



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Ing. K. Y., W., vertreten durch Stb., gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 9/18/19 Klosterneuburg betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum Juli 2006 bis November 2007 entschieden:

Der Berufung wird teilweise stattgegeben.

Die Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für die Kinder M. Me. und Y. 007 im Zeitraum Juli 2006 bis November 2007 beträgt 544 Euro.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.) bezog für seinen Sohn 007, geb. 1991, und für seine Tochter Me., geb. 2005, im Streitzeitraum Juli 2006 bis November 2007 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge.

Das Finanzamt erließ am 30. Jänner 2008 einen Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge für die Kinder Me. und 007 und forderte für diesen Zeitraum die Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge mit folgender Begründung zurück:

„Die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 regelt, welcher Mitgliedstaat für ein und denselben Zeitraum für ein und denselben Familienangehörigen vorrangig zur Gewährung der im jeweiligen Hoheitsgebiet vorgesehenen Familienleistungen verpflichtet ist. Vorrangig muss grundsätzlich jener Mitgliedstaat die Familienleistungen gewähren, in dem eine Erwerbstätigkeit ausgeübt wird.

Sind die Elternteile in verschiedenen Mitgliedstaaten erwerbstätig, trifft die vorrangige Verpflichtung zur Gewährung der Familienleistungen jenen Mitgliedsstaat, in dessen Gebiet die Familienangehörigen wohnen.

Sind die Familienleistungen im anderen Mitgliedsstaat höher, besteht dort gegebenenfalls ein Anspruch auf Gewährung des Differenzbetrages (Artikel 76 Absatz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 in Verbindung mit Art.10 der DVO 574/72).

Wird in jenem Mitgliedstaat, der vorrangig zur Gewährung von Familienleistungen verpflichtet ist, kein Antrag gestellt, so kann der andere Mitgliedsstaat dennoch jene Leistungen, die bei Antragstellung gewährt worden wären, bei der Berechnung der Differenzzahlung berücksichtigen (Artikel 76 Absatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71).“

Die steuerliche Vertretung des Bw. erhob mit Schreiben vom 26. Februar 2008 innerhalb offener Frist Berufung und begründete diese wie folgt:

„Als Begründung führen wir an, dass Herr Ing. K. Y. nachweislich als Asylwerber in Österreich ist und trotz 3-maligen Ansuchens aus der Slowakei nicht ausgeliefert wurde.

Die Hauptbegründungen für die Rückforderung der Familienbeihilfen liegen in der Tatsache, dass offensichtlich davon ausgegangen wird, dass Herr Y. in der Slowakei erwerbstätig ist, dies trifft nicht zu. Herr Y. hat seit 1999 die Slowakei nicht mehr betreten, d.h. seine gesamte Tätigkeit findet in Österreich statt. Da der Dienstgeber allerdings in Österreich keine Betriebsstätte unterhält, wird sein Gehalt in der Slowakei abgerechnet.

Eine Auszahlung von Familienbeihilfen wird in der Slowakei durch das Gesetz Nr. 461/2003 verhindert, wo § 7 ausführt, dass Familienbeihilfe nur jemand beziehen kann, der seinen Wohnsitz und ständigen Aufenthalt in der Slowakei hat. Da schon aus diesem Grund der Wohnsitzstaat als einziger Familienbeihilfen- und Kinderabsetzbetragsstaat in Frage kommt, besteht aus unserer Sicht die Rückforderung der Familienbeihilfen und des Kinderabsetzbetrages zu Unrecht.

Gemäß Art. 76 der Verordnung Nr. 1408/71 besteht dann, wenn die Familienleistungen in dem einem Mitgliedstaat höher sind als in dem anderen, ein Anspruch auf Gewährung des Differenzbetrages. Da in der Slowakei die Familienbeihilfe monatlich etwa € 15,-- beträgt, ist selbst im Falle Österreich tatsächlich nicht zuständig wäre, kein Recht auf Rückerstattung durch die Finanzbehörde bis auf die € 15,-- gegeben.

Da im Zuge einer mündlichen Auskunft das Gerücht entstanden ist, Frau M. wäre in der Slowakei erwerbstätig gewesen, dürfen wir entgegenhalten, dass die Mutter von Tochter Me. seit 3 Jahren zu Hause ist und in Wien ohne Erwerbstätigkeit sowohl für die eigene Tochter Me. als auch für den Stiefsohn 007 sorgt.

Des Weiteren möchten wir erwähnen, dass, obwohl Herr Y. bereits seit 1999 die Familienbeihilfe zugestanden wäre, er ohnedies auf Grund elementarer Sorgen auf das Geltendmachen seiner aus unserer Sicht zweifellos bestehenden Ansprüche verzichtet hat und

nunmehr nicht verdient hat, um die Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag 2006 kämpfen zu müssen...

Das FA legte die Berufung dem Unabhängigen Finanzsenat (UFS) zur Entscheidung vor.

Der UFS richtete an den Bw mit Schreiben vom 11.6.2008 einen Vorhalt folgenden Inhalts:

„1. In der Berufung wird vorgebracht, Ihre gesamte berufliche Tätigkeit finde in Österreich statt.

Gemäß Ihren Angaben und den im Akt aufliegenden Unterlagen ist Ihr Dienstgeber die X. a.s. mit Sitz in Bratislava. Ihr Dienstort im Ausland ist nach Ihren eigenen Angaben Bratislava. Gemäß einer Bestätigung Ihres Dienstgebers sind Sie seit 1. Juli 2006 nichtselbständig als Berater des Generaldirektors tätig. Sie sind bei der Sozialversicherungsanstalt in Bratislava und der Gesundheitsversicherung in Bratislava versichert. Der Arbeitgeber führt die entsprechenden Beiträge ab. Die einbehaltene Lohnsteuer wird auf das Konto des Finanzamtes Bratislava V abgeführt.

Sie werden gebeten, zu diesen Ausführungen Stellung zu nehmen und Ihre Tätigkeit zu beschreiben sowie darzulegen, wie es möglich ist, diese Tätigkeit ausschließlich von Österreich aus zu betreiben.

Wo befindet sich der Dienstort? Wo ist Ihr Arbeitsplatz und welche Arbeitsmittel werden zur Verfügung gestellt? Wie ist die Arbeitszeit geregelt? Wie erfolgt die firmeninterne Kommunikation? Sind Sie noch immer bei dieser Firma angestellt? Wenn nein, bei welcher bzw was ist Ihre jetzige Tätigkeit?

Um Nachweis bzw Glaubhaftmachung Ihrer Angaben wird gebeten.

2. Laut Berufung ist Ihre Gattin seit drei Jahren zu Hause in Wien ohne Erwerbstätigkeit.

Laut Antrag auf Familienbeihilfe, beim FA eingelangt am 4.11.2005, ist Fr M. Rechtsanwältin mit Dienstort in Bratislava.

Laut „Überprüfung des Anspruchs auf Familienbeihilfe“, beim Finanzamt am 24.12.2007 eingelangt, ist Bratislava der Dienstort im Ausland für Fr M. .

Erklären Sie diesen Widerspruch. Um Nachweis bzw Glaubhaftmachung Ihrer Darstellung wird gebeten.

3. Ist Ihr Wohnsitz XY. K 0000 , Bratislava noch aufrecht? Wenn ja, von wem und wie oft wird er benutzt?

4. Haben Sie noch andere Einkünfte?

Bei welchen (anderen) Firmen sind Sie beteiligt, Konsulent oder nichtselbständig beschäftigt und welche Einkünfte erzielen Sie daraus?

Versteuern Sie Ihre Einkünfte in der Slowakei? Geben Sie dort Steuererklärungen ab? Wenn ja, bitte um Angabe des Finanzamtes und der Steuernummer.“

Mit Schreiben vom 11.7.2008 nahm der steuerliche Vertreter des Bw wie folgt Stellung.

„1. Wie in der Berufung vom 26.2.2008 ausgeführt, hat Herr Ing. K. Y. die Slowakei seit 1999 aus Gründen politischer Verfolgung nicht mehr betreten. Trotzdem war zeitweise Dienstgeber die X. AS mit Sitz in Bratislava. Die Tätigkeit von Herrn Ing. K. Y. war Kontakte in Österreich anzubahnen und an den Generaldirektor der Gesellschaft weiterzuleiten bzw. Geschäfte im Bereich der EDV-Beratung zu vermitteln. Diese Tätigkeit erfolgte technisch über das Handy bzw. persönliche Treffen des Generaldirektors mit Herrn Ing. Y. in Hainburg. Der Grund, warum Herr Ing. Y. in Österreich weilt und seit 2.3.1999 Österreich auch nicht mehr verlassen hat, ist politische Verfolgung durch die Einleitung von politisch motivierten Strafverfahren in der Slowakei, zu deren andere Sichtweise österreichischer Gerichte wir zwei Urteile über die Nichtauslieferung von Herrn Ing. Y. beilegen. ...Eine Ausübung einer beruflichen Tätigkeit in der Slowakei wäre für Herrn Y. nicht möglich gewesen, da diesfalls sofort der Anspruch auf Gewährung von Asyl erloschen wäre. ... war Herr Y. gezwungen, die Erwerbstätigkeit ausschließlich in Österreich auszuüben. ... Zur Abrundung der vorgetragenen Berufungsbegründung dürfen auch bestätigen, dass der Dienstvertrag mit der X. AS mit November 2007 zu Ende ging und somit Herr Ing. K. Y. seit Dezember 2007 arbeitslos ist.

2. Zur Berufung und deren Begründung für die Gattin von Herrn Ing. K. Y. dürfen wir die Kündigung des Rechtsanwaltes T. B. in Bratislava in Kopie überreichen, die am 25.9.2005 ausgesprochen worden ist. Frau Y. bezieht in der Slowakei Karenzgeld. Wir sehen in dieser Tatsache keinen Widerspruch, denn Karenzgeld stellt auf das Tätigsein in der Slowakei ab, während die Familienbeihilfe für die Finanzierung der Mehrkosten der Kinder gewährt wird, die auch ohne Zweifel hier in Österreich, wo die Kinder zur Schule bzw in den Kindergarten gehen, ernährt werden müssen, etc entstehen.

3. Die Adresse XY. K 33, Bratislava, dient weder nach dem § 26 Abs 1 der BAO noch nach dem Artikel 4 des DBA mit der Slowakei als Wohnsitz; notwendige Voraussetzung ist die Benutzung oder Benutzungsmöglichkeit einer Wohnung, was Herr Ing. K. Y. und seine Familie freiwillig die letzten Jahre nie in Erwägung gezogen haben. Die Abmeldung beim Meldeamt kann bei der Polizei in der Slowakei nur persönlich erfolgen, was ... nicht denkbar war.

4. Herr Ing. K. Y. hat außer endbesteuerte Einkünften aus Kapitalvermögen keine anderen Einkünfte. Er ist weder als Konsulent noch als Nichtselbständiger bei irgendeinem anderen Dienstgeber außer dem oben erwähnten beschäftigt gewesen. Als weitere Beteiligung bis Ende 2007 kann die V. L. AS genannt werden, die seit April 1999 keinerlei Tätigkeit mehr entfaltet. Bis Ende 2000 hat die V. an Herrn Ing. Y. einen Vorstandsbezug bezahlt, ... Herr Ing. K. Y. versteuert in der Slowakei die gemäß Doppelbesteuerungsabkommen der Slowakei zustehenden Einkünfte, wofür beim Finanzamt Bratislava I die Steuernummereingerrichtet ist.“

Über die Berufung wurde erwogen:

Folgender Sachverhalt steht fest.

- Der Bw. und seine Gattin waren im Streitzeitraum mit einem Hauptwohnsitz in Wien gemeldet und hatten den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Bundesgebiet
 - Der Bw. stellte bereits am 23. April 1999 einen Asylantrag (wegen politischer Verfolgung).
 - Der Bw. und seine Gattin sind slowakische Staatsbürger
 - Die Kinder des Bw. wohnten im Streitzeitraum beim Bw. und hatten den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Bundesgebiet
 - Sohn 007, geb. 1991, ist seit 16. Juni 1999 mit einem Hauptwohnsitz in Wien gemeldet und besitzt seit 3. Mai 2004 die österreichische Staatsbürgerschaft.
 - Tochter Me., geb. 2005, ist slowakische Staatsbürgerin und seit 31. Oktober 2005 ebenfalls mit einem Hauptwohnsitz in Wien gemeldet.
 - Der Bw. ist seit Juni 2002 in Österreich freiwillig selbstversichert (ASVG).
 - Der Bw. war seit 1. Juli 2006 als Berater des Generaldirektors der Firma X. (Sitz in Bratislava) tätig und seit diesem Zeitpunkt bei der Sozialversicherungsanstalt und Gesundheitsversicherung in Bratislava versichert. Die Lohnsteuer wird auf das Konto des Finanzamtes in Bratislava abgeführt. Der Arbeitgeber führt für den Bw. die monatlichen SV-Beiträge an die in Bratislava ansässige Sozialversicherungsanstalt (Sociálna poisťovňa) und Gesundheitsversicherungsbeiträge an die Gesundheitsversicherung (Spoločná zdravotná poisťovňa) ab.
- Die Tätigkeit wurde von Österreich aus ausgeübt.

Mit 30.11.2007 endete der Dienstvertrag des Bw und er hat seitdem kein aufrechtes Dienstverhältnis.

- Die Gattin des Bw, J. M., war in Bratislava bis 25.9.2005 bei einem Rechtsanwalt beschäftigt. Sie bezieht in der Slowakei seit der Geburt ihrer Tochter und im Streitzeitraum Karenzgeld.
- Der Bw. bezog im Streitzeitraum endbesteuerte Einkünfte aus Kapitalvermögen. Ansonsten bezogen er und seine Gattin J. M. im Streitzeitraum Juli 2006 bis November 2007 keine Einkünfte in Österreich.
- 007 besuchte im Streitzeitraum in Österreich eine Schule.
- Der Bw und seine Gattin haben eine Wohnung in Bratislava, für die eine aufrechte Meldung besteht. Die Wohnung hätte vom Bw seit Einstellung der Strafverfolgung benutzt werden können.
- Die Slowakei stellte den Antrag an Österreich, den Bw. wegen verschiedener Straftaten auszuliefern. Diesem Antrag wurde nicht stattgegeben. Mit Beschlüssen vom 15.6.2006 und 12.2.2007 wurde in der Slowakei die Strafverfolgung in ganzem Umfang eingestellt. Die internationalen Haftbefehle wurden aufgehoben.

Der Sachverhalt beruht auf folgender Beweiswürdigung.

Aus den im Familienbeihilfenakt erliegenden Unterlagen (Asylanträgen, Schulbesuchsbestätigungen, Meldebestätigungen) geht hervor, dass der Bw. und seine Familie den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in Wien haben. Der Bw konnte durch die Unterlagen glaubhaft machen, dass er die Beziehungen zur Slowakei abgebrochen hat und ein Aufenthalt in der Slowakei für ihn – zumindest bis zur Einstellung der Strafverfolgung - mit großen Risiken verbunden gewesen wäre.

Die Feststellungen über die ausgeübte nichtselbständige Tätigkeit des Bw beruhen auf der von seinem Dienstgeber vorgelegten Bestätigung sowie auf dem glaubhaften Vorbringen des Bw.

Dass der Bw eine Wohnung in Bratislava innehat, wurde von ihm bestätigt.

Die übrigen Feststellungen beruhen auf den vorliegenden bzw vorgelegten Unterlagen und auf dem Vorbringen des Bw.

Aus rechtlicher Sicht ist auszuführen wie folgt.

Nach § 2 Abs 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967, BGBl Nr 376/1967 idfd Streitzeitraum geltenden Fassung (FLAG) haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, für minderjährige Kinder Anspruch auf Familienbeihilfe.

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 ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kann eine Person zwar mehrere Wohnsitze, jedoch nur einen Mittelpunkt der Lebensverhältnisse haben. Unter persönlichen Beziehungen sind dabei all jene zu verstehen, die jemanden aus in seiner Person liegenden Gründen auf Grund der Geburt, der Staatsangehörigkeit, des Familienstandes und der Betätigungen religiöser und kultureller Art, mit anderen Worten nach allen Umständen, die den eigentlichen Sinn des Lebens ausmachen, an ein bestimmtes Land binden. 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. Daraus folgt, dass der Mittelpunkt der Lebensverhältnisse einer verheirateten Person regelmäßig am Ort des Aufenthaltes ihrer Familie zu finden sein wird. Diese Annahme setzt allerdings im Regelfall die Führung eines gemeinsamen Haushaltes sowie das Fehlen ausschlaggebender und stärkerer Bindungen zu einem anderen Ort, etwa aus beruflichen oder gesellschaftlichen Gründen, voraus. Der Familienwohnsitz ist also nur bei gemeinsamer Haushaltsführung von ausschlaggebender Bedeutung, nicht bei getrennten Haushalten. Bei von der Familie getrennter Haushaltsführung kommt es auf die Umstände der Lebensführung, wie etwa eine eigene Wohnung, einen selbständigen Haushalt, gesellschaftliche Bindungen, aber auch auf den Pflichtenkreis einer Person und hier insbesondere auf ihre objektive und subjektive Beziehung zu diesem an. Die auf die Wohnsitze entfallenden Aufenthaltszeiten sind ein bedeutsames quantitatives Kriterium dafür, wo der Mittelpunkt der Lebensverhältnisse einer Person besteht (*vgl VwGH-Erkenntnisse vom 20.6.1990, Zl. 90/16/0032, vom 18.1.1996, Zl. 93/15/0145*).

Der Bw hat den Mittelpunkt seiner Lebensinteressen im Inland. Er wohnt mit seiner Gattin und den Kindern ständig hier. Die Kinder gehen in Österreich zur Schule. Die nichtselbständige Tätigkeit des Bw wurde von Österreich aus ausgeübt. Er hat Österreich seit Jahren nicht mehr verlassen. Die Kinder halten sich ständig im Bundesgebiet auf.

§ 3 FLAG lautet:

“(1) Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhalten.

(2) Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.“

Die Slowakei ist mit 1.5.2004 der EU beigetreten. Der Bw, seine Gattin und die Tochter Me. halten sich daher rechtmäßig in Österreich auf, da für EU Bürger Niederlassungsfreiheit besteht. Die aufrechte Meldung nach dem Meldegesetz für „neue“ EU-Bürger gilt als Anmeldebescheinigung. Der Sohn 007 ist österreichischer Staatsbürger.

§ 4 FLAG lautet:

„Personen, die Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe haben, haben keinen Anspruch auf Familienbeihilfe.

(2) Österreichische Staatsbürger, die gemäß Abs. 1 oder gemäß § 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 (§ 5 Abs. 5) Anspruch haben, geringer ist als die Familienbeihilfe, die ihnen nach diesem Bundesgesetz ansonsten zu gewähren wäre.

(3) Die Ausgleichszahlung wird in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen der gleichartigen ausländischen Beihilfe und der Familienbeihilfe, die nach diesem Bundesgesetz zu gewähren wäre, geleistet.

(4) Die Ausgleichszahlung ist jährlich nach Ablauf des Kalenderjahres, wenn aber der Anspruch auf die gleichartige ausländische Beihilfe früher erlischt, nach Erlöschen dieses Anspruches über Antrag zu gewähren.

(5) Die in ausländischer Währung gezahlten gleichartigen ausländischen Beihilfen sind nach den vom Bundesministerium für Finanzen auf Grund des § 4 Abs. 8 des Umsatzsteuergesetzes 1972, BGBl. Nr. 223/1972, in der Wiener Zeitung kundgemachten jeweiligen Durchschnittskursen in inländische Währung umzurechnen.

(6) Die Ausgleichszahlung gilt als Familienbeihilfe im Sinne dieses Bundesgesetzes; die Bestimmungen über die Höhe der Familienbeihilfe finden jedoch auf die Ausgleichszahlung keine Anwendung.

(7) Der Anspruch auf die Ausgleichszahlung geht auf die Kinder, für die sie zu gewähren ist, über, wenn der Anspruchsberechtigte vor rechtzeitiger Geltendmachung des Anspruches

gestorben ist. Sind mehrere anspruchsberechtigte Kinder vorhanden, ist die Ausgleichszahlung durch die Anzahl der anspruchsberechtigten Kinder zu teilen.

Zu § 4 Abs 2 FLAG ist anzumerken, dass der Umstand, dass die Gewährung der dort genannten Ausgleichszahlung an die österreichische Staatsbürgerschaft geknüpft ist, jedenfalls im Anwendungsbereich der VO EWG Nr 1408/71 (die im konkreten Fall anzuwenden ist siehe unten) zufolge deren Vorrangs nicht als Ausschlussgrund zum Tragen kommen kann (s *VwGH vom 23.5.2007, ZI 2006/13/0074*).

§ 5 Abs 4 FLAG lautet:

„Kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, für die Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe besteht. Die Gewährung einer Ausgleichszahlung (§ 4 Abs. 2) wird dadurch nicht ausgeschlossen.“

Unbestritten ist, dass der Bw nach den innerstaatlichen Bestimmungen – abgesehen von der noch zu prüfenden Frage des Anspruchs auf eine gleichartige ausländische Beihilfe – Anspruch auf Familienbeihilfe für die beiden minderjährigen Kinder hätte.

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 (im Folgenden: VO) sowie die Verordnung EWG Nr 574/72 des Rates vom 21.3.1972 über die Durchführung der VO 1408/71 ist auf slowakische Staatsbürger seit 1.5.2004 (Beitritt der Slowakei zur EU) unmittelbar anwendbar und verdrängt entgegenstehendes innerstaatliches Recht.

Die genannte VO lautet in der konsolidierten Fassung ABL. L 028 vom 30. Jänner 1997 und nach Änderung durch die VO (EG) 1606/98 des Rates vom 29. Juni 1998 ABL. L 209 auszugsweise:

"Art. 1

Für die Anwendung dieser Verordnung werden die nachstehenden Begriffe wie folgt definiert:

a) 'Arbeitnehmer' oder 'Selbständiger': Jede Person,

i) 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;

ii) die im Rahmen eines für alle Einwohner oder die gesamte erwerbstätige Bevölkerung geltenden Systems der sozialen Sicherheit gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken

pflichtversichert ist, die von den Zweigen erfasst werden, auf die diese Verordnung anzuwenden ist,

- wenn diese Person auf Grund der Art der Verwaltung oder der Finanzierung dieses Systems als Arbeitnehmer oder Selbständiger unterschieden werden kann oder

- wenn sie bei Fehlen solcher Kriterien im Rahmen eines für Arbeitnehmer oder Selbständige errichteten Systems oder eines Systems der Ziffer iii) gegen ein anderes in Anhang I bestimmtes Risiko pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist oder wenn auf sie bei Fehlen eines solchen Systems in dem betreffenden Mitgliedstaat die in Anhang I enthaltende Definition zutrifft;

iii) die gegen mehrere Risiken, die von den unter diese Verordnung fallenden Zweigen erfasst werden, im Rahmen eines für die gesamte Landbevölkerung nach den Kriterien des Anhangs I geschaffenen einheitlichen Systems der sozialen Sicherheit pflichtversichert ist;

iv) die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den unter diese Verordnung fallenden Zweigen erfasst werden, im Rahmen eines für Arbeitnehmer, für Selbständige, für alle Einwohner eines Mitgliedstaats oder für bestimmte Gruppen von Einwohnern geschaffenen Systems der sozialen Sicherheit eines Mitgliedstaats freiwillig versichert ist,

- wenn sie im Lohn- oder Gehaltsverhältnis beschäftigt ist oder eine selbständige Tätigkeit ausübt oder

- wenn sie früher im Rahmen eines für Arbeitnehmer oder Selbständige desselben Mitgliedstaats errichteten Systems gegen das gleiche Risiko pflichtversichert war; ...

Art. 13

(1) Vorbehaltlich des Artikels 14c (und 14f (eingefügt durch ABL. L 209/1998)) unterliegen Personen für die erste Verordnung gilt, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaates. Welche Rechtsvorschriften diese sind, bestimmt sich nach diesem Titel.

(2) Soweit nicht die Artikel 14 bis 17 etwas anderes bestimmen, gilt Folgendes:

a) Eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaates abhängig beschäftigt ist, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Staates, und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates wohnt oder ihr Arbeitgeber oder das Unternehmen, das sie beschäftigt, seinen Wohnsitz oder Betriebssitz im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates hat; ...

Art. 73:

Ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates unterliegt, hat, vorbehaltlich der Bestimmungen in Anhang VI, für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des ersten Staates, als ob diese Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnten.

Art. 75 Abs. 1:

Familienleistungen werden in dem in Artikel 73 genannten Fall vom zuständigen Träger des Staates gewährt, dessen Rechtsvorschriften für den Arbeitnehmer oder den Selbständigen gelten; Sie werden nach den für diese Träger geltenden Bestimmungen unabhängig davon gezahlt, ob die natürliche oder juristische Person, an die sie zu zahlen sind, im Gebiet des zuständigen Staates oder in dem eines anderen Mitgliedstaates wohnt oder sich dort aufhält."

Artikel 76 Abs 1 der VO mit Prioritätsregeln für den Fall der Kumulierung von Ansprüchen auf Familienleistungen gemäß den Rechtsvorschriften des zuständigen Staates und denen des Staates, in dem die Familienangehörigen wohnen, lautet:

"Sind für ein und denselben Zeitraum für ein und denselben Familienangehörigen in den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet die Familienangehörigen wohnen, Familienleistungen aufgrund der Ausübung einer Erwerbstätigkeit vorgesehen, so ruht der Anspruch auf die nach den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats gegebenenfalls nach den Artikeln 73 bzw. 74 geschuldeten Familienleistungen bis zu dem in den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaats vorgesehenen Betrag."

Die Verordnung EWG 574/72 des Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der VO mit Vorschriften für das Zusammentreffen von Ansprüchen auf Familienleistungen oder -beihilfen für Arbeitnehmer und Selbständige bestimmt in Artikel 10 Abs 1:

"a) Der Anspruch auf Familienleistungen oder -beihilfen, die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats geschuldet werden, nach denen der Erwerb des Anspruchs auf diese Leistungen oder Beihilfen nicht von einer Versicherung, Beschäftigung oder selbständigen Tätigkeit abhängig ist, ruht, wenn während desselben Zeitraums für dasselbe Familienmitglied Leistungen allein aufgrund der innerstaatlichen Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats oder nach Artikel 73, 74, 77 oder 78 der Verordnung geschuldet werden, bis zur Höhe dieser geschuldeten Leistungen.

b) Wird jedoch

i) in dem Fall, in dem Leistungen allein aufgrund der innerstaatlichen Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats oder nach Artikel 73 oder 74 der Verordnung geschuldet werden, von der Person, die Anspruch auf die Familienleistungen hat, oder von der Person, an die sie zu

zahlen sind, in dem unter Buchstabe a) erstgenannten Mitgliedstaat eine Berufstätigkeit ausgeübt, so ruht der Anspruch auf die allein aufgrund der innerstaatlichen Rechtsvorschriften des anderen Mitgliedstaats oder nach den genannten Artikeln geschuldeten Familienleistungen, und zwar bis zur Höhe der Familienleistungen, die in den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats vorgesehen sind, in dessen Gebiet das Familienmitglied wohnhaft ist. Leistungen, die der Mitgliedstaat zahlt, in dessen Gebiet das Familienmitglied wohnhaft ist, gehen zu Lasten dieses Staates;"

Nach der Entscheidung des EuGH v 24.2.2005, ZI C-543/03, ist Arbeitnehmer oder Selbständiger iSd VO, 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 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.

Es ist erwiesen, dass dies im gegenständlichen Fall auf den Bw zutrifft, da er bei der Sozialversicherung in der Slowakei kranken- und pensionsversichert war. Die Lohnsteuer wurde an das Finanzamt in Bratislava angeführt, die Firma hat ihren Sitz in Bratislava. Als Wohnsitz des Bw. wurde vom Arbeitgeber dessen Wohnung in Bratislava angegeben. Das Dienstverhältnis des Bw dauerte vom 1.7.2006 bis 30.11.2007, somit umfasst es den gesamten Streitzeitraum.

Der Bw war somit in der Slowakei nichtselbständig beschäftigt. Dass er die Tätigkeit von Österreich ausübte, spielt dabei keine Rolle. Das Arbeitsverhältnis unterlag zur Gänze slowakischem Recht. Der Bw war in der Slowakei nach slowakischem Recht sozialversichert. In Österreich bestand dagegen nur eine Selbstversicherung – somit eine freiwillige Versicherung – nach dem ASVG, welche von der VO nicht umfasst ist.

Ob der Bw nach Beendigung des Dienstverhältnisses in der Slowakei versichert war – etwa durch den Bezug von Arbeitslosengeldern- musste im Rahmen der Berufungsentscheidung nicht geprüft werden.

Die VO ist daher bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen für den Bw persönlich anwendbar.

Sie ist auch sachlich anwendbar, da die Familienbeihilfe unzweifelhaft unter den Begriff der "*Familienleistungen*" iSd VO fällt.

Der Bw hat daher Anspruch auf Familienleistungen sowohl im Wohnsitzstaat Österreich nach den innerstaatlichen Rechtsvorschriften als auch im Tätigkeitsstaat Slowakei nach den gemeinschaftrechtlichen Vorschriften. (S Art 13, 73 VO)

Es besteht also das Risiko einer Kumulierung des Anspruchs aus Art 73 der VO EWG 1408/71 und des Anspruchs auf Familienleistungen nach den innerstaatlichen Rechtsvorschriften des Wohnstaats, der nicht von einer Voraussetzung in Bezug auf die Erwerbstätigkeit abhängt. In diesem Fall ist nach dem Erk des EuGH, ZI 543/03, Art 10 der VO EWG 574/72 anwendbar. Demnach gilt:

Räumen die Rechtsvorschriften des Beschäftigungsmitgliedstaats und die des Wohnmitgliedstaats eines Arbeitnehmers diesem für denselben Familienangehörigen und für denselben Zeitraum Ansprüche auf Familienleistungen ein, so ist der für die Gewährung dieser Leistungen zuständige Mitgliedstaat nach Artikel 10 Absatz 1 Buchstabe a der Verordnung EWG 574/72 des Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der VO in der durch die Verordnung EG 410/2002 der Kommission vom 27. Februar 2002 geänderten und aktualisierten Fassung grundsätzlich der Beschäftigungsmitgliedstaat.

Die Slowakei ist im ggstdl Fall als Beschäftigungsmitgliedstaat für die Gewährung von Familienleistungen wie der Familienbeihilfe vorrangig zuständig. Dass die Kinder des Bw in Österreich den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen haben, ändert daran nichts, da Art 73 VO die Fiktion aufstellt: *„als ob diese Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnten“*.

Der Bw hätte auch einen Antrag auf Familienbeihilfe in der Slowakei stellen können, da er über einen Wohnsitz in Bratislava verfügt. Da die strafrechtlichen Vorwürfe gegen ihn fallengelassen wurden, hätte er ab diesem Zeitpunkt (wieder) in die Slowakei einreisen können. Er hätte den Wohnsitz ab diesem Zeitpunkt jederzeit benutzen können.

In diesem Zusammenhang wird auch darauf verwiesen, dass die Gattin des Bw Karenzgeld in der Slowakei bezieht. Dafür ist nach den slowakischen Rechtsvorschriften sowohl ein ständiger oder vorübergehender Aufenthalt der berechtigten Person in der Slowakischen Republik als auch ein ständiger oder vorübergehender Aufenthalt des Kindes in der Slowakischen Republik erforderlich. Die Tatsache, dass der Wohnsitz in Bratislava zumindest zeitweilig von 2 Familienangehörigen benutzt wurde, ist ein Indiz für die gegebene Benutzbarkeit des Wohnsitzes durch den Bw.

Angemerkt wird, dass im Rahmen der vorliegenden Berufungsentscheidung nicht geprüft wurde, ob durch den Bezug von Karenzgeld gemeinschaftsrechtliche Ansprüche auch für die Gattin des Bw als Arbeitnehmerin iSd VO begründet würden, da dies erst für Zeiträume, die nach den streitigen liegen, allenfalls von Relevanz wäre.

Die Familienbeihilfe (Kindergeld) in der Slowakei beträgt für jedes Kind ca 16 €. (s http://ec.europa.eu/employment_social/social_protection/missoc_info_de.htm). In dieser Höhe hätte der Bw im Beschäftigungsstaat Slowakei den Anspruch auf Familienbeihilfe durchsetzen können.

Der Bw verweist allerdings zu Recht auf Art 76 der VO, wonach dann, wenn die Familienleistungen in dem einen Mitgliedstaat höher sind als in dem anderen, ein Anspruch auf Gewährung des Differenzbetrages besteht.

Der Wohnortstaat der Kinder (Österreich) muss seine Familienleistungen zur Gänze bzw. teilweise bezahlen, wenn es im Beschäftigungsstaat der Eltern keine oder nur geringere gleichartige Familienleistungen gibt.

Die EWG VO Nr 1408/71 und Nr 574/72 sollen gewährleisten, dass die Empfänger die Familienleistungen entweder auf dem Niveau des Wohnsitzstaates oder des Beschäftigerstaates erhalten - je nach dem, welches das höhere ist.

Auch die innerstaatlichen Rechtsvorschriften entsprechen den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben (s § 4 FLAG). Da der Bw nach innerstaatlichen Rechtsvorschriften Anspruch auf Familienbeihilfe hätte, ist – bei Wegdenken des Erfordernisses der österreichischen Staatsbürgerschaft s.o. – eine Ausgleichszahlung gemäß § 4 Abs 2 FLAG zu gewähren. Der Verweis in der Berufung auf die Differenzzahlung ist als konkludenter Antrag auf diese zu verstehen.

Gemäß § 26 Abs 1 FLAG hat, wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

Der vom Bw zurückzuzahlende Betrag ergibt sich aus der Dauer des Streitzeitraums von 17 Monaten und dem der Familienbeihilfe vergleichbaren Kindergeld für 2 Kinder in Höhe von € 16 je Kind und Monat.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 19. August 2008