



## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch Dr. Karl Claus & Mag. Dieter Berthold KEG, 2130 Mistelbach, Hauptplatz 1, gegen den Bescheid des Finanzamtes Hollabrunn Korneuburg Tulln betreffend Familienbeihilfe von 1. April 2006 bis 31. August 2006 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Die Berufungswerberin (Bw.), eine tschechische Staatsbürgerin, bezog bis März 2006 für ihre drei Kinder Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge.

Am 7. Juni 2006 stellte der steuerliche Vertreter der Bw. den Antrag auf Weitergewährung von Familienbeihilfe ab April 2006.

Folgende Unterlagen liegen im Akt auf:

- Beschluss des BG H. über die rechtskräftige Scheidung, datiert mit 25. Jänner 2006.
- Versicherungsdatenauszug, Stand 28. April 2006, wonach die Bw. vom 1. Jänner 2004 bis 30. April 2005 Kinderbetreuungsgeld bezog;

- Bestätigung der Meldung aus dem lokalen Melderegister: Sowohl die Bw. als auch die drei Kinder waren ab 18. April 2006 mit in Ur (Wohnsitzqualität: Hauptwohnsitz) gemeldet.
- Schulbesuchsbestätigung, dass M.F., geb. 29. April 1991 im Schuljahr 2005/2006 die Klasse 4a in R besucht hat.
- Schulbesuchsbestätigung, dass Fi.Mi., geb. 19.10.1996, im Schuljahr 2005/2006 die 3. Schulstufe der Volksschule R besucht hat (Schuleintrittsdatum: VS R – 1. September 2003).
- Niederschrift mit A. L, 2070 Mi:  
"Ich habe mein Haus in der H-Gasse X, Ur in der Zeit von April 06 bis August 06 an Frau M. H vermietet. Die Miete beträgt mtl. € 200,--. Warum Frau H mein Haus in Ur gemietet hat, ist für mich unverständlich, da sie sich fast nie in U, H-Gasse X, aufhielt.
- Mietvertrag, im dem festgehalten wurde, dass das (unbefristete) Mietverhältnis zwischen A. L und der Bw. am 18. April 2006 begann.
- Aussage von G. K. , Ur Y, dass die Bw. von April bis 23. August 2006 "vielleicht 15 x" am Anwesen war. Die Kinder seien gelegentlich in U gewesen, wenn die Bw. **in Tschechien arbeitete**. Die Kinder seien in dieser Zeit von der Schwester der Bw. beaufsichtigt worden. Das Haus Nr. X u. Y sei früher ein Anwesen gewesen. Das Haus Nr. X befinde sich im Anschluss (hinter) dem Haus Nr. Y. Der Innenhof werde von beiden Häusern genützt. Dadurch sei für Frau K. jederzeit ersichtlich gewesen, ob sich jemand im Haus Nr. X befände.
- Bericht über das Ergebnis der Erhebung gemäß § 143 BAO vom 20. September 2006 (Gegenstand der Amtshandlung: Wohnsitzüberprüfung): *"...Dem Grenzpolizeiinspektionsposten M war bekannt, dass Frau H bzw. eine andere weibl. Person die Kinder von Tschechien nach Österreich verbracht haben. Aufgrund eines Zwischenfalls wurde dann nicht mehr der Grenzübergang M gewählt sondern vermutlich K."*

Das Finanzamt erließ am 23. Oktober 2006 einen Bescheid und wies den Antrag der Bw. vom 31. Mai 2006 auf Gewährung der Familienbeihilfe für ihre drei Kinder mit folgender Begründung ab:

"Gemäß § 2 Abs. 8 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) in der ab 1.1.2006 gültigen Fassung 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 § 3 Abs. 2 FLAG besteht Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (tatsächlich) rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Weiters besteht grundsätzlich Anspruch auf Familienbeihilfe für EU-Bürger in dem Land, in dem eine Beschäftigung (nichtselbständige Einkünfte, Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft, selbständige Einkünfte, Einkünfte aus Gewerbebetrieb) ausgeübt wird. Der Wohnsitz der Familie ist hierbei unbeachtlich.

Zur Feststellung, ob sich Frau H M. mit ihren drei Kindern tatsächlich überwiegend in Österreich aufhält, wurden umfangreiche Erhebungen des Finanzamtes durchgeführt.

So gab z.B. Frau G. K. (Nachbarin von Frau H M. ) am 23.8.2006 an, dass sich Frau H in der Zeit von April 2006 bis zur Erhebung vielleicht 15 mal am Anwesen in U war. Die beiden Häuser waren früher ein Anwesen, dadurch wird der Hof auch von beiden genützt. Für die Nachbarin war es jederzeit ersichtlich, ob Frau H das Haus nützte oder nicht.

Ebenso gab die Vermieterin des Hauses – Frau L A. – an, dass es für sich unverständlich war, warum Frau H das Haus mietete, da sie es fast nie nutzte. Im August 2006 kündigte die Vermieterin den Mietvertrag, da das Haus total vernachlässigt wurde. Die zweimonatige Kündigungsfrist wurde von Frau H nicht in Anspruch genommen, da sie kaum persönliche Sachen im Haus hatte.

Ein an die Grenzpolizeiinspektion M gerichtetes Amtshilfeersuchen ergab folgendes Ergebnis:

Bei einem Grenzübertritt am 4.9.2006 gab Frau H im Zuge einer Befragung an, dass der Wohnsitz in Österreich aufgelöst wird und die Abmeldung bei der Gemeinde R. in den nächsten Tagen erfolgen wird. Sie gab auch weiters bekannt, ihre Kinder nicht mehr in Österreich zur Schule gehen zu lassen, sondern in Tschechien. Den Wohnsitz habe sie in Tschechien, derzeit in Z, und wird in einer Woche wieder einen anderen, noch unbekannten Wohnsitz in Tschechien begründen.

Frau H M. wurde mit Schreiben vom 28.8.2006 aufgefordert, zwecks Befragung am 18.9.2006 im Finanzamt Hollabrunn persönlich vorzusprechen. Der Termin für diese Vorladung wurde von Frau H nicht wahrgenommen.

Für die Behörde ist es somit als erwiesen anzusehen, dass sich Frau H M. und ihre drei Kinder von April 2006 bis lfd. nicht überwiegend im Bundesgebiet aufgehalten haben. Der Mittelpunkt der Lebensinteressen der gesamten Familie befindet sich eindeutig in Tschechien..."

Die steuerliche Vertretung der Bw. erhob gegen den Bescheid fristgerecht Berufung und führte dazu aus:

"...Der Abweisungsbescheid vom 23.10.2006 wird seinem gesamten Inhalte nach angefochten. Vorerst weise ich darauf hin, dass ich zwei Kinder habe, welche die tschechische Staatsbürgerschaft haben und ein Kind, nämlich den mj. Lu H, welcher österreichischer Staatsbürger ist. Vorerst wird dazu ausgeführt, dass ich vom 18.4.2006 bis 31.8.2006 in Österreich aufhältig war.

Ich habe durchgehend in diesem Zeitraum mit meinen Kindern in Österreich gewohnt. Bemerkt wird, dass die Zeugin A. L vorwiegend in Wien wohnt. Das heißt, diese kann mehr oder weniger keine genauen Wahrnehmungen gemacht haben. Ferner wird ausgeführt, dass auch Frau G. K. keinerlei genaue Angaben machen konnte. Diese hat mich offensichtlich im Zeitraum vom April 2006 bis August 2006 15 mal am Anwesen in U gesehen. Es konnte daher für Frau G. K. nicht möglich sein genau zu beobachten, wann ich mit meiner Familie in R bin. Es sind daher seitens des Finanzamtes genau jene Personen einvernommen worden, die geradezu nichts zum Sachverhalt beitragen konnten. Richtig ist, dass der Wohnsitz mit 31.8.2006 in Österreich aufgelöst wurde. Richtig ist, dass der Wohnsitz nach Tschechien, nämlich nach Z, verlegt wurde. Das Schreiben vom 28.8.2006 konnte mir nicht mehr zugestellt werden, da ich eben Ende August 2006 bereits das Haus in R. verlassen hatte. Daher hätte mir zumindest für den Zeitraum vom 18. April bis 31. August eben die Familienbeihilfe für sämtliche Kinder überwiesen werden müssen, da die Voraussetzungen nach dem Familienlastenausgleichsgesetz gegeben sind.

Festhalten möchte ich, dass meinem ausgewiesenen Rechtsvertreter niemals die Aussagen von Frau G. K. und A. L. zur Kenntnis gebracht worden sind, sodass dieser keinerlei Möglichkeit hatte, im Rahmen des Rechtes auf Gehör entsprechend zu replizieren. Hätte ich die Möglichkeit gehabt durch meinen ausgewiesenen Rechtsvertreter zu replizieren, hätte ich entsprechende Beweismittel dartzun können, insbesondere meine Einvernahme, die zeugenschaftliche Einvernahme meiner Kinder. Dieses Recht wurde mir entzogen, sodass gegenständliches erstinstanzliches Verfahren mit wesentlichen Verfahrensmängeln behaftet ist.

Das Schreiben vom 28.8.2006 hatte ich nicht mehr erhalten, sodass mir jegliches Parteiengehör entzogen wurde..."

Das Finanzamt legte die Berufung ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung der Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung vor.

Die Berufungsbehörde richtete am 22. Februar 2007 an die Bw. zu Händen ihres steuerlichen Vertreters ein Schreiben folgenden Inhalts unter Anschluss untenstehender Beilagen:

- 1) Beschluss des BG Hollabrunn vom 28.3.2006
- 2) Aktenvermerk vom 2.5.2006 betr. Telefonat mit Volksschule R
- 3) Aktenvermerk vom 4.5.2006 betr. Telefonat mit Gemeinde R.
- 4) Bericht über das Ergebnis der Erhebung gem. § 143 BAO vom 20.9.2006
- 5) Aktenvermerk vom 23.8.2006 betr. Befragung von G. K.
- 6) Niederschrift über die Nachschau nach § 144 BAO vom 8.9.2006 bei Fr. A. L.

„Es werden Ihnen obige Beilagen zur Kenntnis gebracht. Im einzelnen ergeben sich hieraus folgende entscheidungsrelevante Angaben:

ad 1) Seite 2, 3. Absatz: „...die sich mit ihm zur Zeit meist in Tschechien aufhält.“

ad 2) Fi.Mi. besucht die Volksschule, wird jedoch laut ihren eigenen Aussagen täglich von Znaim in die Schule gebracht und wieder abgeholt.

ad 3) Auskunft einer in U wohnhaften Gemeindebediensteten, derzufolge Sie tatsächlich nicht dauernd in U wohnhaft waren.

ad 4) Zusammenfassendes Ergebnis der Erhebung.

ad 5) Aussage der G. K., derzufolge Sie in der Zeit von April bis 23. August vielleicht 15x am Anwesen waren. Die Kinder seien gelegentlich in U gewesen, wenn Sie in Tschechien arbeiteten.

ad 6) Aussage der A. L., derzufolge Sie sich fast nie in U aufgehalten hätten.

Aufgrund dieser übereinstimmenden Angaben nimmt es die Berufungsbehörde vorläufig als erwiesen an, dass weder Sie selbst im Streitzeitraum Ihren Mittelpunkt der Lebensinteressen im Inland gehabt noch auch Ihre Kinder sich ständig im Inland aufgehalten haben.

Hingewiesen wird weiters darauf, dass bei Zutreffen der Aussage der G. K., derzufolge Sie in Tschechien gearbeitet haben, Sie nach Maßgabe der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 idgF Anspruch auf Familienleistungen in Tschechien haben würden.

Es wird Ihnen Gelegenheit geboten, hierzu innerhalb von vier Wochen ab Zustellung dieses Schreibens Stellung zu nehmen.“

Am 27. März 2007 beantragte der Rechtsvertreter der Bw. Fristverlängerung zur Erstattung einer Stellungnahme bis zum 10. April 2007. Wegen des vorübergehenden Aufenthalts der Bw. in Tschechien sei sie für den Rechtsvertreter noch nicht erreichbar gewesen bzw. habe von

ihr noch kein Besprechungstermin zur Erörterung des Schreibens wahrgenommen werden können.

Eine Stellungnahme ist bis zum heutigen Tag nicht erfolgt.

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

Eingangs wird festgehalten, dass durch die Berufungsausführungen nunmehr klargestellt ist, dass Familienbeihilfe für den Zeitraum 1. April 2006 bis 31. August 2006 begehrt wird.

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

Gemäß § 26 Abs. 1 Bundesabgabenordnung (BAO) hat jemand einen Wohnsitz im Sinne der Abgabenvorschriften dort, wo er eine Wohnung unter Umständen innehat, die darauf schließen lassen, dass er die Wohnung beibehalten und benutzen wird.

Gemäß § 26 Abs. 2 BAO hat jemand den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne der Abgabenvorschriften dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt.

Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG hat die Person den Anspruch auf Familienbeihilfe, zu deren Haushalt das Kind gehört.

Gemäß § 2 Abs. 8 FLAG haben Personen nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben. Eine Person hat den Mittelpunkt der Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat. Nach § 5 Abs 3 FLAG besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sich die Kinder ständig im Ausland aufhalten.

Zu prüfen ist weiters, ob die Verordnung (EG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14.6.1971 auf den Berufungsfall anwendbar ist. Die genannte VO lautet in der konsolidierten Fassung ABl. L 028 vom 30. Jänner 1997 und nach Änderung durch die VO (EG) 1606/98 des Rates vom 29. Juni 1998 ABl. L 209 auszugsweise:

"Art. 1

Für die Anwendung dieser Verordnung werden die nachstehenden Begriffe wie folgt definiert:

a) 'Arbeitnehmer' oder 'Selbständiger': jede Person,

i) 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;

ii) die im Rahmen eines für alle Einwohner oder die gesamte erwerbstätige Bevölkerung geltenden Systems der sozialen Sicherheit gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken pflichtversichert ist, die von den Zweigen erfasst werden, auf die diese Verordnung anzuwenden ist,

- wenn diese Person auf Grund der Art der Verwaltung oder der Finanzierung dieses Systems als Arbeitnehmer oder Selbständiger unterschieden werden kann oder

- wenn sie bei Fehlen solcher Kriterien im Rahmen eines für Arbeitnehmer oder Selbständige errichteten Systems oder eines Systems der Ziffer iii) gegen ein anderes in Anhang I bestimmtes Risiko pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist oder wenn auf sie bei Fehlen eines solchen Systems in dem betreffenden Mitgliedstaat die in Anhang I enthaltene Definition zutrifft;

iii) die gegen mehrere Risiken, die von den unter diese Verordnung fallenden Zweigen erfasst werden, im Rahmen eines für die gesamte Landbevölkerung nach den Kriterien des Anhangs I geschaffenen einheitlichen Systems der sozialen Sicherheit pflichtversichert ist;

iv) die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den unter diese Verordnung fallenden Zweigen erfasst werden, im Rahmen eines für Arbeitnehmer, für Selbständige, für alle Einwohner eines Mitgliedstaats oder für bestimmte Gruppen von Einwohnern geschaffenen Systems der sozialen Sicherheit eines Mitgliedstaats freiwillig versichert ist,

- wenn sie im Lohn- oder Gehaltsverhältnis beschäftigt ist oder eine selbständige Tätigkeit ausübt oder

- wenn sie früher im Rahmen eines für Arbeitnehmer oder Selbständige desselben Mitgliedstaats errichteten Systems gegen das gleiche Risiko pflichtversichert war;

...

#### Art. 13

(1) Vorbehaltlich des Artikels 14c (und 14f (eingefügt durch ABl. L 209/1998)) unterliegen Personen für die diese Verordnung gilt, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaates. Welche Rechtsvorschriften diese sind, bestimmt sich nach diesem Titel.

(2) Soweit nicht die Artikel 14 bis 17 etwas anderes bestimmen, gilt Folgendes:

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

...

#### Art. 73:

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. 75 Abs. 1:

Familienleistungen werden in dem in Artikel 73 genannten Fall vom zuständigen Träger des Staates gewährt, dessen Rechtsvorschriften für den Arbeitnehmer oder den Selbständigen gelten; ... Sie werden nach den für diese Träger geltenden Bestimmungen unabhängig davon gezahlt, ob die natürliche oder juristische Person, an die sie zu zahlen sind, im Gebiet des zuständigen Staates oder in dem eines anderen Mitgliedstaats wohnt oder sich dort aufhält."

Über Vorabentscheidungsersuchen des Oberlandesgerichtes Innsbruck vom 16. Dezember 2003 erkannte der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften mit Urteil vom 7. Juni 2005, Rechtssache C-543/03 "Christine D und Petra O gegen Tiroler Gebietskrankenkasse", im Spruchpunkt 1. zu Recht:

"Eine Person besitzt die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne der 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, in ihrer durch die Verordnung (EG) Nr. 1386/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2001 geänderten und aktualisierten Fassung, wenn sie auch nur gegen ein einziges Risiko im Rahmen eines der in Artikel 1 Buchstabe a dieser Verordnung genannten allgemeinen oder besonderen Systeme der sozialen Sicherheit pflichtversichert oder freiwillig versichert ist, und zwar unabhängig vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses. Es ist Sache des nationalen Gerichts, die notwendigen Prüfungen vorzunehmen, um festzustellen, ob die Klägerinnen der Ausgangsverfahren in den Zeiträumen, für die die fraglichen Leistungen beantragt wurden, einem Zweig des österreichischen Systems der sozialen Sicherheit angehört haben und damit unter den Begriff 'Arbeitnehmer' im Sinne von Artikel 1 Buchstabe a fielen."

In den Entscheidungsgründen seines Urteils führte der EuGH aus, dass die Bedeutung des Arbeitnehmerbegriffs im Gemeinschaftsrecht nicht einheitlich sei, sondern vom jeweiligen Anwendungsbereich abhängen (Rnr. 27). Die Begriffe "Arbeitnehmer" und "Selbständiger" seien in Art. 1 Buchstabe a der Verordnung definiert. Sie bezeichneten jede Person, die im Rahmen eines der in Art. 1 Buchstabe a aufgeführten Systeme der sozialen Sicherheit gegen die in dieser Vorschrift angegebenen Risiken unter den dort genannten Voraussetzungen versichert sei (Rnr. 29). Eine Person besitze somit die Arbeitnehmereigenschaft im Sinn der genannten Verordnung, wenn sie auch nur gegen ein einziges Risiko im Rahmen eines der in Art. 1 Buchstabe a dieser Verordnung genannten allgemeinen oder besonderen Systeme der sozialen Sicherheit pflichtversichert oder freiwillig versichert sei, und zwar unabhängig vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses (Rnr. 30). Dies sei vom nationalen Gericht zu prüfen (Rnr. 33).

Sachverhaltsmäßig steht im Berufungsfall fest, dass die Bw. im Streitzeitraum im Inland weder im Lohn- oder Gehaltsverhältnis beschäftigt war noch eine selbständige Tätigkeit ausgeübt hat. Dass sie auch nur gegen ein einziges Risiko im Rahmen eines der in Art. 1 Buchstabe a der VO genannten allgemeinen oder besonderen Systeme der sozialen Sicherheit in Österreich pflichtversichert oder freiwillig versichert war, wurde im Berufungsverfahren nicht behauptet. Auch aus der sonstigen Aktenlage ergibt sich hierfür kein Hinweis. Ist es aber als erwiesen anzunehmen, dass eine derartige Versicherung nicht vorgelegen ist, so ergibt sich daraus in rechtlicher Hinsicht, dass auf die VO, insbesondere auf deren Artikel 73, ein Anspruch auf Familienbeihilfe nicht gestützt werden kann.

Somit ist für den Berufungsfall nur mehr entscheidend, ob die Bw. im Streitzeitraum ihren Mittelpunkt der Lebensinteressen im Inland gehabt hat und sich ihre Kinder ständig im Inland aufgehalten haben.

Die Berufungsbehörde hat der Bw. im Schreiben vom 22. Februar 2007 unter Anschluss der oben angeführten Unterlagen und Ermittlungsergebnisse vorgehalten, dass es vorläufig als

erwiesen anzunehmen ist, dass dies nicht der Fall war. Der steuerliche Vertreter der Bw. ist dem nicht entgegengetreten.

In freier Beweiswürdigung und in Übereinstimmung mit den Ermittlungsergebnissen des Finanzamtes, die in der im Sachverhaltsteil wiedergegebenen ausführlichen Bescheidbegründung ihren Niederschlag gefunden haben, ist somit die Berufungsbehörde zum Schluss gekommen, dass die Voraussetzungen des § 2 Abs. 8 und des § 5 Abs 3 FLAG nicht vorliegen. Die Berufung war daher abzuweisen.

Wien, am 6. August 2007