



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 7. März 2011 gegen den Bescheid des Finanzamtes Freistadt Rohrbach Urfahr vom 17. Februar 2011 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Differenzzahlung für die Zeit von März 2010 bis Dezember 2010 entschieden:

Der eingeschränkten Berufung wird Folge gegeben.

Die Differenzzahlung wird für den Zeitraum April 2010 bis Dezember 2010 gewährt.

Entscheidungsgründe

Das Finanzamt hat mit Bescheid vom 17.2.2011 den Antrag auf Gewährung der Differenzzahlung für das minderjährige Kind für den Zeitraum März 2010 bis Dezember 2010 abgewiesen. Unter Kinder einer Person im Sinne des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 seien deren Nachkommen, deren Wahlkinder und deren Nachkommen, deren Stiefkinder, deren Pflegekinder (§§ 186 und 186a des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches) zu verstehen.

In der dagegen eingebrachten Berufung vom 7.3.2011 wird ausgeführt, dass der Berufungswerber in Tschechien mit seiner Lebensgefährtin und dem Kind in einer Haushaltsgemeinschaft wohne. Die Formulare E 401 und E 411 seien dem Antrag auf die Differenzzahlung beigelegt worden. Als Familienvater trage er sämtliche Kosten der Erziehung und Berufsausbildung nicht nur für das Kind, sondern auch für seine Lebensgefährtin, die

derzeit als Studentin noch nicht erwerbstätig sei. Die Gewährung der Differenzzahlung für das Jahr 2010 sollte seine Wirtschaftsführung in der Position des Familienvaters erleichtern.

Auf Grund eines Ersuchens des Finanzamtes um Ergänzung teilte der Berufungswerber am 22.4.2011 mit, dass seine Familie über die Beschäftigung des Kindesvaters in Tschechien keine Informationen habe. Weil dieser jedoch seiner Unterhaltspflicht für das Kind nicht nachkomme, werde er von der tschechischen Polizei gesucht.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 8.7.2011 hat das Finanzamt die Berufung als unbegründet abgewiesen.

Begründung:

Im Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 26. November 2009 in der Rechtssache C-363/08 und im darauf folgenden Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 2. Februar 2010, ZI. 2009/15/0204-11, wurde jedoch die Rechtsmeinung vertreten, dass ein leiblicher Vater, auch wenn er keinerlei Kontakt zu seinem leiblichen Kind hat, als familienangehöriger Vater zu werten sei und eine von ihm in Österreich ausgeübte Erwerbstätigkeit einen Anspruch auf die Familienbeihilfe/ Ausgleichszahlung für das Kind im Ausland auslöse. Als Folge dieser Rechtsprechung ist daher als ein familienangehöriges Kind im Sinne des Art. 68 der Verordnung (EG) 883/2004 ein leibliches Kind im Verhältnis zu seinem leiblichen Vater/zur seiner leiblichen Mutter zu werten. Bei der Beurteilung der Frage, nach welchen Rechtsvorschriften ein vorrangiger/nachrangiger Anspruch auf die Familienleistungen eines Landes für dieses Kind besteht, sind der Prüfung beide leiblichen Eltern zugrunde zu legen.

Da Sie aber nicht der leibliche Vater des Kindes V. sind können Sie daher keinen Anspruch auf Familienbeihilfe erwerben, auch wenn Sie im gemeinsamen Haushalt leben und überwiegend die Erziehungs- und Bildungskosten tragen. Der Antrag war daher abzuweisen."

Der Vorlageantrag vom 29.7.2011 wird wie folgt begründet:

„Ich habe jeweils den Anträgen auf die österreichische Familienbeihilfe Bestätigung Formular E-401, Formular E-411 darüber beigelegt, dass ich mit meiner Lebensgefährtin LG, und der Tochter T. im gemeinsamen Haushalt an der Adresse yy lebe, und dass ich in Tschechischer Republik keinen Anspruch auf Familienbeihilfe habe.

Der leibliche Vater hat zu seiner Tochter TT keinerlei Kontakte, er wurde überdies von der Tschechischen Polizei aus dem Grund der Verletzung seiner Unterhaltspflicht / Nichtzahlung der Unterhaltsbeiträge zur T. gesucht, und ich trage als Familienerhalter somit die sämtlichen Kosten der Erziehung und Berufsausbildung, also überwiegend die Unterhaltskosten, nicht nur für die T. , sondern auch für meine noch studierende Lebensgefährtin LGG. Die Gewährung der Kinderbeihilfe für die T. sollte meine Wirtschaftsführung in der Position des

Familienerhalters erleichtern und unserem Kind auf ihrem Weg ins Erwachsenenleben bestmöglich zur Seite stehen.“

Der Berufungswerber war im Berufszeitraum in der Zeit von 2.3.2010 bis 31.12.2010 in Österreich als „Arbeiter“ versichert.

Am 6.2.2013 hat er den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Monat März 2010 zurückgezogen und somit die Berufung auf die Zeit von April 2010 bis Dezember 2010 eingeschränkt.

Aus der vorgelegten Heiratsurkunde vom 16.8.2011 geht als Datum der Eheschließung des Berufungswerbers mit seiner bisherigen Lebensgefährtin der 13.8.2011 hervor.

Über die Berufung wurde erwogen:

Nach § 2 Abs. 1 lit. a Familienlastenausgleichsgesetz 1967 in der anzuwendenden Fassung haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder.

Absatz 2: Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind hat die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.

Absatz 3: Kinder einer Person sind

- a) deren Nachkommen,
- b) deren Wahlkinder und deren Nachkommen,
- c) deren Stiefkinder,
- d) deren Pflegekinder (§§ 186 und 186a des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches).

§ 53 Abs. 1 FLAG 1967: Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) sind, soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt. Hierbei ist der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraums nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten.

Im Berufungsfall sind nicht nur die innerstaatlichen Bestimmungen des FLAG 1967 zu beachten. Vielmehr sind die im Streitzeitraum anzuwendende Verordnung des Rates (EWG) Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige und deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und

abwandern vom 14. Juni 1971 i.d.g.F. (in der Folge "VO") sowie für die Zeit ab 1.5.2010 die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit ist zu beachten.

Die Verordnungen (EWG) Nr. 1408/71 und Nr. 574/72 waren für Unionsbürger bis Ende April 2010 anzuwenden. Danach würde für Unionsbürger die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit gelten.

Jedoch sieht die VO 883/2004 in Art. 87 Abs. 8 entsprechende Übergangsregelungen vor, wenn die Umsetzung der VO 883/2004 mit 1.5.2010 dazu führt, dass es im Vergleich zur VO 1408/71 zu einem Wechsel der anzuwendenden Rechtsvorschriften kommen würde: Gelten für eine Person infolge der VO 883/2004 die Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaates als desjenigen, der durch die VO 1408/71 bestimmt wurde, so bleiben die ursprünglich ermittelten Rechtsvorschriften so lange anwendbar, bis sich der vorliegende Sachverhalt ändert. Kommt es zu keiner Sachverhaltsänderung, sind die jeweils nach der VO 1408/71 ermittelten nationalen Rechtsvorschriften für einen Zeitraum von höchstens zehn Jahren ab Inkrafttreten der VO 883/2004 weiter anzuwenden.

Im vorliegenden Fall liegt eine Änderung des Sachverhaltes nicht vor. Somit sind aber auch ab Mai 2010 die Rechtsvorschriften der VO (EWG) Nr. 1408/71 anzuwenden.

VO Nr. 1408/71

Gemäß Artikel 1 der VO ist "Arbeitnehmer" u.A. jede Person, die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den Zweigen eines Systems der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer oder Selbständige oder einem Sondersystem für Beamte erfasst werden, pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist.

Der Arbeitnehmerbegriff der VO hat einen gemeinschaftsspezifischen Inhalt und wird vom EuGH sozialversicherungsrechtlich und nicht arbeitsrechtlich definiert. Demnach ist jede Person als Arbeitnehmer bzw. Selbständiger anzusehen, die, unabhängig davon, ob sie eine Erwerbstätigkeit ausübt oder nicht, die Versicherteneigenschaft nach den für die soziale Sicherheit geltenden Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten besitzt. Entscheidend ist, ob jemand in einem für Arbeitnehmer oder Selbständige geschaffenen System der sozialen Sicherheit pflicht- oder freiwillig versichert ist (siehe EuGH Rs. C-543/03, Dodl und Oberhollenzer, Slg 2005, I-05049).

Artikel 2 der VO regelt den persönlichen Geltungsbereich. Demnach gilt diese VO nach Abs. 1 für Arbeitnehmer, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten

gelten oder galten, soweit sie Staatsangehörige eines Mitgliedstaates sind oder als Staatenlose, Flüchtlinge im Gebiet eines Mitgliedstaates wohnen, sowie für deren Familienangehörige und Hinterbliebene.

Gemäß Artikel 3 der VO haben Personen, die im Gebiet eines Mitgliedsstaats wohnen und für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten auf Grund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates, wie die Staatsangehörigen dieses Staates, soweit besondere Bestimmungen dieser Verordnung nicht anderes vorsehen.

Gemäß Artikel 4 der VO gilt diese Verordnung für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, uA die, die Familienleistungen betreffen.

Nach Artikel 1 Buchstabe f) i) gilt als "Familienangehöriger" jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, oder in den Fällen des Artikels 22 Abs. 1 Buchstabe a) und des Artikels 31 in den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaates, in dessen Gebiet sie wohnt, als Familienangehöriger bestimmt, anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet ist; wird nach diesen Rechtsvorschriften eine Person jedoch nur dann als Familienangehöriger oder Haushaltsangehöriger angesehen, wenn sie mit dem Arbeitnehmer oder dem Selbständigen oder dem Studierenden in häuslicher Gemeinschaft lebt, so gilt diese Voraussetzung als erfüllt, wenn der Unterhalt der betreffenden Person überwiegend von diesem bestritten wird.

Nach Artikel 13 Abs. 2 b unterliegt eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaates eine selbständige Tätigkeit ausübt, den Rechtsvorschriften dieses Staates und zwar auch dann, wenn Sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates wohnt,...

Die unionsrechtliche Verordnung stellt somit vorrangig auf die die betreffende Leistung gewährenden nationalen Rechtsvorschriften (hinsichtlich Familienbeihilfe auf das Familienlastenausgleichsgesetz) ab.

§ 2 Abs. 3 lit. c FLAG 1967 definiert den Begriff des Kindes (leibliche Kinder, Adoptivkinder, Enkel, Stiefkinder, Pflegekinder, ...), wobei nach § 2 Abs. 2 FLAG 1967 Anspruch vorrangig derjenige Elternteil hat, bei dem das Kind im gemeinsamen Haushalt lebt (nur subsidiär besteht der Anspruch für die Person, die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt). Damit fallen bei Anwendung der Verordnung für die Gewährung der österreichischen Familienbeihilfe unter den Begriff "Familienangehöriger" auch die Stiefkinder einer unter die Verordnung fallenden Person (VwGH 24.10.2012, 2012/16/0054). Ebenso somit in weiterer Folge die Pflegekinder.

Im gegebenen Fall handelt es sich bei dem minderjährigen Kind weder um ein Nachkommen des Berufungswerbers noch um sein Wahlkind und deren Nachkommen. Mangels aufrechter Ehe in diesem Zeitraum kann aber ebenso nicht von einem anspruchsvermittelnden Stiefkind ausgegangen werden.

Pflegeeltern sind Personen im Sinne des § 186 ABGB. Gemäß § 186 ABGB sind Pflegeeltern Personen, die die Pflege und Erziehung des Kindes ganz oder teilweise besorgen und zu denen eine dem Verhältnis zwischen leiblichen Eltern und Kindern nahe kommende Beziehung besteht oder hergestellt werden soll.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in den Erkenntnissen vom 14. 9.1993, 93/15/0120, und vom 20. 4.1995, 95/13/0071, ausgesprochen hat, sind nur solche Personen Pflegekinder iSd § 2 Abs. 3 lit. d FLAG 1967, bei denen die Pflegeeltern ihre Rechte auf Grund einer Ermächtigung durch die unmittelbar Erziehungsberechtigten oder durch den Jugendwohlfahrtsträger ausüben oder aber bei denen das Gericht den Pflegeeltern auf ihren Antrag die Obsorge über das Kind ganz oder teilweise übertragen hat.

Innerhalb dieses Rahmens ist nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes ein Pflegeverhältnis iSd § 2 Abs. 3 lit. d FLAG 1967 nur dann anzunehmen, wenn den Pflegeeltern (Pflegepersonen) tatsächlich die Pflege der Kinder übertragen ist und sie diese Aufgabe in überwiegendem Ausmaß selber erfüllen. Auch das Pflegekindschaftsverhältnis iSd ABGB weist als Wesensmerkmal die eindeutige Lebensschwerpunktverlagerung des Kindes zu den Pflegeeltern auf, wobei sich diese Verlagerung im Wechsel des Kindes in den Haushalt der Pflegeeltern auf nicht bloß vorübergehende Dauer ausdrückt.

Das Oberlandesgericht Wien hat am 30.8.2005, GZ, Folgendes ausgesprochen:

"Das in § 186 ABGB erwähnte "Nahekommen" ist weniger als die in § 180a Abs. 1 für die Adoptivbewilligung vorausgesetzte, dem Verhältnis zwischen leiblichen Eltern und Kindern "entsprechende" Beziehung. Bei der Beurteilung wird kein einzelfallbezogener, sondern ein allgemeiner Maßstab angelegt. Demnach ist für die Annahme einer Pflegeelternschaft erstens eine tatsächliche Betreuung durch die Pflegeeltern (den Pflegeelternteil) mittels weitgehender Eingliederung in Haushalt und Lebensablauf der Pflegeeltern gefordert. Zweitens muss der Pflegeelternteil zumindest beabsichtigen, eine emotionale Bindung des Kindes (vergleichbar zu den leiblichen Eltern) aufzubauen (RV 296 BlgNr 21.GP, 103). Die Pflegeelternschaft ist in diesem Fall kraft Gesetzes (ohne Notwendigkeit eines rechtsgeschäftlichen oder gerichtlichen Begründungsaktes) bei Vorliegen beider genannter Begriffskomponenten gegeben (Haberl in Schwimann, RZ 3 zu § 186; RV 296 BlgNr 21.GP, 102; EFSlg. 104.479)".

Der Berufungswerber erfüllt beide genannten Begriffskomponenten. Er hat das Kind betreut, auch eine emotionale Bindung war gegeben, zumal schließlich im August 2011 die Verehelichung mit der Kindesmutter erfolgte. Dass die Pflegeelterneigenschaft auch einer Einzelperson zu teil werden kann, ist aus § 186a nF zu schließen, weil darin ausdrücklich auf einen Pflegeelternteil Bezug genommen wird.

Zu beachten ist jedoch, ob in der Tschechischen Republik jemand für das Kind Anspruch auf die dortige Familienleistung hatte. Das könnten der Berufungswerber, seine Ehegattin bzw. der ebenfalls in Tschechien lebende Kindesvater sein, der zu Unterhaltsleistungen verpflichtet ist.

Der Europäische Gerichtshof hat in seinem Urteil vom 26. November 2009 in der Rs. C-363/08 (XY), Rn. 28, ausgeführt, es sei für die Frage, ob das Kind Familienangehöriger einer Person ist, ohne Bedeutung, dass diese Person, die zur Zahlung von Unterhalt für das Kind verpflichtet ist, diesen nicht gezahlt hat.

Das Formular E 411 sieht vor, dass von dem Mitgliedstaat, in dem die Familienangehörigen wohnen, bekannt gegeben wird, in welchem Zeitraum kein Anspruch auf Familienleistungen in diesem Land besteht. Dies hätte zur Folge, dass für diesen Zeitraum Österreich für die Gewährung der Familienbeihilfe zuständig wäre.

Weiters ist darin bekanntzugeben, wenn für einen bestimmten Zeitraum kein Antrag gestellt wurde.

Im E 411 vom 14.6.2013 wird von der tschechischen Behörde angegeben, dass für die Zeit von 1.4.2010 bis 30.9.2010 die dortige Familienleistung in Höhe von 500,00 Kronen bezogen wurde.

Für die Zeit ab 1.10.2010 ist kein Antrag gestellt worden. Es wurde jedoch nicht bescheinigt, dass kein Anspruch für diese Zeit bestanden hätte.

Es ist daher davon auszugehen, dass bei entsprechender Antragstellung auch ein Anspruch auf die tschechische Familienleistung weiterhin bestanden hätte und der Berufungswerber in Österreich folglich einen Anspruch auf die Differenzzahlung hatte.

Diesbezüglich wird auch darauf hingewiesen, dass der Berufungswerber selbst nur einen Antrag auf Gewährung der Differenzzahlung beim Finanzamt einreichte und weiters in der Berufung wiederholend den Antrag auf Gewährung einer Differenzzahlung bis Dezember 2010 stellte.

Die Differenzzahlung wird für die Zeit von April 2010 bis Dezember 2010 wie folgt berechnet:

Familienbeihilfe: € 1.090,50

Kinderabsetzbetrag: € 525,60

Gesamt: € 1.616,10

abzüglich tschechische Familienleistung: 9 x 500,00 Kronen = € 175,89

Differenzzahlung: € 1.440,21

Der Berufung gegen den Bescheid betreffend die Abweisung des Antrages auf Gewährung einer Differenzzahlung war daher für den eingeschränkten Zeitraum April 2010 bis Dezember 2010 stattzugeben.

Es war daher wie im Spruch zu entscheiden.

Linz, am 13. September 2013