

GZ. RV/1826-W/02

Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw. gegen den Bescheid des Finanzamtes Mödling betreffend Abweisung der Familienbeihilfe für A. P. entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Rechtsbelehrung

Gegen diese Entscheidung ist gemäß § 291 der Bundesabgabenordnung (BAO) ein ordentliches Rechtsmittel nicht zulässig. Es steht Ihnen jedoch das Recht zu, innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung dieser Entscheidung eine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof oder den Verfassungsgerichtshof zu erheben. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof muss - abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen - von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof muss - abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen - von einem Rechtsanwalt oder einem Wirtschaftsprüfer unterschrieben sein.

Gemäß § 292 BAO steht der Amtspartei (§ 276 Abs. 7 BAO) das Recht zu, gegen diese Entscheidung innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung (Kenntnisnahme) Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof zu erheben.

Entscheidungsgründe

Die Bw. beantragte als Mutter für die im September 1997 in M. geborene A., deren Vater griechischer Staatsbürger und der seit 16.1.1994 Ehemann der Bw. ist, Familienbeihilfe. Laut Formular Beih1 ist die Bw. Österreichische Staatsbürgerin, wobei als Wohnort B., die Adresse ihrer Eltern angegeben ist, wo lt. polizeilicher Meldebestätigung die Bw. auch ihren Hauptwohnsitz haben sollte (BH-Akt 34). Als weiterer Wohnsitz wurde auf dem Antrag die Insel S. in Griechenland angegeben und angekreuzt, dass das Kind ständig bei der Mutter wohnt.

Das Finanzamt fragte die Bw. per Vorhalt, wobei wie folgt geantwortet wurde (BH-Akt 6):

Halten Sie sich mit A. ständig in Österreich auf ? Nein.

Wo gehen Sie Ihrer selbständigen Tätigkeit nach ? Griechenland.

In welchem Land entrichten Sie ihre Steuern ? Griechenland.

Wieviel Zeit pro Jahr halten Sie sich in Griechenland auf ? 8 Monate in Griechenland, 4 Monate in Österreich.

In welchem Land sind Sie sozialversichert ? Griechenland.

Beigelegt wurden Bestätigungen von Griechischen Behörden, wonach lt. Bw. weder Ihrem Gatten, noch Ihr Kinderbeihilfe ausbezahlt sein sollte. Lt. Einsicht in diese übersetzten Bestätigungen, Ministerium für Arbeit und öffentliche Versicherungen, Abteilung für selbständige Kaufleute, wird für eine "Lydia" P und dem Gatten der Bw. bestätigt, dass eine Versicherung für bestimmte Krankheitsfälle besteht, jedoch keine Leistungen an Familienmitglieder gewährt werden (BH-Akt 7-11).

Es erging ein weiterer Finanzamtsvorhalt mit Antwortvermerken, wonach die Bw. das Elternhaus in B., in dem ihre Eltern wohnen, jederzeit mitbenutzen dürfe, sie in Griechenland mit ihrer Familie in einer Mietwohnung wohne und der Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen sich in beiden Ländern befindet. Des Weiteren wurden der Bw. zwei Adressen bekanntgegeben (abgekürzt TAE und TEVE; zu TAE meinte die Bw. bereits nachgewiesen zu haben, dass sie von dieser keine Familienleistungen in Griechenland erhalte).

Das Finanzamt wies den Familienbeihilfenantrag der Bw. ab, wobei es sich auf die Artikeln 2, 3, 4, 13 und 73 der EWG VO 1408/71 stützte, die ihrem Gehalt darauf abzielen, dass Arbeitnehmer und Selbständige, die im Gebiet eines Mitgliedsstaates wohnen, dort auch Anspruch auf staatliche Familienleistungen haben, wie sie Staatsangehörigen dieses Staates zukommt. Demnach besteht grundsätzlich Anspruch auf Familienleistungen im Beschäftigungsland. *Gem § 2 Abs 8 FLAG haben Personen, die sowohl im Bundesgebiet als auch im Ausland einen Wohnsitz haben, Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt des Lebensinteresses 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. Gem § 5 Abs 4 FLAG besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.* Das Finanzamt begründete den Mittelpunkt der Lebensinteressen der Bw. in Griechenland damit, dass die stärksten Beziehungen einer verheirateten Person zu dem Ort

bestehen, an dem man regelmäßig und Tag für Tag mit seiner Familie lebt. Einem VwGH Erkenntnis zufolge hat jemand, der mehr als 150 Tage im Jahr mit seiner Familie zusammenlebe, dort seinen Lebensmittelpunkt. 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 der Tätigkeit in Österreich hat. Eine sich aus Geburt und Staatsbürgerschaft ergebende Heimatverbundenheit, der Wunsch, später einmal nach Österreich zurückzukehren, sowie gelegentliche Urlaubaufenthalte in Österreich rechtfertigen keine andere Beurteilung. Unerheblich für das Innehaben einer Wohnung sei die polizeiliche Meldung. Ein Kind wird sich dann ständig im Ausland aufhalten, wenn es im Inland überhaupt keinen oder nur einen vorübergehenden Aufenthalt hat. Ein nur vorübergehender Aufenthalt eines Kindes spricht daher nicht gegen die Annahme eines ständigen Aufenthaltes im Ausland. Da die Bw. in Griechenland einer selbständigen Erwerbstätigkeit nachgeht, besteht in Hinblick auf die zitierte EWG VO in Österreich kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

In der Berufung (BH-Akt 23) dagegen begeht die Bw. nicht mehr die Familienbeihilfe, sondern gem § 4 Abs 2 FLAG eine Ausgleichszahlung, die dann zusteinde, wenn die Höhe der gleichartigen ausländischen Beihilfe, auf die sie oder eine andere Person Anspruch haben, geringer ist als die Familienbeihilfe, die ihnen nach dem FLAG ansonsten zu gewähren wäre. Demnach sollten nationalstaatlich unterschiedliche Familienleistungen für österreichische Staatsbürger, ungeachtet ihres zeitweiligen Aufenthaltes, ausgeglichen werden, falls sich ein Unterschiedsbetrag ergeben sollte. Diesen Sachverhalt hätte die Bw. für sich und ihren Gatten von der zuständigen Behörde bestätigen lassen und dem Erstantrag aktenkundig beigelegt. Daraus würde sich eine Familienbeihilfe aus dem Titel der Ausgleichszahlung in voller Höhe der österreichischen Familienbeihilfe ergeben und dies hätte daher möglicherweise zu einer Fehlinterpretation ihres Anspruches geführt. Zur EWG VO 1408/71 merkt die Bw. an, dass die Artikeln 2, 3, 4 und 13 in keinerlei Widerspruch zu § 4 Abs 2 und 5 Abs 5 FLAG stehen und dass diese Normen Rahmenbedingungen, nicht jedoch absolutes Recht schaffen. Artikel 73 wäre für die Bw. nicht anwendbar, da das Kind bei ihr lebe. Zum vom FA zitierten § 26 BAO meint die Bw., dass sie in den Monaten Jänner und Februar in B., März und April in Athen und von Mai bis September auf der Insel S. wohne, wo sie auch ihrer Erwerbstätigkeit nachginge. Oktober und November lebe sie wieder in Athen, da auf der Insel S. keine winterliche Infrastruktur vorhanden wäre und meist ab Mitte November wieder in B. Dasselbe Zeitschema ergäbe sich für ihre Tochter, weshalb diese sich nicht ständig im Ausland aufhalte. Diese 3 bis

4 Monate Österreich-Aufenthalt sind nicht mit einem länger andauernden Urlaub oder Hotelaufenthalt vergleichbar.

Es erging eine abweisende Berufungsvorentscheidung, welche im wesentlichen die Begründung des Erstbescheides wiederholte.

Gem Art 2 Abs 1 der EWG VO 1408/71 gilt diese Verordnung für Arbeitnehmer oder Selbständige, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, soweit sie Staatsangehörige eines Mitgliedsstaates sind oder als Staatenlose oder Flüchtlinge im Gebiet eines Mitgliedsstaates wohnen, sowie für deren Familienangehörige und Hinterbliebene.

Gem Art 3 dieser VO haben Personen, die im Gebiet eines Mitgliedsstaates wohnen und für die diese VO gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedsstaates wie die Staatsangehörigen dieses Staates, soweit besondere Bestimmungen dieser VO nicht anderes vorsehen.

Gem Art 4 gilt diese VO für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, u.a., die die Familienleistungen betreffen.

Gem Art 13 Abs 2 lit b dieser VO unterliegt eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedsstaates eine selbständige Tätigkeit ausübt, den Rechtsvorschriften dieses Staates und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedsstaates wohnt.

Gem Art 73 dieser VO hat ein Arbeitnehmer oder Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedsstaates unterliegt, für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedsstaates wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des ersten Staates, als ob diese Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnten.

Gem Art 24 des Abkommens über soziale Sicherheit zwischen der Republik Österreich und der Hellenischen Republik hat eine Person, die in einem Vertragsstaat als Dienstnehmer erwerbstätig ist, nach den Rechtsvorschriften dieses Vertragsstaates Anspruch auf Familienbeihilfe auch für die Kinder, die sich ständig in dem anderen Vertragsstaat aufhalten.

§ 4 Abs 2 FLAG spricht nur jenen Personen eine Ausgleichszahlung zu, die, wenn der Ausschließungsgrund des § 4 Abs 1 FLAG nicht vorläge (= Personen, die Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe haben, haben keinen Anspruch auf Familienbeihilfe), einen Anspruch auf Familienbeihilfe nach dem FLAG hätten. Da auch ohne Vorliegen des Ausschließungsgrundes gem § 4 Abs 1 FLAG kein Anspruch auf Familienbeihilfe gegeben

wäre, da die innerstaatlichen Voraussetzungen zur Gewährung der Familienbeihilfe nicht vorliegen, besteht idF auch kein Anspruch auf eine Ausgleichszahlung.

Dagegen wurde fristgerecht ohne weitere Ausführungen der Vorlageantrag gestellt.

In der Folge führte das Finanzamt noch diverse Erhebungen durch. So wurde ein Versicherungsdatenauszug vom Hauptverband der österr. SV Träger eingeholt, wonach sich bestätigt findet, dass die Bw. für Zeiten vor den strittigen Antragsjahren in Österreich teils beschäftigt, teils arbeitslos war.

Das Finanzamt richtete ein Auskunftsersuchen gem 1408/71 EWG-VO an die zuständige griechische Behörde, der Organismos Apascholisis Ergatkou Dynamikou, ob die Bw. oder ihr Ehegatte in Griechenland grundsätzlich Anspruch auf Familienleistungen hätte (BH-Akt 26). Ebenso erging an die Griechische Botschaft in Wien eine Anfrage, ob es in Griechenland Familienbeihilfe überhaupt gibt, ob auch Selbständige Anspruch auf diese Leistung hätten und wie hoch die Familienleistung in Griechenland für ein im Jahr 1997 geborenes Kind ist (BH-Akt 40). Das Griechische Ministerium für Arbeit, Ortsbehörde XY antwortete in der Folge, dass sie die Bw. und ihren Gatten zu einem Gespräch einluden, diese sich jedoch nicht in der Behörde einfanden. Eine Nachforschung im Archiv hat ergeben, dass die Beiden noch keine Familienbeihilfe erhalten haben. Dasselbe Ministerium, Direktion Versicherungen teilte mit, dass es auch telefonisch nicht möglich war, mit der Bw. und ihrem Ehegatten Kontakt aufzunehmen. Um den Familienbeihilfenanspruch der Beiden zu prüfen, ersuchte die Griechische Behörde das Österreichische Finanzamt, die Anschrift der Bw. in Griechenland dieser bekanntzugeben (BH-Akt 51, 52), dem das Finanzamt auch nachgekommen ist (BH-Akt 55).

Im Rahmen des Erhebungsdienstes wurde die Mutter der Bw. befragt (Niederschrift vom 11.10.1999, BH-Akt 44) und sagte diese aus, dass die Bw. jederzeit im Haus ihrer Eltern 2 Räume (1 Schlafzimmer mit Doppelbett, ein Kinderzimmer mit Wickeltisch) benutzen könne. Für die Bw. und ihre Tochter ist Winterkleidung vorhanden. Laut den Eltern wäre die Bw. ca. 9 Monate in Griechenland und 3 Monate in Österreich bei ihren Eltern. Die Bw. halte sich schon ca 15 Jahre in Griechenland auf und war davor, von 1980 bis 1985 als Ferialpraktikantin und teilweise als Angestellte tätig (insgesamt 35 nachgewiesene Versicherungsmonate. Ab 1994 ist die Bw. in Griechenland selbständig tätig.

Über die Berufung wurde erwogen:

Zunächst ist zu erwägen, ob bei der überwiegend in Griechenland wohnhaften und auch dort als selbständige tätige Bw. nach den innerstaatlichen österreichischen Rechtsvorschriften ein

Familienbeihilfenanspruch oder ein Anspruch auf Ausgleichszahlung für die Tochter A. P. besteht.

Gem § 2 Abs 8 FLAG haben Personen, die sowohl im Bundesgebiet als auch im Ausland einen Wohnsitz haben, Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt des Lebensinteresses 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. Gem § 5 Abs 4 FLAG besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

Eine Person kann zwar mehrere Wohnsitze, jedoch nur einen Mittelpunkt der Lebensverhältnisse haben (VwGH 18.1.1996, 93/15/0145, ÖStZB 1996, 531). Des Weiteren führt der VwGH in diesem Erkenntnis an, dass nach den Erfahrungen des täglichen Lebens im Regelfall die stärksten persönlichen Beziehungen zu dem Ort bestehen, an dem man regelmäßig und Tag für Tag mit seiner Familie lebt. Daraus folgt, dass der Mittelpunkt der Lebensverhältnisse einer verheirateten Person regelmäßig am Ort des Aufenthaltes ihrer Familie zu finden sein wird.

Wendet man diese einschlägige Rechtsprechung auf den vorliegenden Fall an, so kann doch quantitativ und qualitativ kein Zweifel darüber bestehen, dass bei einem 8 1/2 bis 9 Monate im Jahr bestehenden Aufenthalt in Griechenland, wobei der Ehegatte Grieche ist, die Bw. und ihr Gatte in Griechenland einer selbständigen Erwerbstätigkeit nachgehen, das Kind ständig bei der Mutter ist und der Familie eine Mietwohnung in Griechenland zur Verfügung steht, der Mittelpunkt der Lebensinteressen wohl dort gelegen sein 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 innehalt 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). Die polizeiliche Ab- und Anmeldung ist hiebei nicht entscheidend (VwGH 26.11.1991, 91/14/0041, ÖStZB 1992, 323). Als Anhaltspunkt für eine Mindestfrist für die Innehabung der Wohnung unter Umständen, die auf die Beibehaltung und Nutzung schließen lassen, wird auf die zitierte 6 Monatsfrist des § 26 Abs 2 abgestellt (siehe Ritz, BAO-Kommentar § 26 Tz 9). Dies auf den vorliegenden Fall angewendet bedeutet, dass

die 3 bis 3 1/2 Monate in B. keinen Wohnsitz begründen können, umso mehr, als unter Wohnung das Vorhandensein eines den Verhältnissen entsprechenden Heimes zu verstehen ist (VwGH 29.11.1965, 1281/65). Wenn nun der Bw. in B. zwei Räume im Elternhaus zur Verfügung stehen sollten, so wird dies wohl nicht als Heim für die gesamte Familie angesehen werden können; dieses Heim ist aber sehr wohl in Griechenland gegeben, wo der Familie eine Mietwohnung zur Verfügung steht.

Aufgrund dieser Erwägungen fehlt es sohin an der Anspruchsvoraussetzung für die Erlangung der Familienbeihilfe, zumal der Mittelpunkt der Lebensinteressen in Griechenland gegeben ist.

Gem § 4 Abs 1 FLAG haben Personen, die Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe haben, keinen Anspruch auf Familienbeihilfe. Österreichische Staatsbürger, die gem Abs 1 oder gem § 5 Abs 5 vom Anspruch auf die Familienbeihilfe ausgeschlossen sind, erhalten 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 ist.

Nach diesem Bundesgesetz ist aber eine Familienbeihilfe nicht zu gewähren, da im vorliegenden Fall der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Bw. und dem stets bei ihr sich aufhaltenden Kind in Griechenland und nicht in Österreich gelegen ist. Spricht hiezu doch auch der VwGH aus, dass auch für Ausgleichszahlungen iSd § 4 Abs 2 FLAG die Anspruchsvoraussetzungen des § 2 Abs 8 FLAG erfüllt sein müssen. Einer Person, die den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Ausland hat, ist daher die Ausgleichszahlung zu versagen (VwGH 13.9.1989, 88/13/0165, ÖStZB 1990, 45).

Entgegen der Ansicht der Bw. sind Verordnungen der Europäischen Gemeinschaft keine Rahmenbedingungen, sondern unmittelbar, das heißt ohne Umsetzungserfordernis seitens der Nationalstaaten der EU direkt anzuwendendes Recht, welches sogar entgegenstehendes nationales Recht im Stufenbau der Rechtsordnung verdrängt (siehe hiezu etwa Doralt/Ruppe, Grundriss des österr. Steuerrechtes Bd II 4. Auflage S 208).

Die vom Finanzamt zitierten EU Normen sind auf den vorliegenden Fall voll anwendbar und ist auch in dieser Entscheidung auf diese zu verweisen. Demnach haben Arbeitnehmer und Selbständige EU Bürger zwecks Vermeidung von Diskriminierungen zwischen Staatsangehörigen und EU Bürgern innerhalb eines Mitgliedsstaates, die im Gebiet eines Mitgliedsstaates wohnen, dort auch Anspruch auf staatliche Familienleistungen, wie sie Staatsangehörigen dieses Staates zukommt. Anspruch auf Familienleistungen besteht grundsätzlich im Beschäftigungsland.

Die Bw. behauptet, dass sie und ihr Ehegatte keinen Anspruch auf Familienleistungen seitens des Griechischen Staates hätten. Dem seitens des Finanzamtes durchgeführten Schriftverkehr mit den zuständigen griechischen Behörden zufolge bestätigten diese zwar die bislang nicht erfolgten Leistungen, bestätigten jedoch nicht, dass die Bw. und ihr Ehegatte von diesbezüglichen Leistungen ausgeschlossen wären. Einer entsprechenden Vorladung ist die Bw. und ihr Ehegatte - den griechischen Behörden zufolge - nicht nachgekommen.

Eingehend auf diese Berufungsausführungen wie auch auf das in der BVE zitierte zwischenstaatliche Abkommen (Art 24) verbleibt noch folgendes zu erwägen:

Wie auch das Finanzamt begründete, hält sich ein Kind dann ständig im Ausland auf, wenn es im Inland überhaupt keinen oder nur einen vorübergehenden Aufenthalt hat. Ein nur vorübergehender Aufenthalt eines Kindes spricht daher nicht gegen die Annahme eines ständigen Aufenthaltes im Ausland (so auch VwGH 20.6.2000, 98/15/0016, ÖStZB 2000, 652 zu § 5 Abs 4 FLAG, wonach ein Österreichaufenthalt des Kindes in Ferienzeiten noch keinen Österreichaufenthalt iS dieser Bestimmung begründet).

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. Die Bw. und ihr Ehegatte, der griechischer Staatsbürger ist, haben die gleichen Rechte und Pflichten wie griechische Staatsbürger auf Grund der griechischen Rechtsvorschriften. Eine Schlechterstellung der Bw. als Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaates ist dadurch nicht gegeben. Ergibt sich durch die Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen in Griechenland für bestimmte Personengruppen allenfalls der Ausschluss von bestimmten Leistungen in Griechenland, kann dadurch für die Bw. kein Anspruch auf Familienbeihilfe in Österreich bewirkt werden.

Ansonsten wird auf die Begründung des Erstbescheides wie auch auf die BVE verwiesen.

Wien, 29. August 2003