

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter D in der Beschwerdesache F.B., über die Beschwerde vom 12.12.2017 gegen den Bescheid der belangten Behörde Finanzamt Wien 3/6/7/11/15 Schwechat Gerasdorf vom 15.11.2017, betreffend Rückforderung Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum November 2011 bis November 2017 zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird gemäß § 279 BAO teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird abgeändert.

Der Bescheid bleibt, soweit er den Zeitraum November 2011 bis Mai 2012 umfasst, unverändert aufrecht.

Hinsichtlich des Zeitraumes Juni 2012 bis November 2017 wird der Bescheid aufgehoben.

Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) zulässig.

Entscheidungsgründe:

Sachverhalt:

Die Beschwerdeführerin (Bf.) ist verheiratet. Ihr Gatte war seit 1.1.2004 bei der Türkischen Botschaft angestellt und arbeitet, laut Standarddienstvertrag für türkische Staatsangehörige, der in Übersetzung vorliegt, seit 1.1.2017, für die ständige Vertretung der Republik Türkei bei der OSZE. Er wurde als Mitglied des Verwaltungs- und technischen Personals der Mission i.S. des Art. 37 Abs. 2 WDK (Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen (WDK) BGBI. Nr. 66/1966) beschäftigt. Ob er im streitgegenständlichen Zeitraum noch die Privilegien der Art. 33 Abs. 1 WDK (Befreiung von den österreichischen Vorschriften über soziale Sicherheit) und Abgabebefreiung der Bezüge nach Art. 37 Abs. 2 WDK beanspruchen kann, ist dem Akteninhalt nicht zu entnehmen.

Die Bf. ist wie ihr Gatte erst nach Beginn der Tätigkeit ihres Gatten nach Österreich eingereist und seit 30.7.2004 in Österreich gemeldet. Seit diesem Zeitpunkt sind die Bf. ihr Gatte und ihre Kinder – laut entsprechenden ZMA-Anfragen - ständig in einem gemeinsamen Haushalt in Österreich gemeldet. Weder die Bf., noch ihr Gatte waren vor der Aufnahme der Tätigkeit für die Botschaft in Österreich ansässig.

Die Bf. hat fünf minderjährige Kinder, geboren im Mai 2005, September 2011, September 2014 und Zwillinge Dezember 2016.

Das Amt der Wiener Landesregierung, Kanzlei Einwanderung, bestätigt, dass die Bf. ab 1.6.2012 eine unbefristete Daueraufenthaltsbewilligung – EU hat. Aus vorgelegten Ausweiskopien geht hervor, dass auch die Kinder entweder eine gleichartige Aufenthaltsbewilligung oder eine „Rot-Weiß-Rot Karte Plus“ als Aufenthaltstitel haben.

Vorgelegt wurde das folgende Dokument:

"Das Bundesministerium für europäische und internationale Angelegenheiten (Außenamt) entbietet mit seiner Zirkularnote (GZ: BMiA-AT.1.35.01/0012-I.1b/2013) vom 1.Juli 2013, sämtlichen in Österreich akkreditierten diplomatischen Vertretungsbehörden und ständigen Vertretungen bei internationalen Organisationen seine besten Empfehlungen. Gestützt auf die einschlägigen Bestimmungen der WDK, wird die Ansicht vertreten, dass anders als bei den in Art. 1 WDK gelisteten Personengruppen, insbesondere Mitglieder des Verwaltung- und technischen Personals, die mehr als zehn Jahre ununterbrochen im Empfängerstaat tätig sind, nicht mehr als entsandtes Personal anzusehen ist, sondern es sich um Lokalangestellte (sur-place Personal) handelt, für das die Bestimmungen der WDK nicht anwendbar sind. Lokalpersonal unterliegt den arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften Österreichs und es kommen ihm keine Privilegien nach der WDK zu."

Lokalangestellte unterliegen den jeweiligen Aufenthalts- und Einwanderungsvorschriften des Empfängerstaates. Die geschätzten Vertretungen werden daher eingeladen, sich rechtzeitig, d.h. vor Erreichen der 10-Jahresfrist, um Aufenthaltstitel für das betroffene Personal zu bemühen."

Das Finanzamt forderte für den Zeitraum November 2011 bis November 2017 die von der Bf. für ihre fünf Kinder bezogene Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag zurück.

Nach den unstrittigen Feststellungen des Finanzamtes, ist der Gatte nicht in Österreich steuerlich erfasst und seine Einkünfte werden nicht der Einkommensteuer unterzogen. Auch eine österreichische Sozialversicherung des Gatten liegt nicht vor.

Daraus zog das Finanzamt den Schluss, dass der Gatte die Privilegien nach der WDK genießt und dies gleichermaßen für seine Gattin gelte. Die daraus folgende Befreiung von der Teilnahme an den österreichischen Vorschriften für Soziale Sicherheit führe dazu, dass keine Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag bestehe.

Die Bf. erhob gegen diesen Bescheid und gegen die Beschwerdevorentscheidung (BVE) fristgerecht Rechtsmittel.

Die Rechtsvertreter der Bf. argumentieren im Wesentlichen:

Die Bf. führe überwiegende den Haushalt, weshalb ihr der Anspruch auf Familienbeihilfe zustehe. Die Bf. und ihre Kinder seien keine österreichischen Staatsbürger, haben jedoch einen rechtmäßigen inländischen Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt EU“ bzw. eine „Rot-Weiß-Rot Karte Plus“.

Unter Verweis auf die Zirkularnote (siehe oben) sei davon auszugehen, dass für die Bf. die Bestimmungen der WDK nicht anwendbar sind und ihr daher die Familienbeihilfe zustehe.

Im Zuge des Verfahrens vor dem BFG wurde eine Bestätigung des derzeitigen Arbeitgebers des Gatten der Bf., der Ständigen Mission der Republik Türkei bei der OSZE, vorgelegt. Der Botschaftsrat erklärt per 12. Dezember 2018: „*Nach Art. 33 Abs. 1 WDK ist vorbehaltlich des Absatzes 3 ein Diplomat in bezug auf seine Dienste für den Entsendestaat von den im Empfängerstaat geltenden Vorschriften über Soziale Sicherheit befreit. Nach Art. 37 Abs. 2 WDK genießen Mitglieder des Verwaltungs- und technischen Personals der Mission und die zu ihrem Haushalt gehörenden Familienmitglieder, wenn sie weder Angehörige des Empfängerstaates, noch in demselben ständig ansässig sind, die in den Artikel 29 bis 35 bezeichneten Vorrechte und Immunitäten.*

Herr (Gatte der Bf.) ist Mitglied des Verwaltungs- und technischen Personals unserer Mission und lebt mit seiner Ehefrau im gemeinsamen Haushalt an einer Adresse in Österreich.

Da die Gattin aber seit 1. Juni 2012 im Besitz einer Daueraufenthaltskarte EU ist und damit aus Sicht der Mission als ständig ansässig gilt und in den Anwendungsbereich der Zirkularnote des Bundesministeriums für europäische und internationale Angelegenheiten vom 1. Juli 2013, GZ BMiA-AT.1.35.01/0012-I.1b/2013, fällt, erachtet unsere Mission die Gattin als nicht in den Anwendungsbereich der WDK fallend.“

Sachverhalt und Rechtslage, sowie die Rechtsansicht des BFG wurden mit dem Rechtsvertreter der Bf. telefonisch erörtert und diesem die Möglichkeit eröffnet dazu Stellung zu nehmen.

Die ursprünglichen Anträge auf Abhaltung einer mündlichen Verhandlung und der Eventualantrag auf Aufhebung und Zurückverweisung an die erste Instanz, werden, zufolge einer Eingabe vom 12. Dezember 2018, nicht mehr aufrechterhalten. Demzufolge unterbleibt eine mündliche Verhandlung und über den (unzulässigen) Eventualantrag ist nicht gesondert abzusprechen.

Rechtsgrundlagen:

Das Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen (WDK) BGBI. Nr. 66/1966 lautet auszugsweise:

Artikel 1

Im Sinne dieses Übereinkommens haben die nachstehenden Ausdrücke folgende Bedeutung:

- c) der Ausdruck „Mitglieder des Personals der Mission“ bezeichnet die Mitglieder des diplomatischen Personals, des Verwaltungs- und technischen Personals und des dienstlichen Hauspersonals der Mission;
- d) „Mitglieder des diplomatischen Personals“ bezeichnet die in diplomatischem Rang stehenden Mitglieder des Personals der Mission;

f) der Ausdruck „Mitglieder des Verwaltungs- und technischen Personals“ bezeichnet die im Verwaltungs- und technischen Dienst der Mission beschäftigten Mitglieder ihres Personals;

Artikel 7

Vorbehaltlich der Artikel 5, 8, 9 und 11 kann der Entsendestaat die Mitglieder des Personals seiner Mission nach freiem Ermessen ernennen.

Art. 8 (1) Die Mitglieder des diplomatischen Personals der Mission sollen grundsätzlich Angehörige des Entsendestaates sein.

(2) Angehörige des Empfangsstaats dürfen nur mit dessen Zustimmung zu Mitgliedern des diplomatischen Personals der Mission ernannt werden; die Zustimmung kann jederzeit widerrufen werden.

(3) Der Empfangsstaat kann sich das gleiche Recht in bezug auf Angehörige eines dritten Staates vorbehalten, die nicht gleichzeitig Angehörige des Entsendestaates sind.

Art. 9 (1) Der Empfangsstaat kann dem Entsendestaat jederzeit ohne Angabe von Gründen notifizieren, daß der Missionschef oder ein Mitglied des diplomatischen Personals der Mission persona non grata oder daß ein anderes Mitglied des Personals der Mission ihm nicht genehm ist. In diesen Fällen hat der Entsendestaat die betreffende Person entweder abzuberufen oder ihre Tätigkeit bei der Mission zu beenden. Eine Person kann als non grata oder nicht genehm erklärt werden, bevor sie im Hoheitsgebiet des Empfangsstaates eintrifft.

(2) Weigert sich der Entsendestaat oder unterläßt er es innerhalb einer angemessenen Frist, seinen Verpflichtungen auf Grund des Absatzes 1 nachzukommen, so kann der Empfangsstaat es ablehnen, die betreffende Person als Mitglied der Mission anzuerkennen.

Artikel 10 (1)

Dem Ministerium für Auswärtige Angelegenheiten oder einem anderen in gegenseitigem Einvernehmen bestimmten Ministerium des Empfangsstaats ist folgendes zu notifizieren:

- a) die Ernennung von Mitgliedern der Mission, ihre Ankunft und ihre endgültige Abreise oder die Beendigung ihrer dienstlichen Tätigkeit bei der Mission;
- b) die Ankunft und die endgültige Abreise eines Familienangehörigen eines Mitglieds der Mission und gegebenenfalls die Tatsache, daß eine Person Familienangehöriger eines Mitglieds der Mission wird oder diese Eigenschaft verliert;

Art. 33 (1) Vorbehaltlich des Absatzes 3 ist ein Diplomat in bezug auf seine Dienste für den Entsendestaat von den im Empfangsstaat geltenden Vorschriften über soziale Sicherheit befreit.

(3) Beschäftigt ein Diplomat Personen, auf welche die in Absatz 2 vorgesehene Befreiung keine Anwendung findet, so hat er die Vorschriften über soziale Sicherheit zu beachten, die im Empfangsstaat für Arbeitgeber gelten.

(4) Die in den Absätzen 1 und 2 vorgesehene Befreiung schließt die freiwillige Beteiligung an dem System der sozialen Sicherheit des Empfangsstaats nicht aus, sofern dieser eine solche Beteiligung zuläßt.

(5) Dieser Artikel läßt bereits geschlossene zwei- oder mehrseitige Übereinkünfte über soziale Sicherheit unberührt und steht dem künftigen Abschluß weiterer Übereinkünfte dieser Art nicht entgegen.

Art. 34 Der Diplomat ist von allen staatlichen, regionalen und kommunalen Personal- und Realsteuern oder - abgaben befreit; ausgenommen hiervon sind

1. die normalerweise im Preis von Waren oder Dienstleistungen enthaltenen indirekten Steuern;
2. Steuern und sonstige Abgaben von privatem, im Hoheitsgebiet des Empfangsstaats gelegenem unbeweglichen Vermögen, es sei denn, daß der Diplomat es im Auftrag des Entsendestaats für die Zwecke der Mission benützt;
3. Steuern und sonstige Abgaben von privaten Einkünften, deren Quelle sich im Empfangsstaat befindet, sowie Vermögensteuern von Kapitalanlagen in gewerblichen Unternehmen, die im Empfangsstaat gelegen sind;

Art. 37 (1) Die zum Haushalt eines Diplomaten gehörenden Familienmitglieder genießen, wenn sie nicht Angehörige des Empfangsstaats sind, die in den Artikeln 29 bis 36 bezeichneten Vorrechte und Immunitäten.

(2) Mitglieder des Verwaltungs- und technischen Personals der Mission und die zu ihrem Haushalt gehörenden Familienmitglieder genießen, wenn sie weder Angehörige des Empfangsstaats noch in demselben ständig ansässig sind, die in den Artikeln 29 bis 35 bezeichneten Vorrechte und Immunitäten; jedoch sind ihre nicht in Ausübung ihrer dienstlichen Tätigkeit vorgenommenen Handlungen von der in Artikel 31 Absatz 1 bezeichneten Immunität von der Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit des Empfangsstaats ausgeschlossen. Sie genießen ferner die in Artikel 36 Absatz 1 bezeichneten Vorrechte in bezug auf Gegenstände, die im Zeitpunkt der ersten Niederlassung eingeführt werden.

Artikel 39 (1) Die Vorrechte und Immunitäten stehen den Berechtigen von dem Zeitpunkt an zu, in dem sie in das Hoheitsgebiet des Empfangsstaats einreisen, um dort ihren Posten anzutreten, oder, wenn sie sich bereits in diesem Hoheitsgebiet befinden, von dem Zeitpunkt an, in dem ihre Ernennung dem Ministerium für Auswärtige Angelegenheiten oder dem anderen in gegenseitigem Einvernehmen bestimmten Ministerium notifiziert wird.

(2) Die Vorrechte und Immunitäten einer Person, deren dienstliche Tätigkeit beendet ist, werden normalerweise im Zeitpunkt der Ausreise oder aber des Ablaufs einer hiefür gewährten angemessenen Frist hinfällig; bis zu diesem Zeitpunkt bleiben sie bestehen, und zwar auch im Falle eines bewaffneten Konflikts. In bezug auf die von der betreffenden

Person in Ausübung ihrer dienstlichen Tätigkeit als Mitglied der Mission vorgenommenen Handlungen bleibt jedoch die Immunität auch weiterhin bestehen.

§ 2a Abs. 1 FLAG 1967 lautet: Gehört ein Kind zum gemeinsamen Haushalt der Eltern, so geht der Anspruch des Elternteiles, der den Haushalt überwiegend führt dem Anspruch des anderen Elternteiles vor. Bis zum Nachweis des Gegenteils wird vermutet, dass die Mutter den Haushalt überwiegend führt.

§ 3 Abs. 1 FLAG 1967 lautet: Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach den §§ 8 und 9 NAG, rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Gemäß § 33 Abs. 3 EStG 1988, in der für den streitgegenständlichen Zeitraum geltenden Fassung, steht ein Kinderabsetzbetrag zu, sofern ein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht.

Würdigung:

Aus den Bestimmungen der WDK (Art. 7) ergibt sich, dass es ausschließlich dem Entsendestaat obliegt, jenen Personenkreis zu bestimmen der, neben dem eigentlichen diplomatischen Personal, als Mitglied des Verwaltungs- und technischen Personals und deren Angehörige (Art. 37 Abs. 2 WDK) zum Kreis der Personen gehören soll, die in den Genuss der entsprechenden Privilegien (Befreiung von Steuern und Sozialabgaben des Empfängerstaates) in Anspruch nehmen können. Es obliegt nicht den hiervon betroffenen Personen, auf diese Privilegien zu verzichten.

Ausgenommen wären von Art. 37 Abs. 2 WDK lediglich jene Personen und deren Angehörige, die schon vor Aufnahme der Tätigkeit für die diplomatische Vertretung im Empfängerstaat ansässig gewesen sind.

Sowohl die Bf., als auch ihr ab 2004 für die türkische Botschaft und nunmehr für die türkische Vertretung bei der OSZE tätiger Gatte, sind Staatsbürger des Entsendestaates und waren vor 2004 nicht in Österreich ansässig.

Die diplomatische Vertretung des Entsendestaates ist zufolge Art. 10 WDK lediglich gehalten, dem Außenministerium des Empfängerstaates mitzuteilen, um welche Personen es sich handelt und ab wann diese mit dem Anspruch auf Vorrechte und Immunitäten eingereist bzw. angestellt wurden und wann dieser Status geendet hat.

Dem Empfängerstaat steht lediglich das Recht zu die Akkreditierung ohne Angabe von Gründen zu verweigern oder diese eben zu erteilen und die entsprechenden Aufenthaltsdokumente auszustellen. Aus diesen ist i.R. zu entnehmen, in welchem Grad der Inhaber dem Regime der WDK unterliegt.

Sofern der Empfängerstaat die Rechtsansicht vertritt, dass für einen bestimmten Personenkreis nach zehn Jahren ununterbrochener Tätigkeit die WDK nicht mehr Anwendung finden soll, so verbleibt diesem lediglich die Möglichkeit an den Entsendestaat im Zuge des diplomatischen Notenaustausches heranzutreten. Daraus entsteht jedoch für den Entsendestaat keinerlei rechtliche Verpflichtung. Schon gar nicht eine, die

über die Bestimmungen der WDK hinausgeht. Aus der WDK ist eine 10-Jahresfrist der Beschäftigung nicht zu entnehmen. Es bleibt den jeweiligen Entsendestaaten überlassen, inwieweit sie sich – üblicher Weise auf Gegenseitigkeit – freiwillig zu einer derartigen Frist verstehen wollen.

Es ist der WDK auch nicht zu entnehmen, dass Personal der Vertretung und deren im Empfängerstaat lebenden Familienangehörigen, grundsätzlich dem gleichen Statut unterliegen und die gleichen Privilegien nach WDK eingeräumt erhalten sollen. Nach Ansicht des Gerichtes mag es zwar sinnvoll erscheinen, die Familienangehörigen gleich zu behandeln, insbesondere deshalb, weil sich z.B. Systeme sozialer Sicherheit auf die gesamte Familie erstrecken. Eine Verpflichtung oder Recht darauf, ist aber aus der WDK nicht abzuleiten.

Die ständige Mission der Republik Türkei bei der OSZE, fällt als diplomatische Vertretung unter den Anwendungsbereich der WDK.

Wenn diese mitteilt, dass sie, in Ansehung der Bestimmungen des Art 33 Abs. 1 i.V.m. 37 Abs. 2 WDK, die Ansicht vertritt, das die Bf. seit 1. Juni 2012 als ständig in Österreich ansässig zu betrachten ist und ab diesem Zeitpunkt nicht mehr unter den Anwendungsbereich der WDK fällt, so kann dem nicht erfolgreich entgegen getreten werden.

Die Vertretungen der Republik Türkei in Österreich, als auch jene bei der OSZE, sind weder an die vom österreichischen Außenamt in dessen Zirkularnoten geäußerten Ansicht gebunden, noch ist die, von österreichischen Behörden, der Bf. erteilte Daueraufenthaltskarte für die türkische Vertretungen rechtlich erheblich. Es steht diesen jedoch frei sich die Ansicht des Außenministeriums zu eigen zu machen und davon auszugehen, dass nach 10 Jahren das entsandte Personal als in Österreich ansässiges Lokalpersonal anzusehen ist, das nicht mehr unter die Begünstigungen der WDK fällt bzw. darauf abzustellen, dass mit Erteilung der Daueraufenthaltskarte, die Anwendung der Bestimmungen der WDK für diese und als Folge auch für deren Angehörige endet.

Inwieweit dies auch für den Gatten der Bf. gilt kann anhand der Aktenlage nicht verlässlich festgestellt werden. Dazu bedürfte es entsprechender Feststellungen, inwieweit und ab wann die diplomatische Vertretung nach Art. 10 WDK dem Außenamt eine Statusänderung notifiziert hat.

Für das gegenständliche Verfahren kann der Status des Gatten dahingestellt bleiben, denn es ist weder der WDK noch dem FLAG zu entnehmen, dass beide Elternteile unter den Anwendungsbereich innerstaatlicher Normen fallen müssen.

Die Bf. ist also, ebenso wie ihre Kinder, als seit 1. Juni 2012 ständig in Österreich ansässige türkische Staatsbürgerin anzusehen, die ab diesem Zeitpunkt in den Anwendungsbereich innerstaatlichen Rechts fällt.

Die Bf., ihr Gatte und die minderjährigen Kinder leben im gemeinsamen Haushalt. Es finden sich im Akt keine Anhaltspunkte, die gegen die gesetzliche Vermutung des § 2a

Abs. 1 FLAG sprechen würden, wonach die Bf. Anspruch auf Familienbeihilfe hat, weil sie überwiegend den Haushalt führt.

Sowohl die Gattin, als auch die Kinder, verfügen über gültige Aufenthaltstitel nach NAG und es besteht daher ein Anspruch auf Familienbeihilfe gemäß § 3 FLAG.

Für den vor dem 1. Juni 2012 liegenden Zeitraum unterliegt die Bf. (ebenso wie deren Kinder) dem Regime der WDK und genießt nach Art. 33 WDK das Privileg nicht an dem innerstaatlichen System staatlicher Sicherheit teilnehmen zu müssen.

Dieses Privileg bewirkt naturgemäß, dass im Gegenzug, mangels Anwendungsbereich, auch keine Leistungen aus diesem System lukriert werden können, solange die Bf. den Bestimmungen der WDK unterliegt.

Daraus folgt, dass für den Zeitraum November 2011 bis Mai 2012 für die beiden im September 2011 und Mai 2005 geborenen Kinder kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestand. Der Anspruch auf Kinderabsetzbetrag folgt jenem auf Familienbeihilfe und war daher insoweit gleichfalls nicht gegeben.

Es war daher insoweit spruchgemäß zu entscheiden.

Zulässigkeit einer Revision

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Da es bis dato zu Rechtsfragen die sich auf die Wechselwirkung zwischen Wiener Diplomatischer Konvention (WDK) und FLAG beziehen, keine Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes gibt, war spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 17. Jänner 2019