



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., gegen den Bescheid des Finanzamtes Neunkirchen Wr. Neustadt betreffend Abweisung des Antrags auf Gewährung von Familienbeihilfe ab 1. Juli 2001 entschieden:

Der Berufung wird teilweise stattgegeben.

Der angefochtene Bescheid wird insoweit abgeändert, als der Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe für den Zeitraum 1. Juli 2001 bis 30. April 2004 abgewiesen wird.

Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (Bw.), seit 22. Juli 2005 österreichische Staatsbürgerin, beantragte für ihre Tochter A., geb. am 8. April 1984, erkennbar ab 1. Juli 2001 die Familienbeihilfe.

Das ungarische Schatzamt bezahlte die Familienbeihilfe bis Juni 2001 aus.

Die Bw. lebt seit September 1994 nachweislich in Österreich. Die Tochter besuchte in Ungarn in den Schuljahren 2001/02, 2002/03, 2003/04 sowie 2005/06 ein Gymnasium und legte dort auch die Matura ab. Sie wohnte während der Woche in S. in einem Schülerheim und hielt sich auch bei der Großmutter auf.

Die Bw. ist vom Kindsvater, F.H., geschieden. Sie hat seit Juni 2001 das alleinige Obsorgerecht.

Ihren zweiten Ehemann, J.B., heiratete sie am 22. März 1997. Herr Bruckner verstarb am 5. Oktober 1999.

Die Bw. war jedenfalls ab Beginn des Streitzeitraumes in Österreich berufstätig und bezieht eine Witwenpension.

Das Finanzamt erließ am 7. Juli 2006 einen Bescheid und wies den Antrag vom 27. Oktober 2005 mit der Begründung ab, dass nach den Bestimmungen des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder bestehe, die sich ständig im Ausland aufhalten.

Die Bw. er hob mit Schreiben vom 4. August 2006 Berufung.

Das Finanzamt legte die Berufung ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung dem unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung vor.

Über die Berufung wurde erwogen:

Gesetzliche Regelung vor dem EU-Beitritt Ungarns

Gemäß § 2 Abs. 1 FLAG haben Personen für Kinder Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben.

Gemäß § 2 Abs. 8 FLAG in der bis 2005 geltenden Fassung 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.

Diese beiden Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen.

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

Im vorliegenden Fall steht Folgendes fest:

- Die Bw. lebt seit 1994 ständig in Österreich.
- Die Tochter besuchte – von der Bw. unbestritten – von 2001 bis 2006 in Ungarn eine Schule und wohnte in S. in einem Schülerheim. An den Wochenenden und in den Ferienzeiten hielt sie sich bei ihrer Mutter in Österreich auf. Laut Zentralem Melderegister war die Tochter vom 4. Juli 2001 bis 7. November 2001 in Österreich gemeldet.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs. 3 FLAG unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2 BAO zu beurteilen. Danach 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. Diese nicht auf den Mittelpunkt der Lebensinteressen abstellende Beurteilung ist nach objektiven Kriterien zu treffen. Ein Aufenthalt in dem genannten Sinne verlangt grundsätzlich körperliche Anwesenheit. Daraus folgt auch, dass eine Person nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben kann. Um einen gewöhnlichen Aufenthalt aufrechtzuerhalten, ist aber keine ununterbrochene Anwesenheit erforderlich. Abwesenheiten, die nach den Umständen des Falles nur als vorübergehend gewollt anzusehen sind, wie etwa das Verbringen der Ferien und der Aufenthalt an einzelnen Wochenenden in Österreich, unterbrechen nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht den Zustand des Verweilens und daher auch nicht den gewöhnlichen Aufenthalt (vgl. u.a. VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103; 20.6.2000, 98/15/0016; 2.6.2004, 2001/13/0160).

Laut Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes erweckt eine gesetzliche Regelung, die den Anspruch auf eine der Familienförderung dienende Transferleistung an eine Nahebeziehung des anspruchsvermittelnden Kindes zum Inland bindet und hiebei auf dessen Aufenthalt abstellt, als solche keine verfassungsrechtliche Bedenken (VfGH 30.11.2000, B 1340/00; VfGH 4.12.2001, B 2366/00; VwGH 18.9.2003, 2000/15/0204).

Im vorliegenden Fall hielt sich die Tochter der Bw. im strittigen Zeitraum (ab Juli 2001) während des Schuljahres in Ungarn auf und wohnte nur an den Wochenenden und in den Ferienzeiten bei ihrer Mutter in Österreich.

Die Tochter hat sich somit nach dem oben Gesagten ständig im Ausland aufgehalten, weshalb bis zum EU-Beitritts Ungarns für sie keine Familienbeihilfe zusteht.

EU-Beitritt Ungarns ab 1. Mai 2004

Die Verordnung EWG Nr 1408/71 des Rates vom 14.6.1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern idgF (VO EWG 1408/71 - konsolidierte Fassung ABI. L 028 vom 30. Jänner 1997, Änderung durch die VO (EG) 1606/98 des Rates vom 29. Juni 1998 ABI. L 209) ist auf ungarische Staatsbürger seit 1.5.2004 (Beitritt Ungarn zur EU) grundsätzlich unmittelbar und ungeachtet allenfalls entgegenstehender inländischer Rechtsvorschriften anwendbar.

Siehe dazu Urteil des OGH vom 17.2.2005, ZI OGH 6 Ob 263/04a:

"...Mit dem EU-Erweiterungs-Anpassungsgesetz, BGBl I 2004/28, hat Österreich den Beitritt der neuen MS umgesetzt und von der vertraglichen Möglichkeit Gebrauch gemacht, die AN-Freizügigkeit für die neuen EU-Staatsbürger einzuschränken. Für Staatsangehörige der neu beitretenen Staaten (mit Ausnahme Maltas und Zypern) wird in § 32a Abs 1 AusIBG normiert, dass sie nicht unter die Ausnahme für EWR-Bürger (§ 1 Abs 2 lit 1 AusIBG) fallen. Für ungarische Staatsangehörige besteht daher grundsätzlich Bewilligungspflicht nach dem AusIBG. Aufgrund des Beitrittsvertrages muss ihnen jedoch freier Zugang zum Arbeitsmarkt gewährt werden, wenn sie am Tat des Beitritts oder nach dem Beitritt rechtmäßig im Bundesgebiet beschäftigt sind und ununterbrochen mindestens 12 Monate zum

Arbeitsmarkt zugelassen waren (...). Darüber hinaus ist der AN privilegiert, der die Voraussetzung für einen Befreiungsschein nach § 15 AusIBG erfüllt und wer seit fünf Jahren im Bundesgebiet dauernd niedergelassen ist und über ein rechtmäßiges Einkommen aus erlaubter Erwerbstätigkeit verfügt. ... Wenn sich ein ungarischer Staatsbürger in Österreich als AN im dargelegten Sinn erlaubterweise aufhält, sind auf ihn und seine Angehörigen die in der oberstgerichtlichen zur Rsp zur WanderAN-VO entwickelten Grundsätze anzuwenden ..."

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

Art 2 VO EWG 1408/71 lautet:

"Diese Verordnung gilt für Arbeitnehmer und Selbständige ..., für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, soweit sie Staatsangehörige eines Mitgliedstaats sind..., sowie für deren Familienangehörige und Hinterbliebene."

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 Mitgliedstaats, 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, ua die die Familienleistungen betreffen.

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.

(2)...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 ..."

Artikel 73 der VO EWG 1408/71 über Arbeitnehmer oder Selbständige, deren Familienangehörige in einem anderen Mitgliedstaat als dem zuständigen Staat wohnen, sieht vor:

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

Nach der Entscheidung des EuGH v 24.2.2005, ZI C-543/03, ist Arbeitnehmer oder Selbständiger iSd VO EWG 1408/71, wer auch nur gegen ein einziges Risiko im Rahmen eines allgemeinen oder besonderen System der sozialen Sicherheit pflichtversichert oder freiwillig versichert ist, und zwar unabhängig vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses.

Der Arbeitnehmerbegriff der VO EWG 1408/71 hat nämlich einen gemeinschaftsspezifischen Inhalt und wird vom EuGH sozialversicherungsrechtlich und nicht arbeitsrechtlich definiert. Demnach ist jede Person als Arbeitnehmer bzw Selbständiger anzusehen, die, ob sie eine Erwerbstätigkeit ausübt oder nicht, die Versicherteneigenschaft nach den für die soziale

Sicherheit geltenden Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten besitzt.

Entscheidend ist lediglich, ob jemand in einem für Arbeitnehmer oder Selbständige geschaffenen System der sozialen Sicherheit pflicht- oder freiwillig versichert ist.

Die VO ist auch sachlich anwendbar, da die Familienbeihilfe unzweifelhaft unter den Begriff der "Familienleistungen" iSd VO EWG 1408/71 fällt.

Da sachverhaltsmäßig unbestritten ist, dass der Bw. Versicherteneigenschaft nach den für die soziale Sicherheit geltenden Rechtsvorschriften zukommt, steht ihr somit ab 1.5.2004 Familienbeihilfe für ihre Tochter A. zu.

Wien, am 14. November 2006