und im Ausland der gewöhnliche Aufenthalt gegeben ist oder umgekehrt, die Bestimmung des § 2 Abs. 8 FLAG nicht anzuwenden (VwGH 30.3.1977; Z.1067/76).

Hinsichtlich der Definitionen von „Wohnsitz“ und „gewöhnlicher Aufenthalt“ zitierte das Finanzamt § 26 BAO und verwies weiters auf die Rechtsprechung, wonach der gewöhnliche Aufenthalt grundsätzlich die körperliche Anwesenheit der betreffenden Person verlange und man nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben könne. Zusätzlich würde dem Wohnsitzbegriff des § 26 Abs. 1 BAO insbesondere für die Frage der unbeschränkten Steuerpflicht Bedeutung zukommen. Außerdem gäbe es auf dem Gebiet der Sozialen Sicherheit eine eigene Verordnung (EWG VO 1408/71) über die Kostentragung der Familienleistungen. Darin sei das Beschäftigungslandprinzip normiert.

Gemäß Art. 73 VO 1408/71 habe ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates unterliege, für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des Beschäftigungslandes, als ob diese Familienangehörigen im Gebiete dieses Staates wohnen würden.

Eine Abweisung des Antrags auf Familienbeihilfe in Ms würde keinen Anspruch auf Familienbeihilfe in Österreich auslösen.

In der gegen den Abweisungsbescheid vom 1. Oktober 2003 durch den Vertreter der Bw. eingebrachten Berufung wurde ausgeführt: Die Bestimmung über die Ausgleichszahlung (§ 4 Abs. 2 FLAG 1967) würde selbst dann gelten, wenn die Bw. durch ihre berufliche Tätigkeit in Ms den m. Rechtsvorschriften unterliege. Außerdem habe sie eine engere persönliche Beziehung zu Österreich, da hier ihre Familie lebe. Die Tätigkeit in Ms sei nur für kurze Zeit.

Insofern sei der Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich gegeben. Die Anwendung der m. Rechtsvorschriften für die Sozialversicherung iSd VO 1408/71 könne jedoch nicht für den Anspruch auf Ausgleichszahlung gem. § 4 Abs. 2 FLAG gelten. Die Ausgleichszahlung stünde unabhängig von einem Dienstverhältnis zu. Sie stünde weiters gerade dann zu, wenn wegen Anspruchs einer ausländischen Beihilfe der österreichische Familienbeihilfenanspruch ausgeschlossen ist. Dies müsse auch gelten, wenn gemäß der VO die Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaates anwendbar sind. Aus diesem Grund könne sich die VO nicht auf die Ausgleichszahlung beziehen.

Auch der verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz würde es gebieten, den Anspruch nach § 4 Abs. 2 FLAG wirksam werden zu lassen. Ansonsten wäre ein österreichischer Staatsbürger, der in einem anderen EU Land versichert ist, hinsichtlich der Familienbeihilfe bzw. der Ausgleichszahlung schlechter gestellt, als ein österreichischer Staatsbürger, der entweder in Österreich oder in einem Nicht-EU-Land bzw. EWR Land versichert ist. Denn bei den letztgenannten Staatsbürgern stehe die Ausgleichszahlung auf jeden Fall – auch wenn mit diesem Land ein SV-Abkommen geschlossen wurde – zu.

In einer Stellungnahme vom 3.11.2004 brachte die Bw. vor, dass sie fast jedes Wochenende und den Urlaub (also ca. 100 Tage im Jahr) in Österreich verbringen würde, sowie dort ihren persönlichen Lebensmittelpunkt habe. Sie sei an ihrem Wohnsitz in Österreich familiär und sozial gebunden. An das Sozialversicherungssystem des Mitgliedstaates sie aufgrund der VO 1408/71 ex lege gebunden. Die Bw. habe ihren Mittelpunkt der Lebensinteressen iSd § 2 Abs. 8 FLAG in Österreich. Wiederholt wurde weiters das Vorbringen, dass die Bw. einen Anspruch auf Ausgleichszahlung gem. § 4 Abs. 2 FLAG habe.

In einem ergänzenden Schreiben vom 30.11.2005 verwies die Bw. auf die Rs. C-543/03; dieses Urteil würde ihren Anspruch auf Familienbeihilfe bestätigen, da sie in Ms keinen Anspruch darauf habe.

Die Berufung wurde vom Finanzamt ohne Erlassen einer Berufungsvorentscheidung der Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung vorgelegt.

Mit Vorhalt der Abgabenbehörde zweiter Instanz vom 12. November 2008 wurde die Bw. ersucht, nachstehende Fragen zu beantworten und die angesprochenen Unterlagen vorzulegen:

„1. Sie führen in Ihrer Berufung aus, die mit Mai 2003 aufgenommene Beschäftigung in Ms wäre nur vorübergehend, laut vorgelegtem Arbeitsvertrag ist das Arbeitsverhältnis jedoch unbefristet. Wie lange waren sie in Ms beschäftigt? 2. Wohnen (wohnten) sie in Ms ab Mai 2003 in einer Mietwohnung, Eigentumswohnung... Auf welchen Zeitraum wurde der Mietvertrag abgeschlossen?

3. Sie geben an, den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in Österreich zu haben, weil hier Ihre Familie wohne. Diese besteht jedoch nur aus Ihrer volljährigen studierenden Tochter, die nicht mehr einer

regelmäßigen Fürsorge und Betreuung bedarf. Haben sie auch andere soziale bzw. familiäre Bindungen zu Österreich?

4. Sie verbringen laut ihren Angaben etwa 100 Tage im Jahr in Österreich. Wenn sie einen großen Teil Ihrer (Wochenend-)Freizeit in Österreich verbringen, gibt es zweckdienliche Nachweise über ab Mai 2003 weiterhin in Österreich ausgeübte Freizeitaktivitäten (Vereinsmitgliedschaften, Besuch von Kulturveranstaltungen, etc.)?

5. Laut Ihren Angaben sind Sie fast jedes Wochenende, in Ihrem Urlaub, usw. nach Österreich zurückgekehrt. Legen sie bitte Nachweise über Ihre regelmäßigen Wochenendfahrten (flüge) nach Österreich betreffend den Zeitraum Mai 2003 bis September 2006 vor.“

Mit Vorhaltsbeantwortung vom 12. Dezember 2008 gab die Bw. zu den vorstehend angeführten Fragen wie folgt Auskunft:

„1.) Bis 30.04.2003 war ich bei der Fa.AX. Wien beschäftigt. Im Kalenderjahr 2003 wurde der Personalstand der Filiale Wien der Fa.AX . jedoch reduziert. Mir wurde ein vorübergehendes Beschäftigungsverhältnis in Ms angeboten; dieses Angebot habe ich angenommen. Meine Beschäftigung in Ms habe ich mit Mai 2003 aufgenommen. In Anbetracht der in Aussicht gestellten vorübergehenden Beschäftigung und in Anbetracht meiner beruflichen und privaten Lebensplanung wird die Beschäftigung in Ms aller Voraussicht nach im Kalenderjahr 2009 enden.

2.und 3.) In Ms habe ich für die Zeitphase meiner Beschäftigung vorübergehend einen Wohnsitz begründet, dies ohne die Intention diesen beizubehalten. Meinen Lebensmittelpunkt sehe ich nach wie vor in Österreich. Ich darf der guten Ordnung halber festhalten, dass ich in Österreich 25 Jahre gelebt habe, bevor ich im Jahr 2003 - einzig aus beruflichen Gründen - einen vorübergehenden Wohnsitz in B. /ms begründete. Meine Tochter hat in Österreich studiert und lebt nach wie vor in Österreich. Zudem habe ich meinen sozialen Anknüpfungspunkt einzig in Österreich, da sowohl meine Familie als auch meine Freunde und Bekannten bzw. meine sonstigen sozialen Aktivitäten einzig in Österreich sehe. Ich gehe davon aus, dass es auch für Sie völlig verständlich ist, dass dies so ist, da ich - wie bereit oben ausgeführt - vor meinem beruflichen Umzug nach B. /ms einen Zeitraum von 25 Jahren in Österreich zugebracht habe und voraussichtlich ab 2009 wieder nach Österreich zurückkehren werde.

4.) Wie Sie anmerken, verbringe ich aufgrund meines starken beruflichen Bezugs zu Österreich ca. 100 Tage/Kalenderjahr in Österreich. Ich darf mitteilen, dass ich insbesondere meinen Urlaub, meine freien Tage sowie meine Wochenenden in Österreich zubringe. Oft trachte ich danach, auch verlängerte Wochenenden mit meinem Arbeitgeber zu vereinbaren, um eine längere Zeitphase in Österreich sein zu können und insbesondere bei meiner Tochter zubringen zu können. Selbstverständlich steht meine Tochter, ich selbst sowie eine weitere Zahl an Freunden und Bekannten jederzeit für eine persönliche Aussage in diesem Zusammenhang zu Ihrer Verfügung. Sie werden sicher verstehen, dass es mir in Anbetracht des sehr langen Zeitraums seit meiner Berufung (diese datiert vorn 01.06.2004) nicht möglich ist, den Besuch von Kulturveranstaltungen (Kino, Oper, Theater, etc) durch Karten nachzuweisen, da ich diese nicht aufgehoben habe.

5.) Hinsichtlich der Nachweise zu den in Österreich zugebrachten Wochenenden, Urlaub, etc darf ich nochmals auf meine obigen Ausführungen verweisen und bitte insbesondere um eine persönliche Befragung meiner Person bzw. meiner Tochter oder anderen von mir genannten Freunden oder Bekannten. Wochenendflüge kann ich leider kaum belegen, da ich den Großteil meiner Reisetätigkeiten aufgrund der überschaubaren Distanz B. - Z. mit dem Auto zurückgelegt habe. Auch dies kann ich durch meine persönliche Aussage sowie durch andere Aussagen beispielsweise durch meine Bekannten jederzeit bestätigen und bezeugen lassen, so dies von Ihnen gewünscht ist.

Ich hoffe, dass ich die von Ihnen gestellten Fragen ausreichend beantwortet habe. Der guten Ordnung halber darf ich ergänzend vorbringen, dass ich seit 1997 österreichische Staatsbürgerin bin. Auch meine Tochter, Frau T. C. ist österreichische Staatsbürgerin. In Anbetracht der Rechtssprechung des Europäischen Gerichtshofes (ich verweise in diesem Zusammenhang insbesondere auf die Entscheidung Dodi-Oberhollenzer, GZ C-543/03) steht mir in Anbetracht der geschilderten Sachverhaltskonstellation, insbesondere der Tatsache, dass ich österreichische Staatsbürgerin bin und meinen Familienlebensmittelpunkt in Österreich habe, die Familienbeihilfe zu. Ich bitte daher um eine antragskonforme Erledigung. Ergänzend verweise ich auf meine Ausführungen in den bisher eingebrachten Rechtsmitteln.“

Über die Berufung wurde erwogen:

Im gegenständlichen Berufungsfall ist nach dem Vorbringen der Bw. im Berufungsverfahren bzw. den vorgelegten Unterlagen folgender Sachverhalt unstrittig:

- Die Bw. hat seit 1979 einen Wohnsitz in Österreich und seit 1997 österreichische Staatsbürgerin.
- Seit Mai 2003 ist die Bw. in Ms nichtselbständig beschäftigt. Laut vorgelegtem Arbeitsvertrag ist das Arbeitsverhältnis der Bw. unbefristet und kann unter Einhaltung einer 2-monatigen Kündigungsfrist von beiden Parteien gelöst werden
- Auf Grund ihrer Beschäftigung ist die Bw. hinsichtlich Sozialversicherung und Familienleistungen den m. Rechtsvorschriften unterstellt.
- Der in Ms gestellte Antrag der Bw. auf Gewährung der Familienbeihilfe für die volljährige (am Datum geborene) Tochter wurde von den m. Behörden (Versicherungsanstalt) am 20. Jänner 2004 mit der Begründung abgelehnt, dass der Anspruch auf Familienleistungen in Ms auf Grund des Umstandes, dass die Bw. seit Mai 2003 in Ms lebt und arbeitet, grundsätzlich vorgelegen wäre, allerdings bestehe nach dem nationalen Kindbeihilfengesetz in Ms für die Tochter der Bw. aufgrund des Alters der Tochter (über 18) kein Anspruch.

Die volljährige Tochter der Bw. lebt und studiert in Österreich. Den ersten Studienabschnitt des Studiums „M.“ schloss die Tochter der Bw. am 8.10.2001 nach zwei Semestern ab und wechselte anschließend zur Studienrichtung N..

Strittig ist die Frage der Gewährung der Familienbeihilfe, wenn die Antragstellerin in einem EU-Mitgliedstaat arbeitet und wohnt, das Kind allerdings in Österreich lebt und im Beschäftigungsland der Antragstellerin nach dem Recht dieses Mitgliedstaats kein Anspruch auf Familienbeihilfe wegen des Überschreitens der Altersgrenze besteht.

Die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, in der konsolidierten Fassung ABIEG Nr. L 28 vom 30. Jänner 1997 (im Folgenden VO) gilt nach ihrem Art. 4 Abs. 1 Buchstabe h für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, welche Familienleistungen betreffen. Die in Rede stehende Familienbeihilfe ist zweifelsfrei eine Familienleistung iSd Art. 1 Buchstabe u sublit. i der Verordnung Nr. 1408/71.

Zu den Familienangehörigen zählt Art 1 lit f der Verordnung jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Familienangehöriger bestimmt, anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet ist; wird nach diesen Rechtsvorschriften eine Person nur dann als Familienangehöriger oder Haushaltsangehöriger angesehen, wenn sie mit dem Arbeitnehmer oder dem Selbstständigen (oder dem Studierenden) in häuslicher Gemeinschaft lebt, so gilt diese Voraussetzung als erfüllt, wenn der Unterhalt der betreffenden Person überwiegend von diesem bestritten wird.

Unter Titel II ("Bestimmung der anzuwendenden Rechtsvorschriften") bestimmt Art. 13 Abs 1 der VO, dass - vorbehaltlich hier nicht in Betracht kommender Sonderbestimmungen - Personen, für die diese VO gilt, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats unterliegen. Welche Rechtsvorschriften diese sind, bestimmt sich nach diesem Titel. Damit wird auf die Kollisionsnormen des Art 13 Abs 2 der VO (sowie auf die nachfolgenden Art 14 bis 17a) verwiesen.

Art. 13 Abs 2 lit a der Verordnung (EWG) des Rates vom 14. Juni 1971, Nr. 1408/71 (VO) lautet:

"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 oder ihr Arbeitgeber oder das Unternehmen, das sie beschäftigt, seinen Wohnsitz oder Betriebssitz im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats hat;"

Art. 73 der VO (Kapitel 7 Familienleistungen) lautet:

„Ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegt, hat, 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“.

Art. 10 Abs. 1 der Verordnung 574/72 über die Durchführung der VO (DVO) normiert für das Zusammentreffen von Ansprüchen auf Familienleistungen:

Lit a: Der Anspruch auf Familienleistungen oder –beihilfen, die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats geschuldet werden, nach denen der Erwerb des Anspruchs auf diese Leistungen oder Beihilfen nicht von einer Versicherung, Beschäftigung oder selbständigen Tätigkeit abhängig ist, ruht, wenn während desselben Zeitraums für dasselbe Familienmitglied Leistungen allein aufgrund der innerstaatlichen Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats (...) geschuldet werden, bis zur Höhe dieser geschuldeten Leistungen.

Lit b: Wird jedoch in dem Fall, in dem Leistungen allein aufgrund der innerstaatlichen Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats (...) geschuldet werden, von der Person, die Anspruch auf die Familienleistungen hat, oder von der Person, an die sie zu zahlen sind, in dem unter Buchstabe a erstgenannten Mitgliedstaat eine Berufstätigkeit ausgeübt, so ruht der Anspruch auf die allein

aufgrund der innerstaatlichen Rechtsvorschriften des anderen Mitgliedstaats oder nach den genannten Artikeln geschuldeten Familienleistungen, und zwar bis zur Höhe der Familienleistungen, die in den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats vorgesehen sind, in dessen Gebiet das Familienmitglied wohnhaft ist. Leistungen, die der Mitgliedstaat zahlt, in dessen Gebiet das Familienmitglied wohnhaft ist, gehen zu Lasten dieses Staates.

Die Familienbeihilfe iSd Familienlastenausgleichsgesetzes (FLAG) 1967 ist somit eine Familienleistung, auf welche aufgrund der Verordnung Nr. 1408/71 grundsätzlich Anspruch bestehen kann, wenn der sorgeberechtigte oder der zum Unterhalt verpflichtete Elternteil den Rechtsvorschriften (iSd Art. 13 der VO 1408/71) Österreichs unterliegt.

Die Bw. ist jedoch seit Mai 2003 in Ms beschäftigt und damit kommt Art. 13 Abs. 2 lit a zur Anwendung. Demzufolge unterliegt sie den m. Rechtsvorschriften hinsichtlich der Anwendung der Systeme der Sozialen Sicherheit. Grundsätzlich sind demnach die M.S. für die Gewährung einer Familienbeihilfe nach den nationalen Bestimmungen dieses Landes zuständig und dies wird von der Bw. auch nicht bestritten.

Nach Ansicht des Finanzamts ist eine Gewährung der Familienbeihilfe in Österreich auf Grund der VO 1408/71 nicht möglich, da Art. 13 das Beschäftigungsland zur Gewährung einer Familienleistung verpflichtet. Eine Ausgleichszahlung nach § 4 Abs. 2 FLAG 1967 würde daran scheitern, dass im Beschäftigungsland kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestehe.

Die von der Bw. zur Bekräftigung ihres Vorbringens erwähnte Rs. Dodl und Oberhollenzer ist im vorliegenden Fall nicht geeignet, einen Rechtsanspruch auf Familienbeihilfe in Österreich zu begründen. Die Rs. Dodl und Oberhollenzer ist insofern mit dem vorliegenden Sachverhalt nicht vergleichbar, als es sich dabei um einen Fall handelt, in dem die Mutter in einem Mitgliedstaat beschäftigt ist und der Gatte (Lebensgefährte) im gemeinsamen Wohnsitzmitgliedstaat einer Beschäftigung nachgeht. Im gegenständlichen Fall existiert hingegen nur ein Beschäftigungsstaat, nämlich der M.S..

Dem vorliegenden Sachverhalt ähnlich gelagert ist jedoch die Rs. Bosmann (EuGH 20.5.2008, Rs. C-352/06, Bosmann/Bundesagentur für Arbeit): Einer in Deutschland wohnhaften Bezieherin von Familienbeihilfe (Kinder studieren in Deutschland), die eine Erwerbstätigkeit in den Niederlanden aufgenommen hatte, wurde in D die Familienbeihilfe versagt.

Der Europäische Gerichtshof führt dazu aus: Zweck des Titels II der VO 1408/71 ist die Vermeidung einer Kumulierung anwendbarer nationaler Rechtsvorschriften, damit die Betroffenen dem System der sozialen Sicherheit nur eines Mitgliedstaats unterliegen (Rs. C-352/06, Rz. 16). Zweck des Art. 10 Abs. 1 lit a der VO 574/72 ist es, Fälle des Zusammentreffens von Ansprüchen auf Familienleistungen zu regeln, die auftreten, wenn

diese Leistungen unabhängig von Versicherungs- oder Beschäftigungsvoraussetzungen im Wohnmitgliedstaat des Kindes und zugleich nach Art. 73 der VO 1408/71 im Beschäftigungsmitgliedstaat geschuldet werden. (Rs. C-352/06, Rz. 24). Da jedoch kein Zusammentreffen von Ansprüchen mangels Familienbeihilfenbezug in den Niederlanden vorlag, entschied der Gerichtshof, dass nur die allgemeine Regel des Art. 13 Abs. 2 lit a der VO 1408/71 anzuwenden ist. Somit kommt die Prioritätenumkehr des Art. 10 Abs. 1 lit b der VO 574/72 nicht zur Anwendung. Daraus folge, dass das Gemeinschaftsrecht die zuständigen deutschen Behörden nicht verpflichtet, Frau Bosmann Familienbeihilfe zu gewähren. (Rs. C-352/06, Rz. 26f).

Zum Inhalt der Art 13ff der VO 1408/71 gehört es demnach, die Kumulierung von Rechtsvorschriften zu vermeiden (vgl auch das Urteil des EuGH vom 15. Februar 2000, Rs C-34/98 (Kommission/Frankreich), Rn 31 und 34). Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass mangels eines Zusammentreffens von mehreren Ansprüchen auf Familienbeihilfe Art. 10 der VO 574/72 nicht zur Anwendung gelangt, sondern nur das Beschäftigungslandprinzip des Art. 13 Abs. 2 lit a der VO 1408/71 einschlägig ist.

In der Rs. Bosmann hat der Gerichtshof letztlich auf die Vorlagefrage aber geantwortet, dass Art. 13 Abs. 2 lit a der VO 1408/71 dem nicht entgegensteht, dass ein Wanderarbeitnehmer, der dem System der sozialen Sicherheit des Beschäftigungsmitgliedstaats unterliegt, nach den nationalen Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats Familienleistungen im letztgenannten Staat bezieht. Die genannten Regelungen der VO schaffen aber nicht einen Anspruch auf Familienbeihilfe für sich, es müssen die Voraussetzung für einen Anspruch auf Familienbeihilfe nach nationalem Recht bestehen.

Daraus folgt für den vorliegenden Sachverhalt, dass, auch wenn das Beschäftigungslandprinzip des Art. 13 Abs. 2 lit a der VO 1408/71 anzuwenden ist, trotzdem Familienbeihilfe nach den Rechtsvorschriften Österreichs gewährt werden kann, wenn die Voraussetzung für einen Anspruch auf Familienbeihilfe nach nationalem Recht bestehen.

Demzufolge ist noch der Rechtsanspruch auf Familienbeihilfe allein nach österreichischem Recht zu prüfen:

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für volljährige Kinder, die das 26. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet werden.

Gemäß § 2 Abs. 8 FLAG idF BGBl 116/1971 haben Personen, die sowohl im Bundesgebiet als auch im Ausland einen Wohnsitz haben, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Bundesgebiet haben und sich die Kinder ständig im

Bundesgebiet aufhalten. Eine Person hat den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.

§ 2 Abs 8 FLAG idF BGBl I 100/2005 lautet:

"Personen haben 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."

Keinen Anspruch auf Familienbeihilfe haben gemäß § 4 Abs. 1 FLAG 1967 Personen, die Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe haben.

§ 4 Abs. 2 FLAG 1967 normiert auszugsweise:

Österreichische Staatsbürger, die gemäß Abs. 1 (...) vom Anspruch auf die Familienbeihilfe ausgeschlossen sind, erhalten eine Ausgleichszahlung, 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.

Ein Anspruch gemäß § 2 Abs. 1 FLAG 1967 besteht dann, wenn die Bw. in Österreich einen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hat. Die Begriffe „Wohnsitz“ und „gewöhnlicher Aufenthalt“ sind im § 26 BAO bestimmt.

§26 BAO normiert:

Einen Wohnsitz im Sinn der Abgabenvorschriften hat jemand dort, wo er eine Wohnung innehat unter Umständen, die darauf schließen lassen, dass er die Wohnung beibehalten und benutzen wird.

Den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinn der Abgabenvorschriften hat jemand dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt.

Im vorliegenden Fall ist davon auszugehen, dass die Bw. die Wohnung beibehalten wird, da im Zeitpunkt der Berufung ihre Tochter dort wohnt, die Bw. nach eigenen Angaben zu den Wochenenden bzw. während ihres Urlaubs immer wieder dorthin zurückkehrt und sie selbst die Absicht hat, ihren Wohnsitz in Ms nicht für immer beizubehalten. Demzufolge hat die Bw. einen Wohnsitz in Österreich.

Weiters ist zu prüfen, ob die Bw. ihren Mittelpunkt der Lebensverhältnisse iSd § 2 Abs. 8 in Österreich hat.

Eine Person kann zwar mehrere Wohnsitze, jedoch nur einen Mittelpunkt der Lebensinteressen iSd § 2 Abs. 8 FLAG 1967 haben. (VwGH 18.01.1996, 93/15/0145). Im vor-

liegenden Fall ist die Frage der Feststellung des Mittelpunktes der Lebensinteressen eine solche der freien Beweiswürdigung gemäß § 167 Abs 2 BAO, wonach die Abgabenbehörde unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen hat, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht.

Hinsichtlich des Begriffs "Mittelpunkt der Lebensinteressen" treten nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes die der Lebensgestaltung dienenden wirtschaftlichen Beziehungen hinter die persönlichen Bindungen eindeutig zurück (vgl. VwGH 30.01.1990, 89/14/0054). Den wirtschaftlichen Beziehungen kommt somit in der Regel eine geringere Bedeutung als den persönlichen Beziehungen zu. Entscheidend ist das Gesamtbild der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse, wobei das Überwiegen der Beziehungen zum einen oder anderen Staat den Ausschlag gibt. (VwGH 28.10.2008, 2008/15/0114).

Unter persönlichen Beziehungen sind dabei all jene zu verstehen, die jemanden aus in seiner Person liegenden Gründen auf Grund der Geburt, der Staatszugehörigkeit, des Familienstandes und der Betätigungen religiöser und kultureller Art, mit anderen Worten nach allen Umständen, die den eigentlichen Sinn des Lebens ausmachen, an ein bestimmtes Land binden. Nach den Erfahrungen des täglichen Lebens bestehen im Regelfall die stärksten persönlichen Beziehungen zu dem Ort, an dem man regelmäßig und Tag für Tag mit seiner Familie lebt. (VwGH 18.01.1996, 93/15/0145). Der Mittelpunkt der Lebensverhältnisse einer verheirateten Person wird regelmäßig am Ort des Aufenthaltes ihrer Familie zu finden sein. Diese Annahme setzt allerdings im Regelfall die Führung eines gemeinsamen Haushaltes sowie das Fehlen ausschlaggebender und stärkerer Bindungen zu einem anderen Ort, etwa aus beruflichen oder gesellschaftlichen Gründen, voraus. Bei von der Familie getrennter Haushaltsführung kommt es auf die Umstände der Lebensführung, wie etwa eine eigene Wohnung, einen selbständigen Haushalt, gesellschaftliche Bindungen, aber auch auf den Pflichtenkreis einer Person und hier insbesondere auf ihre objektive und subjektive Beziehung zu diesem an (VwGH 18.01.1996, 93/15/0145).

Die Bw. bringt diesbezüglich vor, dass sie eine engere Beziehung zu Österreich habe, da hier ihre Familie lebe. Da die Tätigkeit in Ms nur vorübergehend sei, wäre ihr Lebensmittelpunkt in Österreich gegeben. In Ms habe sie für die Zeitphase der Beschäftigung (ab Mai 2003 bis voraussichtlich 2009) nur vorübergehend einen Wohnsitz begründet, jedoch ohne die Intention diesen beizubehalten.

Wenn nach der Rechtsprechung somit den persönlichen Beziehungen ein größeres Gewicht beigemessen wird als den wirtschaftlichen Beziehungen, ist im vorliegenden Fall vorerst festzustellen, dass die Familie der Bw. bereits zum Zeitpunkt des Antrittes der Beschäftigung in Ms nur aus der 22-jährigen studierenden Tochter bestand, die nicht mehr einer

regelmäßigen Fürsorge und Betreuung bedarf. Den diesbezüglichen Vorhaltungen vom 12. November 2008 hat die Bw. nichts entgegengesetzt.

Die Bw. bringt weiter vor, sie verbringe ihren Urlaub, freie Tage sowie die Wochenenden in Österreich. Insgesamt verbringe sie ca. 100 Tage pro Jahr in Österreich und sie sei an ihrem Wohnsitz sowohl familiär als auch sozial gebunden. Laut Vorhaltsbeantwortung habe sie den Großteil ihrer Reisetätigkeiten „*aufgrund der überschaubaren Distanz B. - Z. mit dem Auto zurückgelegt*“. Ein Nachweis über die Reisetätigkeit (z.B. Flugreisen) könne daher nicht erbracht werden. Die Entfernung vom Wohnsitz der Bw. in Österreich bis B. beträgt laut Routenplaner (www.reiseplanung.de) 1.140 km und die Fahrzeit mit dem Auto beträgt für eine Strecke circa 10 Stunden. Es widerspricht den Erfahrungen des täglichen Lebens, dass jemand häufig an den Wochenenden 20 Stunden Fahrzeit (für Hin- u. Rückfahrt) aufwendet, um (unter Berücksichtigung der erforderlichen Ausruh- bzw. Schlafenszeiten) ein paar Stunden mit der Tochter bzw. Freunden am Wohnsitz in Österreich zu verbringen. Damit ist die Annahme gerechtfertigt, dass die Bw. nicht nur wochentags ihre Freizeit in B. verbringt, sondern auch am Wochenende nicht so häufig wie behauptet nach Österreich fährt. Demzufolge ist – auch im Hinblick auf die Dauer der Beschäftigung - anzunehmen, dass zum Beschäftigungsort ein überwiegendes Naheverhältnis begründet wurde und damit auch entscheidende gesellschaftliche Anknüpfungspunkte bestehen.

Ebenso kann mit dem Argument der Bw., ihr Mittelpunkt der Lebensinteressen sei im Bundesgebiet gelegen, weil ihre Tätigkeit in den Niederlanden nur vorübergehend sei, nichts gewonnen werden: Die Bw. ist mit unbefristetem Dienstvertrag und laut Vorhaltsbeantwortung vom 12. Dezember 2008 seit Mai 2003 laufend in diesem Mitgliedstaat beschäftigt. Der Aufenthalt der Bw. im genannten Mitgliedstaat dauert immerhin bereits mehr als fünf Jahre. Bei der Beurteilung der Frage des Schwerpunktes der persönlichen Bindungen im Streitzeitraum ist der Zeitfaktor insoweit von Relevanz, als mit der beabsichtigten bzw. tatsächlichen Dauer des Auslandsaufenthaltes das Gewicht der persönlichen Beziehungen zugunsten des Beschäftigungslandes der Bw. zunimmt. Unter den gegebenen Umständen ist der Aufenthalt jedenfalls nicht mehr als derartig kurzfristig anzusehen, um Zweifel daran zu erwecken, dass (unter Einbeziehung der bereits erwähnten Elemente) der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Bw. während des Streitzeitraumes in Ms gelegen war. Die Absicht der Bw., den Mittelpunkt der Lebensinteressen nicht für immer in Ms beizubehalten, spricht nicht dagegen, dass die Bw. im strittigen Zeitraum den Mittelpunkt der Lebensinteressen nicht im Bundesgebiet hatte.

Nach den vorstehenden Ausführungen ist auf Grund des festgestellten Sachverhaltes in rechtlicher Hinsicht der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Bw. iSd § 2 Abs 8 FLAG 1967 somit als nicht in Österreich gelegen anzunehmen.

Fehlt es aber am Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet, so steht - wie dies das Finanzamt im angefochtenen Bescheid zutreffend erkannt hat - § 2 Abs 8 FLAG 1967 einem Familienbeihilfenanspruch entgegen. Daran vermag im Übrigen auch die Regelung des § 53 FLAG 1967 nichts zu ändern, da nach dieser Bestimmung zwar der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des EWR dem ständigen Aufenthalt in Österreich gleich zu halten ist. Im gegenständlichen Fall steht jedoch das Fehlen des Mittelpunktes der Lebensinteressen der Bw. dem Familienbeihilfenanspruch nach den nationalen Rechtsvorschriften entgegen.

Aus der Bestimmung des § 4 FLAG 1967 ist für die Bw. – entgegen den Ausführungen in der Berufung - ebenfalls nichts zu gewinnen:

Zweck der Bestimmung des § 4 Abs. 1 ist es, auszuschließen, dass Doppelleistungen an Beihilfen erbracht werden, und zwar - wenn **neben dem vorhandenen Anspruch nach innerstaatlichem Recht** - Anspruch auf gleichartige ausländische Beihilfen besteht. § 4 Abs 2 FLAG 1967 ordnet für den Fall des Zusammentreffens des inländischen Beihilfenanspruches mit einem Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe an, dass in Österreich ein Anspruch (nur) auf eine Ausgleichszahlung bis zur Höhe der (höheren) österreichischen Beihilfe besteht (VwGH 23. Mai 2007, 2006/13/0074; 19.03.2008, 2008/15/0002).

Die Regelungen der Verordnung schaffen – wie bereits ausgeführt - keinen Anspruch auf Familienbeihilfe für sich, es müssen die Voraussetzung für den Anspruch auf Familienleistungen nach nationalem Recht bestehen. § 4 Abs. 2 FLAG 1967 setzt einen bestehenden Beihilfenanspruch nach §§ 2 oder 3 FLAG 1967 voraus und damit muss für den Anspruch auf Ausgleichszahlung nach § 4 Abs. 2 FLAG 1967 der Mittelpunkt der Lebensinteressen (iSd § 2 Abs.8 FLAG1967) in Österreich gelegen sein.

Da die Voraussetzungen des § 2 Abs. 8 FLAG 1967 nach den vorstehenden Ausführungen im Berufungsfall nicht vorliegen, sind die Anspruchsvoraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe ab Juni 2003 nicht gegeben. Es erübrigt sich damit, das Vorliegen der weiteren Anspruchsvoraussetzungen nach § 2 Abs. 1 lit b FLAG 1967 (Berufsausbildung der Tochter vor dem Erreichen des 26. Lebensjahres) zu prüfen.

Eine Benachteiligung der Bw., die als Wanderarbeitnehmerin nach Art. 13 Abs. 2 lit a der Verordnung 1408/71 dem System der sozialen Sicherheit des Beschäftigungsmitgliedstaats unterliegt, ist durch den Leistungsausschluss aufgrund der bestehenden Altersgrenze in Ms im konkreten Fall ebenfalls nicht gegeben, da unabhängig von der Staatsbürgerschaft alle den

Rechtsvorschriften der M.S. unterliegenden Personen von den dortigen innerstaatlichen Bestimmungen betroffen sind.

Es war daher wie im Spruch zu entscheiden.

Wien, am 21. Juli 2009