



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Adr, gegen den Bescheid des Finanzamtes Bregenz vom 30. März 2009 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum November 2008 bis März 2009 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin ist türkische Staatsbürgerin. Sie ist seit 9.2.2004, wie auch ihr Gatte OK, an der Adresse BH gemeldet. Laut Melderegisterauskunft scheint für beide Ehegatten von 1.8.2003 bis 9.2.2004 eine Meldung an der Adresse AS in B auf. Unter "Zuzug aus dem Nicht-EU-Raum" ist bei beiden das Datum 1.8.2003 verzeichnet.

Die Berufungswerberin verfügt über einen Aufenthaltstitel "Niederlassungsbewilligung" mit Gültigkeitsdauer bis 12.10.2009 und dem Vermerk "ausgenommen Erwerbstätigkeit". Die Niederlassungsbewilligung für ihren Sohn A ist ebenfalls bis 12.10.2009 gültig und trägt den Vermerk "beschränkt". Ihre Erstniederlassungsbewilligung erhielt die Berufungswerberin am 29.10.2004.

Für den am 26.11.2008 in B geborenen A wurden der Berufungswerberin Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge von November 2008 bis März 2009 ausbezahlt. Mit dem angefochtenen Bescheid wurden diese Beträge als zu Unrecht bezogen zurückgefordert. Begründend wurde

ausgeführt, die zum Haushalt eines Diplomaten gehörenden Familienmitglieder hätten gemäß dem Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen, BGBl. Nr. 66/1966, keinen Anspruch auf Familienbeihilfe, sofern sie weder österreichische Staatsbürger seien noch auf sie die Verordnungen (EWG) Nr. 1408/71 und 574/72 vorrangig anzuwenden seien.

In der dagegen eingebrachten Berufung führte die Berufungswerberin aus, ihr Gatte genieße keinen Diplomatenstatus. Vielmehr gehöre er zum vertragsbediensteten Hauspersonal am Generalkonsulat B. Beigelegt war eine Bestätigung der Vizekonsulin, wonach OK seit Jänner 2002 beim türkischen Generalkonsulat in B als "Member of the service staff" im Sinne des Art. 1 des Wiener Abkommens über Konsularische Beziehungen angestellt sei und über keinen Diplomatenstatus verfüge.

In der Folge erging eine abweisende Berufungsvorentscheidung, die sich auf das Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen, BGBl. Nr. 318/1969, stützte. Demnach seien die Mitglieder des dienstlichen Hauspersonals sowie die mit ihnen im gemeinsamen Haushalt lebenden Familienangehörigen und die Mitglieder des Privatpersonals einer konsularischen Vertretung von den im Empfangsstaat geltenden Vorschriften über soziale Sicherheit ausgenommen, soweit sie weder österreichische StaatsbürgerInnen, noch ständig in Österreich ansässig seien, noch auf sie die Verordnungen (EWG) Nr. 1408/71 und 574/72 vorrangig anzuwenden seien.

Die Berufungswerberin brachte einen Antrag auf Vorlage ihrer Berufung an die Abgabenbehörde II. Instanz ein. Darin betonte sie nochmals, dass ihr Ehemann keinen Diplomatenstatus genieße. Sein Arbeitsvertrag sei nicht befristet und sie habe samt ihrem Gatten und Sohn ihren ständigen Aufenthalt in Österreich. Sie habe die Absicht, demnächst eine Niederlassungsbewilligung zu beantragen, die ihr auch eine Berufstätigkeit ermögliche, was aufgrund ihres nun schon fast fünfjährigen Aufenthalts in Österreich zulässig sei. Unabhängig vom Dienstgeber ihres Mannes wolle sie für ihren Sohn A eine bestmögliche soziale Sicherheit erreichen. Abschließend nannte sie namentlich einige Konsulatsangestellte, die seit Jahren ohne Vorbehalte die Familienbeihilfe für ihre Kinder bezögen.

Über die Berufung wurde erwogen:

Strittig ist: Hat die Berufungswerberin, die türkische Staatsbürgerin und Hausfrau ist und deren Gatte zum Hauspersonal des türkischen Generalkonsulats in B gehört, Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für den gemeinsamen Sohn A?

Ausnahmen von dem Grundsatz, dass Personen, die im Inland einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, unter den im FLAG 1967 festgelegten weiteren Voraussetzungen (§§ 2, 2a, 3 FLAG 1967) Anspruch auf Familienbeihilfe haben, enthalten **zwischenstaatliche Regelungen**, wie u.a. das Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen, BGBl. Nr. 66/1966, und das Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen, BGBl. Nr. 318/1969.

In seinem **Artikel 48** spricht letzteres die in der Berufungsvorentscheidung erläuterte Befreiung der Mitglieder der konsularischen Vertretung und der mit ihnen im gemeinsamen Haushalt lebenden Familienangehörigen von den im Empfangsstaat geltenden Vorschriften über soziale Sicherheit aus. Unter dem genannten Personenkreis versteht man gemäß **Art. 1 Abs. 1 lit g)** leg. cit., "Begriffsbestimmungen", die Konsuln, die Bediensteten des Verwaltungs- oder technischen Personals und die Mitglieder des dienstlichen Hauspersonals. Von den Vorschriften über soziale Sicherheit ausgenommen zu sein bedeutet, auch vom Familienlastenausgleichsgesetz und damit vom Familienbeihilfenbezug ausgenommen zu sein. Die ebenfalls in der Berufungsvorentscheidung erwähnten, vorrangig anzuwendenden Verordnungen (EWG) Nr. 1408/71 und 574/72, die für EWR- und EU-Bürger auf Grund des Gemeinschaftsrechts eine Gleichstellung mit österreichischen Staatsbürgern insofern vorsehen, als sie nach Maßgabe des Gemeinschaftsrechts so wie österreichische Staatsbürger die Leistungen aus dem Ausgleichsfonds für Familienbeihilfen erhalten können, finden im Streitfall mangels EWR- oder EU-Angehörigkeit der Berufungswerberin keine Anwendung. Kriterien für eine Subsumtion unter Art. 48 des Wiener Übereinkommens über konsularische Beziehungen - und damit für einen Ausschluss von der Geltung des Familienlastenausgleichsgesetzes - sind zusammengefasst:

- **1)** Mitglied der konsularischen Vertretung oder im gemeinsamen Haushalt lebende/r Familienangehörige/r,
- **2)** nicht österreichische Staatsbürgerschaft und
- **3)** nicht ständige Ansässigkeit im Inland.

1) Unstrittig ist nach obigen Ausführungen, dass die Berufungswerberin ein im gemeinsamen Haushalt mit einem Mitglied einer konsularischen Vertretung lebendes Familienmitglied ist. Auf das von ihr mehrfach in Abrede gestellte Kriterium "Diplomatenstatus" kommt es hierbei nicht an. Das Übereinkommen definiert in seinem Wortlaut und Begriffsbestimmungen klar, dass die zur Diskussion stehenden Befreiungen und Ausnahmen auch für die **Mitglieder des dienstlichen Hauspersonals** einer konsularischen Vertretung gelten.

2) Unstrittig ist weiters, dass die Berufungswerberin türkische Staatsbürgerin ist.

3) Im Hinblick auf die "Ansässigkeit" hat die Berufungswerberin dargetan, einen Aufenthaltstitel mit Arbeitsmarktzugang in Österreich anzustreben. Der Arbeitsvertrag ihres Gatten beim Konsulat sei nicht befristet. Die Familie halte sich ständig in Österreich auf.

Nach Lehre und Rechtsprechung kann von einer ständigen Ansässigkeit dann ausgegangen werden, wenn ein inländischer Aufenthalt oder eine andere Tätigkeit in Österreich schon vor Antritt des diplomatischen/konsularischen Dienstes vorliegt. Laut im Akt aufscheinender Bestätigung der Vizekonsulin ist OK, der Gatte der Berufungswerberin, seit Jänner 2002 als Mitglied des Hauspersonals des Generalkonsulats beschäftigt. Die Melderegisterauskünfte verzeichnen (für beide Gatten) eine Erstmeldung in Österreich am 1.8.2003. Von einer Tätigkeit auf dem österreichischen Arbeitsmarkt vor Jänner 2002, dem angegebenen Dienstantritt im Konsulat, kann demnach bei OK nicht ausgegangen werden, müßte diesfalls doch eine Meldung an einer inländischen Adresse bzw. auch eine Erfassung beim Finanzamt vorliegen. Keineswegs unüblich ist bei aufrechter Ehe und nicht gegebener eigener Berufstätigkeit der Zuzug einer Ehefrau aus dem Ausland. Er spricht noch nicht für die Begründung einer ständigen Ansässigkeit. Auch die Geburt des gemeinsamen Kindes in B deutet nicht auf eine besondere Nahebeziehung zu Österreich hin, sondern ist Begleiterscheinung des derzeit berufsbedingten Aufenthaltes der Familie im Empfangsstaat der konsularischen Vertretung. Der Aufenthalt in einem anderen Staat als dem Heimatstaat ist bei diplomatischem oder konsularischem Personal üblich und begründet für sich noch keine Verlagerung des Lebensmittelpunktes in den Aufenthaltsstaat. Genausogut wie in Österreich könnte der Gatte der Berufungswerberin bei einem türkischen Konsulat in einem anderen Staat beschäftigt sein (vgl. UFS, 10.9.2008, RV/2504-W/08).

Die Angaben der Berufungswerberin zum "ständigen Aufenthalt" reichen demnach nicht aus, um von einer ständigen Ansässigkeit im Inland ausgehen zu können. Die Besonderheit der Beschäftigung im konsularischen Dienst (die Berufungswerberin selbst hat bis dato keinen Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt) spricht dafür, dass die wirtschaftlichen Beziehungen weiterhin zum Heimatland bestehen und der Aufenthalt im Empfangsstaat nur ein vorübergehender (für die Dauer der Beschäftigung in diesem) sein wird.

Zum besseren Verständnis der Rechtslage wird ausgeführt: Das Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen sieht – wie auch andere multilaterale Verträge hinsichtlich ihrer Normadressaten - Privilegien für die Mitglieder der konsularischen Vertretung auf steuerlichem (**Art. 49**) und anderem (etwa **Art. 52**) Gebiet vor und schließt sie im Gegenzug von bestimmten Sozialleistungen aus. Der Ausschluss auch der mit ihnen im gemeinsamen

Haushalt lebenden Ehegatten ist nicht unsachlich, partizipieren im gleichen Haushalt lebende Personen doch regelmäßig von wirtschaftlichen Vorteilen, die einem Mitglied der Haushaltsgemeinschaft zukommen. Durch diese Privilegierung kommt es zu einer Entlastung der Haushaltsgemeinschaft. Eine weitergehende Entlastung durch Berücksichtigung von Unterhaltskosten in Form von Familienbeihilfen scheint unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitsgrundsatzes nicht mehr geboten.

Zu den von der Berufungswerberin genannten und nach ihren Angaben im Konsulat beschäftigten, die Familienbeihilfe beziehenden Personen ist zu sagen: Eine Überprüfung diesbezüglich obliegt nicht der Abgabenbehörde II. Instanz, sondern der Abgabenbehörde I. Instanz. Das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen der Voraussetzungen für eine Befreiung vom System der sozialen Sicherheit gemäß Art. 48, was auch einen Ausschluss vom Familienbeihilfen- und Kinderabsetzbetragsbezug inkludiert, ist in jedem Individualfall gesondert zu prüfen. Bei allenfalls festgestelltem ungerechtfertigtem Bezug ist jedenfalls eine Rückforderung gemäß § 26 Abs. 1 FLAG i. V. mit § 33 Abs. 4 Z 3 lit. a EStG 1988 durchzuführen.

Insgesamt war wie im Spruch zu entscheiden.

Feldkirch, am 7. Juli 2009