



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., gegen den Bescheid des Finanzamtes Mödling betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum 1. Jänner 1998 bis 31. Oktober 2003 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (Bw) ist österreichische Staatsbürgerin und Mutter zweier Töchter, N. , geb 1991, und M. , geb am 1.3.2003.

Die Bw wohnt seit vielen Jahren mit ihren Kindern in Griechenland und ist dort bei einem griechischen Reiseunternehmen beschäftigt.

Im Zentralen Melderegister ist jedoch als Hauptwohnsitz „G., gemeldet seit 28.2.1997“ eingetragen.

Über Ergänzungsersuchen des Finanzamtes gab die Bw bekannt, dass sie sich seit Sommer 1997 nicht ständig in Österreich aufhalte. Seit Sommer 2001 (von Mai bis Anfang Oktober) sei sie als Reiseleiterin der TT, einem griechischen Unternehmen, das für B-Reisen Tagesausflüge durchführe, tätig. Ihren Lebensunterhalt hätte sie durch Ersparnisse und die Unterstützung ihrer Familie bestritten. Sie werde sich voraussichtlich auch künftig mit ihren Kindern in Griechenland aufhalten. Die Tochter N. besuche seit Herbst 1997 in Griechenland die Schule. M. , die zweite Tochter, habe einen griechischen Mutter-Kind-Pass.

Weiters führte die Bw. aus:

„N. hat sich in den Ferien (Sommer und Weihnachten) überwiegend in Österreich bei meiner Familie aufgehalten und dabei auch ihren Vater H.S. besucht. Dieser ist Österreicher, lebt und arbeitet in Österreich und ist unterhaltspflichtig. Da ich zudem in Griechenland für N. keine staatlichen Leistungen, daher auch keine der Familienbeihilfe entsprechenden Leistungen, beziehe oder bezogen habe, und nach der mir erteilten Auskunft der griechischen Behörden derartige Familienleistungen in Griechenland nicht existieren, war und bin ich der Meinung, die Familienbeihilfe für N. zu Recht bezogen zu haben und verweise in diesem Zusammenhang auf die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Humer vom 5.2.2002 (C-255/99, Slg. 2002, I-1205).

Auch für M. habe ich nach Auskunft der griechischen Behörden keine Ansprüche auf eine der Familienbeihilfe entsprechende staatliche Leistung Griechenlands und erhalte daher auch keine. Ihr Vater ist Grieche, hat sein Kind bis jetzt dreimal gesehen und bezahlt keinen Unterhalt.“

Das Finanzamt erließ am 22. Oktober 2003 einen Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge betreffend Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für die Tochter N. , und zwar für den Zeitraum 1.1.1998 bis 31.10.2003.

Zur Begründung wurde Folgendes ausgeführt:

„Gemäß § 2 (8) Familienlastenausgleichsgesetz 1967 haben Personen, die sowohl im Bundesgebiet als auch im Ausland einen Wohnsitz haben, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben und sich die Kinder ständig im Bundesgebiet aufhalten.

Nach der ständigen Rechtsprechung kann eine Person zwar mehrere Wohnsitze, jedoch nur einen Mittelpunkt der Lebensinteressen haben. Beim Vorliegen mehrerer Wohnsitze ist der jeweilige Mittelpunkt der Lebensverhältnisse ausschlaggebend. 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. Verfügt eine Person im Ausland über eine Wohnung, sei es als Eigentümer, Mieter oder auch bloß als Mitbewohner und benützt sie diese Wohnung jahrelang und ständig aus beruflichen Gründen gemeinsam mit den engsten Familienangehörigen, so kann nicht angenommen werden, dass sie den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in Österreich hat. Sie halten sich 1997 mit Ihrer Tochter N. ständig in Griechenland auf. Der Anspruch auf Familienbeihilfe ist daher nicht mehr gegeben. Der genannte Betrag ist daher rückzufordern.“

Die Bw erhob gegen den Bescheid fristgerecht Berufung und führte dazu unter anderem aus:

„In § 2 Abs 1 und 8 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 wird zwar auf den Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt des Anspruchsberechtigten und des Kindes abgestellt. In mehreren Entscheidungen betreffend Familienleistungen im Sinn der Verordnung Nr 1408/71 (= Verordnung – EWG – 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, in der durch die Verordnung – EG – Nr. 118/97 des Rates vom 2.12.1996 geänderten und aktualisierten Fassung – Abl. 1997, L 28, S 1) ist aber der EuGH davon ausgegangen, dass der Wohnsitz in bestimmten Fällen zu fingieren ist, wenn sich Anspruchsberechtigter und Kind im EU-Ausland aufhalten.

In der Entscheidung C-255/99 hat der EuGH Folgendes ausgesprochen:

1. *Eine Leistung wie der Unterhaltsvorschuss nach dem österreichischen UVG 1985 ist eine Familienleistung im Sinn der oben genannten Verordnung (Nr. 1408/71).*
2. *Eine Person, die zumindest einen Elternteil hat, der tätig oder arbeitsloser Arbeitnehmer ist, fällt als Familienangehöriger eines Arbeitnehmers im Sinn der Verordnung in deren persönlichen Geltungsbereich.*
3. *Die Artikel 73 und 74 der Verordnung sind so auszulegen, dass ein mj Kind, das zusammen mit dem sorgeberechtigten Elternteil in einem anderen als dem die Leistung erbringenden Mitgliedsstaat wohnt und dessen anderer, zu Unterhaltszahlungen verpflichteter Elternteil in dem die Leistung erbringenden Mitgliedsstaat tätig oder arbeitsloser Arbeitnehmer ist, Anspruch auf eine Familienleistung wie den Unterhaltsvorschuss nach dem UVG hat.*

Umso mehr muss der Anspruch auf Familienbeihilfe nach dem Familienlastenausgleichsgesetz 1967 bejaht werden, wenn die allein obsorgeberechtigte Mutter mit dem Kind im EU-Ausland wohnt, aber der unterhaltsverpflichtete Vater in Österreich lebt und arbeitet oder arbeitslos ist:

Da die Familienbeihilfe eine dauerhafte, dem Berechtigten verbleibende Leistung ist, handelt es sich zweifellos um eine Familienleistung im Sinn der Verordnung Nr 1408/71.

Nach der Rechtsprechung des EuGH (Rechtssache Hoever und Zachow) gilt die Unterscheidung zwischen eigenen und abgeleiteten Rechten für Familienleistungen grundsätzlich nicht. Es ist daher ohne Bedeutung, ob ich oder meine Tochter N. direkt anspruchsberechtigt sind. Wäre meine Tochter direkt anspruchsberechtigt, läge zur oben angeführten Entscheidung des EuGH zum UVG ein nahezu identer Sachverhalt vor, weil N Vater Arbeitnehmer in Österreich ist.

Darüber hinaus berufe ich mich auf meine Unionsbürgerschaft und mein Recht auf Freizügigkeit bzw freie Niederlassung. Dass der Anspruch auf Familienbeihilfe vom Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt abhängig gemacht wird, ist im Sinn des Gemeinschaftsrechts diskriminierend und verstößt gegen die genannten jedem Unionsbürger eingeräumten Rechte. Gerade diese sollen ja verhindern, die Wahl des Arbeitsplatzes und des Wohnsitzes von der Gewährung von staatlichen Familienleistungen im Sinn der Verordnung abhängig machen zu müssen.

Ich stelle daher den Antrag, meiner Berufung Folge zu geben, den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufzuheben und mir weiterhin Familienbeihilfe für meine Tochter N. zu gewähren.

Zum Antrag nach § 212a BAO

Ich beabsichtige nicht, mich meiner Rückzahlungsverpflichtung zu entziehen, werde diese aber mit sämtlichen zur Verfügung stehenden Möglichkeiten bekämpfen. Bei pflichtgemäßer Berücksichtigung des Gemeinschaftsrechts erscheint meine Berufung auch nicht wenig erfolgsversprechend im Sinn des § 212a Abs 2 lit a BAO, weshalb ich um Stattgebung meines Antrages ersuche.

Zur in eventu gestellten Anregung nach § 26 Abs 4 Familienlastenausgleichsgesetz 1967

Ich war stets der Meinung, als EU-Bürgerin die Familienbeihilfe von meinem Heimatstaat in Anspruch nehmen zu können, wenn ich keine gleichwertige Leistung des Wohnsitzstaates erhalte. Ich bin Alleinerzieherin zweier Kinder – N. , geb. am 23.6.1991, und M. , geb. am 10.3.2003 -, deren Väter sich weigern, ihrer Unterhaltsverpflichtung in Form von regelmäßigen monatlichen Zahlungen nachzukommen. Durch die Geburt meiner zweiten Tochter M. im März dieses Jahres kann ich meiner Erwerbstätigkeit nicht in dem Umfang nachgehen, wie zuvor. Ich bin gerade in der Lage, den notwendigen Unterhalt für meine Kinder und mich zu verdienen. Eine Rückzahlung von mehr als € 10.000,-- wäre für mich und meine Kinder absolut existenzvernichtend. ""

Das Finanzamt richtete am 10. November 2003 an IKA – Indryma Koinoikon Asfaliseon folgendes Schreiben:

„Zwecks Klärung, ob in Österreich der Anspruch auf Familienleistungen im Sinne der VO (EWG) 1408/71 besteht, wird um Ihre Mithilfe gebeten. Bitte beantworten Sie die nach dem geschilderten Sachverhalt gestellten Fragen:

Sachverhalt:

Frau R.S. hält sich mit Ihrer Tochter N.J. , geboren 23.6.1991 seit Sommer 1997 in Griechenland auf. N.J. besucht seit Oktober 1997 die Schule in Griechenland. Fr.S. gibt an, dass sie seit Sommer 2001 als Reiseleiterin bei TT beschäftigt sei. Im März 2003 wurde M.S. geboren.

- 1. In welchen Zeiträumen – ab 1997 – war bzw ist Fr.S. in Griechenland beschäftigt?*
- 2. Hat Fr.S. für ihre Tochter N. bzw für ihre Tochter M. in Griechenland Familienleistungen beantragt?*
- 3. Wenn ja, welche und hat sie Anspruch auf diese Leistungen?*
- 4. Kann in Griechenland ein Unterhaltsvorschuss beantragt werden? (der Kindesvater wurde zur Zahlung eines Unterhaltes verurteilt, kommt dieser Verpflichtung aber nicht nach)*
- 5. Hat Fr.S. Anspruch auf Unterhaltsvorschuss in Griechenland?"*

Der Fragenvorhalt blieb seitens der IKA unbeantwortet.

Eine Anfrage an die Bezirkshauptmannschaft Mödling am 13. November 2003 betreffend Unterhaltsvorschüsse wurde wie folgt beantwortet:

„bezugnehmend auf Ihre Anfrage vom 10.11.2003 teilen wir mit, dass unser Akt mit Dezember 1993 aus der Evidenz genommen worden ist. Sofern unsere örtliche Zuständigkeit

bzw. die des Bezirksgerichtes Mödling für die mj N. gegeben ist, kann eine Vorschussgewährung ausgeschlossen werden.“

Das Finanzamt erließ am 9. Dezember 2004 eine Berufungsvorentscheidung und wies die Berufung mit folgender Begründung ab:

„Gemäß Artikel 2 der VO (EWG) 1408/71 gilt diese Verordnung für Arbeitnehmer oder Selbständige, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, soweit sie Staatsangehörige eines Mitgliedstaats sind oder als Staatenlose oder Flüchtlinge im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen, 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, u.a. die die Familienleistungen betreffen:

Gemäß Artikel 13 der VO (EWG) 1408/71 unterliegt eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats abhängig beschäftigt ist, 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.

Gemäß Artikel 73 der VO (EWG) 1408 hat ein Arbeitnehmer oder Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegt, für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des ersten Staates, als ob die Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnen.

Gemäß § 2 (1) Familienlastenausgleichsgesetz 1967 haben Personen Anspruch auf Familienbeihilfe, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben.

Gemäß § 2 (2) Familienlastenausgleichsgesetz 1967 hat die Person den Anspruch auf Familienbeihilfe, zu deren Haushalt das Kind gehört.

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

(2) den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne der Abgabenvorschrift 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.

Gemäß § 2 (8) Familienlastenausgleichsgesetz 1967 haben Personen, die sowohl im Bundesgebiet als auch im Ausland einen Wohnsitz haben, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben und sich die Kinder ständig im Bundesgebiet aufhalten. Eine Person hat den Mittelpunkt der Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.

Gemäß § 4 (1) Familienlastenausgleichsgesetz 1967 haben Personen, die Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe haben, keinen Anspruch auf Familienbeihilfe.

Gemäß § 4 (2) Familienlastenausgleichsgesetz 1967 erhalten österreichische Staatsbürger, die gemäß § 5 Abs 4 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 vom Anspruch auf Familienbeihilfe ausgeschlossen sind, 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.

Gemäß § 4 (3) Familienlastenausgleichsgesetz 1967 wird die Ausgleichszahlung in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen der gleichartigen ausländischen Beihilfe und der Familienbeihilfe, die nach diesem Bundesgesetz zu gewähren wäre, geleistet

Gemäß § 4 (6) Familienlastenausgleichsgesetz 1967 gilt die Ausgleichszahlung als Familienbeihilfe im Sinne dieses Bundesgesetzes.

Gemäß § 5 (4) Familienlastenausgleichsgesetz 1967 besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

Gemäß § 5 (5) Familienlastenausgleichsgesetz 1967 besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, für die Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe besteht. Die Gewährung einer Ausgleichszahlung (§ 4 (2) Familienlastenausgleichsgesetz 1967) wird dadurch nicht ausgeschlossen.

Gemäß den zitierten Gesetzesstellen ist während der Zeit, in der Sie sich mit N. in Griechenland aufgehalten haben und weder Arbeitnehmer, Selbständige noch Arbeitslose waren, das nationale Recht anzuwenden.

Nach der ständigen Rechtsprechung kann eine Person zwar mehrere Wohnsitze, jedoch nur einen Mittelpunkt der Lebensinteressen haben. Beim Vorliegen mehrerer Wohnsitze ist der jeweilige Mittelpunkt der Lebensverhältnisse ausschlaggebend. 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. Verfügt eine Person im Ausland über eine Wohnung, sei es als Eigentümer, Mieter oder auch bloß als Mitbewohner, und benützt sie diese Wohnung jahrelang und ständig aus beruflichen Gründen gemeinsam mit den engsten Familienangehörigen, so kann nicht angenommen werden, dass sie den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in Österreich hat.

Wendet man diese einschlägige Rechtsprechung auf den vorliegenden Fall an, so kann doch quantitativ und qualitativ kein Zweifel darüber bestehen, dass bei einem Griechenlandaufenthalt, der seit Jahren besteht und darüber hinaus auch in Griechenland eine Erwerbstätigkeit ausgeübt wird und die Tochter seit Jahren ihrer Schulpflicht in Griechenland nachkommt, sich der Mittelpunkt der Lebensinteressen wohl dort befinden muss.

Als Auslegungshilfe ist hier wohl auch der Wohnsitz- und Aufenthaltsbegriff des § 26 BAO heranzuziehen, wonach einen Wohnsitz jemand dort hat, wo er eine Wohnung innehat unter Umständen, die darauf schließen lassen, dass er die Wohnung beibehalten und benutzen wird (Abs. 1). Den gewöhnlichen Aufenthalt 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. Wenn Abgabenvorschriften die unbeschränkte Abgabepflicht an den gewöhnlichen Aufenthalt knüpfen, tritt diese jedoch stets dann ein, wenn der Aufenthalt im Inland länger als sechs Monate dauert (Abs 2).

Nach diesem Bundesgesetz ist daher weder eine Familienbeihilfe noch eine Ausgleichszahlung zu gewähren, da im vorliegenden Fall Ihr Mittelpunkt der Lebensinteressen und der Ihres sich stets bei Ihnen aufhaltenden Kindes in Griechenland und nicht in Österreich gelegen ist.

Spricht hiezu doch auch der Verwaltungsgerichtshof aus, dass auch für Ausgleichszahlungen im Sinne des § 4 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 die Anspruchsvoraussetzungen des § 2 Abs. 8 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 erfüllt sein müssen. Einer Person, die den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Ausland hat, ist daher die Ausgleichszahlung zu versagen.

Hat eine Person den Ort des gewöhnlichen Aufenthaltes (Wohnort) in einem Mitgliedstaat und übt sie nur dort eine Beschäftigung aus, so gelten die innerstaatlichen Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaates. Selbst wenn nach diesen innerstaatlichen Vorschriften unter gewissen Voraussetzungen kein Anspruch auf Familienleistungen besteht (weil z.B. Einkommensobergrenzen überschritten werden oder nicht jede Form der Ausübung einer Beschäftigung einen Anspruch begründet), so gilt dies für alle Einwohner dieses Landes.

Sie haben daher in Griechenland die gleichen Rechte und Pflichten wie griechische Staatsbürger auf Grund der griechischen Rechtsvorschriften. Eine Schlechterstellung als Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaates ist dadurch nicht gegeben.

Sie halten sich mit Ihrer Tochter N. seit 1997 nicht mehr ständig in Österreich auf. Seit Sommer 2001 sind Sie in Griechenland tätig. Für die Zeit vom 1.1.1998 bis zum Beschäftigungsbeginn ist daher das nationale Gesetz anzuwenden. Da der Mittelpunkt der Lebensinteressen nicht in Österreich gegeben ist, besteht für diesen Zeitraum weder ein Anspruch auf die Familienbeihilfe noch auf die Ausgleichszahlung.

Ab Ihrem Beschäftigungsbeginn unterstehen Sie der VO EWG 1408/71. Diese besagt, dass der Anspruch auf Familienbeihilfe im Beschäftigungsland besteht. Da Sie in Griechenland einer Erwerbstätigkeit nachgehen, besteht auch dort der Anspruch auf Familienleistungen.

§ 4 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 spricht nur jenen Personen eine Ausgleichszahlung zu, die, wenn der Ausschließungsgrund des § 4/1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 nicht vorläge (= Personen, die Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe haben, haben keinen Anspruch auf Familienbeihilfe), einen Anspruch auf Familienbeihilfe nach dem Familienlastenausgleichsgesetz 1967 hätten. Da auch ohne Vorliegen des Ausschließungsgrundes gemäß § 4 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 kein Anspruch auf Familienbeihilfe gegeben wäre, da die innerstaatlichen Voraussetzungen zur Gewährung der Familienbeihilfe nicht vorliegen, besteht in der Folge auch kein Anspruch auf Ausgleichszahlung.

Die von Ihnen in Ihrer Berufung vom 27.12.2003 zitierten Entscheidungen bezüglich des Unterhaltsvorschusses können im vorliegenden Fall nicht zur Anwendung gebracht werden, da der Unterhaltsvorschuss nach dem Unterhaltsvorschussgesetz gewährt wird und die Familienbeihilfe nach dem Familienlastenausgleichsgesetz 1967.

Über den Anspruch auf Familienbeihilfe nach dem nationalen Recht (also anwendbar bis zu Ihrem Beschäftigungsbeginn) war nach den gesetzlichen Richtlinien, die besagen, dass ein Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet erforderlich ist, zu entscheiden.

Erst ab Beschäftigungsbeginn ist das Unionsrecht im Sinne der VO EWG 1408/71 anzuwenden. Das Recht auf Freizügigkeit und freie Niederlassung im Rahmen der Verordnungen der Union wird weder verletzt noch liegt im vorliegenden Fall eine Diskriminierung vor, es ist vielmehr das Recht und der eigene Wille eines jeden Unionsbürgers sich dort niederzulassen, wo es seiner eigenen Ansicht nach richtig ist. Jedoch muss sodann jeder EU Bürger die daraus folgenden Konsequenzen selbst tragen.

Die VO EWG 1408/71 ist auf alle Bürger der Union, die einer selbständigen oder einer unselbständigen Tätigkeit nachgehen, sowie auf Arbeitslose und Hinterbliebene anzuwenden. Diese EU-Normen sind auf den vorliegenden Fall voll anwendbar und es ist auch in dieser Entscheidung darauf zu verweisen. Demnach haben Arbeitnehmer und selbständige Bürger der Union zwecks Vermeidung von Diskriminierungen zwischen Staatsangehörigen und EU

Bürgern innerhalb eines Mitgliedstaates, die im Gebiet eines Mitgliedstaates wohnen, dort auch Anspruch auf staatliche Familienleistungen wie sie Staatsangehörigen dieses Staates zukommen.

Ergibt sich durch die Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen in Griechenland für bestimmte Personengruppen, allenfalls der Ausschluss von bestimmten Leistungen in Griechenland, kann dadurch kein Anspruch auf Familienbeihilfe in Österreich bewirkt werden."

Die Bw. stellt am 3. Jänner 2005 den Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz.

Über die Berufung wurde erwogen:

Folgender Sachverhalt steht fest:

Die Berufungswerberin (Bw.) ist österreichische Staatsbürgerin und Mutter zweier Töchter, N., geb am 23.6.1991, und M. , geb am 1.3.2003.

Die Bw wohnt seit Sommer 1997 ständig in Griechenland und nicht mehr in Österreich. Der Mittelpunkt der Lebensinteressen befindet sich seit diesem Zeitpunkt in Griechenland, wo die Bw mit ihren Kindern einen Wohnsitz hat und lebt. Die Tochter N. besucht seit Herbst 1997 in Griechenland die Schule und hält sich seitdem ständig in Griechenland auf. Die Tochter M. wurde in Griechenland (Zakynthos) geboren und hat einen griechischen Mutter-Kind Pass. Ihr Vater ist griechischer Staatsbürger.

Bis 2001 stand die Bw in Griechenland weder in einem Beschäftigungsverhältnis noch war sie arbeitslos gemeldet. Ihr Lebensunterhalt wurde iw von Verwandten und aus Ersparnissen bestritten.

Seit Sommer 2001 ist sie als Reiseleiterin eines griechischen Unternehmens, das für B-Reisen Tagesausflüge durchführt, nichtselbständig beschäftigt, und zwar jeweils von Mai bis Anfang Oktober jeden Jahres.

Die Tochter N. hat sich in den Ferien (Sommer und Weihnachten) überwiegend in Österreich bei Verwandten der Bw aufgehalten und dabei auch ihren unterhaltspflichtigen Vater H.S., der österr Staatsbürger ist und hier lebt und arbeitet, besucht.

Die Bw hat im Inland einen weiteren Wohnsitz, der von ihr kaum benutzt wird.

Der Sachverhalt beruht auf dem Akteninhalt, insbesondere dem Vorbringen der Bw. Sie führt selbst aus, dass sie seit Sommer 1997 ständig in Griechenland mit ihren Kindern lebt. Seit 2001 arbeitet sie auch dort. Daher befindet sich der Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in Griechenland, da sie und die Kinder dort wohnen, das Kind N. dort zur Schule geht, das Kind M. einen griechischen Mutter-Kind Pass besitzt und die Bw seit 2001 in Griechenland erwerbstätig ist. Die Kinder halten sich ständig in Griechenland auf. Der Ferienaufenthalt von

N. in Österreich beträgt maximal 3 Monate (mindestens 9 Monate in Griechenland) und kann daher keinen ständigen Aufenthalt darstellen.

Die Bw hat wirtschaftlich und persönlich das stärkste Naheverhältnis zu Griechenland.

Die aufrechte Meldung als Hauptwohnsitz in Österreich vermag allenfalls ein Indiz für einen (weiteren) Wohnsitz im Inland darstellen, der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Bw befindet sich aber in Griechenland.

Aus rechtlicher Sicht ist auszuführen.

Gemäß § 2 Abs 8 FLAG 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 der Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.

Wenn man davon ausgeht, dass die Bw nicht nur in Griechenland, sondern auch im Bundesgebiet einen Wohnsitz hat, so ist entscheidend, wo sie den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen hat. Dieser befindet sich in Griechenland. (s. o.). Die Kinder halten sich nicht ständig im Bundesgebiet auf, sondern sie halten sich seit Sommer 1997 ständig in Griechenland auf. 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 Bundesabgabenordnung (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 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, unterbrechen nicht den Zustand des Verweilens und daher auch nicht den gewöhnlichen Aufenthalt (vgl. die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 2.6.2004, 2001/13/0160, vom 20.6.2000, 98/15/0016).

Auf Grund der vorliegenden Unterlagen kann unbestritten davon ausgegangen werden, dass die Tochter N. seit Sommer 1997 und damit auch im strittigen Zeitraum vom 1.1.1998 bis 31.10.2003 den ständigen Aufenthalt in Griechenland hat, da sie dort bei ihrer Mutter lebt und in die Schule geht.

Das Verbringen der Ferien in Österreich ist aber jeweils als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, wodurch der ständige Aufenthalt in Griechenland nicht unterbrochen wurde.

Es liegt somit keine der beiden Voraussetzungen des § 2 Abs 8 FLAG (Mittelpunkt der Lebensinteressen der Bw im Inland, ständiger Aufenthalt der Kinder im Inland) für die Gewährung der Familienbeihilfe vor.

Gemäß § 4 Abs 1 FLAG haben Personen, die Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe haben, keinen Anspruch auf Familienbeihilfe.

Gemäß Abs 2 leg cit erhalten österreichische Staatsbürger, die gemäß Abs 1 oder gemäß § 5 Abs 5 vom Anspruch auf die Familienbeihilfe ausgeschlossen sind, 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.

Nach diesem Bundesgesetz ist im vorliegenden Fall aber eine Familienbeihilfe nicht zu gewähren, da im vorliegenden Fall der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Bw (und der ständige Aufenthalt der Kinder) in Griechenland und nicht in Österreich gelegen ist. Laut Judikatur des VwGH (Erk v 13.9.1989, ZI 88/13/0165) ist einer Person, die den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Ausland hat, die Ausgleichszahlung zu versagen.

Ein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, besteht somit nur insoweit, als EU/EWR-Recht hiezu einen solchen Anspruch vorsieht.

Die VO EWG 1408/71 ist auf alle Bürger der Union, die einer selbständigen oder einer unselbständigen Tätigkeit nachgehen, sowie auf Arbeitslose und Hinterbliebene anzuwenden.

Bis zum Beschäftigungsbeginn der Bw im Sommer 2001 ist die VO daher jedenfalls nicht anzuwenden und der Anspruch auf Familienbeihilfe nach innerstaatlichem Recht somit ausgeschlossen.

Ab Beschäftigungsbeginn ist zu prüfen, ob und inwieweit die VO anzuwenden ist. Die VO soll im Rahmen der Freizügigkeit die innerstaatlichen Vorschriften über soziale Sicherheit koordinieren.

Artikel 2 Absatz 1 der VO bestimmt:

"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."

Art 3 Abs 1 lautet:

"Die Personen, die im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen und für die diese Verordnung gilt, haben die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates, soweit besondere Bestimmungen dieser Verordnung nichts anderes vorsehen."

Gem Art 4 Abs 1 gilt die VO für Familienleistungen.

Die VO ist daher grs anwendbar.

Betreffend Gewährung von Familienleistungen kommen gem Kap 7 VO die dort angeführten Artikel zur Anwendung. Es ist daher zu prüfen, inwieweit die Art 72a ff anwendbar sind.

Ein Anknüpfungspunkt, weshalb die Bw. aufgrund zwingender Anwendungen österreichischer Rechtsvorschriften laut obiger Verordnung Familienleistungen von Österreich erhalten sollte, kann nach Überprüfung sämtlicher Artikel der Verordnung nicht erblickt werden.

Es gilt bei Familienbeihilfe vielmehr das Beschäftigungslandprinzip. Das Kriterium Beschäftigung soll die Gleichbehandlung sämtlicher Arbeitnehmer, die denselben Rechtsvorschriften unterliegen, gewährleisten.

Hat eine Person den Wohnort (Mittelpunkt der Lebensinteressen) in einem Mitgliedstaat und übt sie nur dort eine Beschäftigung aus, so gelten die innerstaatlichen Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats.

Selbst wenn nach diesen innerstaatlichen Vorschriften unter gewissen Voraussetzungen kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestehen sollte, so gilt dies für alle Einwohner dieses Landes.

Auch die geringere Höhe der Familienbeihilfe in Griechenland im Vergleich zu Österreich kann keinen Anspruch auf Familienbeihilfe in Österreich begründen. Hat die Bw die Familienbeihilfe in Griechenland nicht beantragt, so ist ihr das zuzurechnen.

Demnach haben Arbeitnehmer und selbständige Bürger der Union zwecks Vermeidung von Diskriminierungen zwischen Staatsangehörigen und EU Bürgern innerhalb eines Mitgliedstaates, die im Gebiet eines Mitgliedstaates wohnen, dort auch Anspruch auf staatliche Familienleistungen wie sie Staatsangehörigen dieses Staates zukommen.

Das Recht auf Freizügigkeit und freie Niederlassung wird im gegenständlichen Fall weder verletzt noch liegt eine Diskriminierung vor.

Das Erk des EuGH vom 5.2.2002 betreffend Unterhaltsvorschuss, C-255/99, ist im gegenständlichen Fall nicht anwendbar. In diesem Erkenntnis hatte der säumige unterhaltspflichtige Elternteil seinen Wohnsitz im Inland und die Kinder der (geschiedenen) Eltern im Ausland. Es war daher ein Inlandsbezug gegeben.

Im vorliegenden Fall fehlt dieser. Die Bw und die beiden Kinder wohnen im Ausland. Für die Gewährung der Familienbeihilfe ist die Person maßgebend, zu deren Haushalt das Kind gehört sowie die Kinder selbst. Diese Personen wohnen allesamt ständig im Ausland, sodass ein Inlandsbezug wie im zit Urteil oder vergleichbare Sachverhalte nicht erkennbar sind.

Im Übrigen wird auf die ausführliche und schlüssige Begründung des Finanzamtes in der BVE verwiesen.

Der Rückforderungsbescheid des Finanzamtes erfolgte zu Recht.

Die Berufung war abzuweisen.

Wien, am 30. Juni 2005