



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., gegen den Bescheid des Finanzamtes Baden Mödling betreffend Ausgleichszahlung nach § 4 FLAG für den Zeitraum September 2006 bis Dezember 2010 entschieden:

Der Berufung wird teilweise, und zwar für den Zeitraum Mai 2010 bis Dezember 2010, Folge gegeben. Die Ausgleichszahlung betreffend Familienbeihilfe wird für diesen Zeitraum gewährt.

Für den Zeitraum September 2006 bis April 2010 wird die Berufung abgewiesen. Die Ausgleichszahlung betreffend Familienbeihilfe steht für diesen Zeitraum nicht zu.

### Entscheidungsgründe

Die geschiedene Berufungswerberin (Bw), eine ungarische Staatsbürgerin, wohnt mit den Kindern B., geb 1994, und V., geb 2001, in Ungarn.

Im Oktober 2011 stellte sie den Antrag auf rückwirkende Gewährung der Ausgleichszulage von September 2006 bis Dezember 2010.

Das Finanzamt ersuchte die Bw im Zuge des Antragverfahrens um Vorlage von Unterlagen bzw um Beantwortung diverser Fragen.

Da die Bw der Aufforderung nicht bzw unzureichend nachkam, wies das Finanzamt den Antrag mit Bescheid vom 10. Mai 2012 ab.

Die Bw erhaben gegen den Abweisungsbescheid fristgerecht Berufung und führte darin aus, dass sie die benötigten Unterlagen einbringen werde.

Die Unterlagen wurden von der Bw mit Schreiben vom 13. Juli 2012 vorgelegt bzw die vom Finanzamt gestellten Fragen beantwortet.

Das Finanzamt gab mit Berufungsvorentscheidung vom 20. September 2012 der Berufung insofern teilweise statt, als es die Ausgleichszahlung nur für den Zeitraum Mai 2010 bis Dezember 2010 gewährte (Streitzeitraum September 2006 bis Dezember 2010).

Die teilweise Stattgabe wurde wie folgt begründet:

"Artikel 68 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Koordinierung der Systeme der Sozialen Sicherheit in der ab 1. Mai 2010 gültigen Fassung 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 ein leiblicher Elternteil erwerbstätig ist. Sind beide leiblichen Elternteile in verschiedenen Mitgliedstaaten erwerbstätig, ist das Wohnland der Kinder vorrangig zuständig. Ohne Bedeutung ist, ob die leiblichen Eltern gemeinsam oder getrennt leben.

Gemäß Artikel 87 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 begründet diese Verordnung keinen Anspruch für den Zeitraum vor dem Beginn ihrer Anwendung (1. Mai 2010).

In der bis 30. April 2010 gültigen Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige, sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- oder abwandern, wurden bei der Beurteilung, welcher Mitgliedstaat vorrangig für Familienleistungen zuständig ist, nur jene Elternteile berücksichtigt, die im gemeinsamen Haushalt leben.

Der erwerbstätige Elternteil musste den Anspruch selbst geltend machen.

Da die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 erst ab 1. Mai 2010 anwendbar ist, haben Sie erst ab diesem Zeitpunkt einen Anspruch auf Familienbeihilfe. Für den Zeitraum September 2006 bis April 2010 besteht daher kein Anspruch."

Die Bw erhaben mit Schreiben vom 10. Oktober 2012 gegen die Berufungsvorentscheidung Berufung und führte darin aus, dass Artikel 87 Absatz 3 der Verordnung EG Nr. 883/2004 einen Leistungsanspruch auch für Ereignisse vor dem Beginn ihrer Anwendung begründe.

Das Finanzamt werte das Schreiben als Vorlageantrag und legte es der Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung vor.

### ***Über die Berufung wurde erwogen:***

### **Folgender Sachverhalt wird der Entscheidung zu Grunde gelegt:**

Die Bw ist ungarische Staatsbürgerin. Sie lebt mit ihren beiden Kindern, B., geboren 1994, und V., geboren 2001, in Ungarn im gemeinsamen Haushalt. Sie hatte in Österreich niemals

einen Wohnsitz. Sie war in Österreich niemals beschäftigt und ist im Streitzeitraum weder in Österreich noch in Ungarn beschäftigt.

Der leibliche Vater von V. ist I X., ein ungarischer Staatsbürger. Die Bw war und ist mit ihm nicht verheiratet. I X. bezahlte für V. im Streitzeitraum aG einer mündlichen Vereinbarung einen monatlichen Unterhalt von ca € 100,--. Die monatlichen Kosten des Unterhalts für V. betragen rund € 370,--. Hr X. leistete daher nicht den überwiegenden Unterhalt für V.. I X. war im Streitzeitraum in Österreich nichtselbständig beschäftigt. Er hatte im Streitzeitraum keinen Wohnsitz in Österreich.

V. ist Schülerin.

Der leibliche Vater von B. ist I. K.. Die Bw war mit ihm verheiratet. Die Ehe wurde im Jahr 2000 geschieden. Herr K. wurde zu einem monatlichen Unterhalt von 20.000,-- HUF verpflichtet. Der Unterhalt wurde später (Anm.: 2006) erhöht und die Unterhaltspflicht mit 30.000,-- HUF bestimmt. Herr K. bezahlte den Unterhalt nicht und es kam zu einem Vollstreckungsverfahren. Das Vollstreckungsverfahren wurde im Jahr 2007 wegen Uneinbringlichkeit eingestellt (keine bestehenden ungarischen Vermögensgegenstände, kein Arbeitsplatz in Ungarn). Der Rückstand betrug 120.000 HUF. Im Jahr 2009 leitete die Bw neuerlich ein Vollstreckungsverfahren ein, welches teilweise erfolgreich war. Gemäß Protokoll vom 8. Dezember 2011, aufgenommen beim Gericht in Ungarn, hat Hr K. ab dem 1. Jänner 2009 einen Unterhaltsrückstand von 370.000,-- HUF. Erst nach dem Streitzeitraum wurden im Zuge eines neuerlichen Vollstreckungsverfahren im internationalen Rechtshilfeverfahren durch eine Lohnpfändung jedes Monat 30.000 HUF (€ 110) Unterhalt eingetrieben.

Die monatlichen Kosten des Unterhalts für B. betragen ca € 450,--. Im Streitzeitraum hat der Kindesvater den Unterhalt für B. nicht überwiegend bezahlt.

Herr K. war im Streitzeitraum in Österreich nichtselbständig beschäftigt. Er war vom 17. Februar 2005 bis 7. März 2007 mit einem Hauptwohnsitz in Österreich gemeldet.

B. ist Schülerin.

Die Bw lebt von beiden Kindesvätern seit 2005 dauernd getrennt und erzieht die Kinder alleine.

#### **Der festgestellte Sachverhalt beruht auf folgender Beweiswürdigung:**

Die Feststellungen betreffend Wohnsitz, Staatsbürgerschaft und Beschäftigung der Bw, ihrer Kinder und Kindesväter sind unbestritten.

Die Unterhaltszahlungen von Hrn X. für V. iHv von monatlich ca € 100,-- wurden von der Bw nachgewiesen.

---

Die Unterhaltskosten für V. wurden von der Bw durch eine von ihr vorgelegte Aufstellung glaubhaft gemacht, wobei im Schätzungswege zusätzlich € 100,-- Wohnkosten angesetzt wurden.

Der Schulbesuch von V. wurde nachgewiesen.

Die Auflösung der Ehe mit Hrn K. im Jahr 2000 ist aktenkundig, ebenso wie die gerichtlich festgesetzte Unterhaltsverpflichtung von 20.000 HUF und die spätere Erhöhung auf 30.000 HUF. Der aufgelaufene Rückstand und die Einstellung des Vollstreckungsverfahrens wegen Uneinbringlichkeit ist durch das Protokoll vom 8. Dezember 2011, angefertigt beim Gericht der Stadt Ungarn, erwiesen. Die weiteren Feststellungen betreffend Vollstreckungsverfahren und Unterhalt beruhen ebenfalls auf diesem Protokoll.

Die Unterhaltskosten für B. wurden von der Bw durch eine von ihr vorgelegte Aufstellung glaubhaft gemacht, wobei im Schätzungswege zusätzlich € 100,-- Wohnkosten angesetzt wurden.

Aus dem glaubhaften Vorbringen der Bw, der Höhe der Unterhaltskosten für B. und den Feststellungen über die Höhe des vom Kindesvater zu bezahlenden gerichtlich festgesetzten Unterhalts, der darüber hinaus im Streitzeitraum jedenfalls auch nicht regelmäßig gezahlt wurde, folgt, dass der Kindesvater den Unterhalt für das Kind nicht überwiegend geleistet hat.

Der Schulbesuch von B. wurde nachgewiesen.

Dass die Bw von den Kindesvätern dauernd getrennt lebt, hat sie selbst angegeben.

**In rechtlicher Hinsicht ist auszuführen wie folgt:**

Das Finanzamt hat die Ausgleichszahlung mit Berufungsvorentscheidung vom 20. September 2012 für den Zeitraum Mai 2010 bis Dezember 2010 im Anwendungsbereich der Verordnung (EG) 883/2004 gewährt. Dieser Zeitraum ist daher nicht mehr strittig und der Bescheid wird insofern abgeändert.

Dem Argument der Bw, dass Artikel 87 Absatz 3 der Verordnung EG Nr 883/2004 einen Leistungsanspruch auch für Ereignisse vor dem Beginn ihrer Anwendung begründe, kann nicht gefolgt werden. Die Verordnung EG Nr 883/2004 ist mit 1. Mai 2010 in Kraft getreten. Für bestehende Sachverhalte bis spätestens 30. April 2010 ist gemäß Art 87 Abs 1 leg cit die "alte" Verordnung (EWG) 1408/71 (in der Folge: "VO") anzuwenden.

Zu prüfen ist daher, ob für den Zeitraum September 2006 – April 2010 im Anwendungsbereich der VO ein Familienbeihilfenanspruch der Bw bestand.

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

Nach Abs 2 leg cit hat jene Person Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs 1 genanntes Kind, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten überwiegend für das Kind trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist. Nach § 2 Abs 8 FLAG 1967 haben Personen nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben. Eine Person hat den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.

Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben gemäß § 3 Abs 1 FLAG 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. Anspruch auf Familienbeihilfe besteht nach § 3 Abs 2 leg cit für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 NAG rechtmäßig in Österreich aufhalten. § 4 Abs 1 FLAG 1967 normiert, dass Personen, die Anspruch auf eine gleichartige Beihilfe haben, keinen Anspruch auf österreichische Familienbeihilfe haben.

In § 4 Abs 2 FLAG 1967 ist vorgesehen, dass österreichische Staatsbürger, die gemäß Abs 1 und § 5 Abs 5 vom Anspruch auf Familienbeihilfe ausgeschlossen sind, eine Ausgleichszahlung erhalten, 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.

§ 4 Abs 6 FLAG normiert, dass die Ausgleichszahlung, mit Ausnahme der Bestimmungen über die Höhe der Familienbeihilfe, als Familienbeihilfe im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt.

Gemäß § 5 Abs 3 FLAG 1967 besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

In diesem Zusammenhang bestimmt jedoch § 53 Abs 1 FLAG 1967, dass Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt sind. Hierbei ist der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten. Nach Wittmann/Papacek, Der Familienlastenausgleich, Kommentar § 53, wird dadurch die Gebietsgleichstellung mit Österreich bezüglich des ständigen Aufenthaltes der Kinder im EWR bzw in der EU im Sinne der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen hervorgehoben.

---

Dass die Kinder ihren ständigen Aufenthalt in Ungarn haben, ist daher schon nach innerstaatlicher Rechtslage nicht schädlich.

Innerstaatlich scheitert der Anspruch der Bw aber jedenfalls an § 2 Abs 8 FLAG, da die Bw den Mittelpunkt der Lebensinteressen nicht im Bundesgebiet hat und auch niemals hatte.

Daher könnten die Kindesväter bei einem Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet trotz mangelnden gemeinsamen Haushalts mit dem Kind Anspruch auf Familienbeihilfe haben, wenn sie gemäß § 2 Abs 2 FLAG die überwiegenden Unterhaltskosten trügen, da keine andere Person nach FLAG anspruchsberechtigt ist.

Allerdings würde der Familienbeihilfenanspruch der Kindesväter innerstaatlich jedenfalls schon daran scheitern, dass sie nicht die überwiegenden Unterhaltskosten tragen.

Bei gemeinschaftsrechtlichen Sachverhalten werden die innerstaatlichen Normen jedoch durch die gemeinschaftsrechtlichen Regelungen überlagert. Es sind nicht nur die innerstaatlichen Bestimmungen des FLAG zu beachten. Vielmehr sind die Kindesväter als in Österreich nichtselbständig Erwerbstätige von der VO umfasst. Die VO hat allgemeine Geltung, ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedsstaat ("Durchgriffswirkung"). Die VO geht dem nationalen Recht in ihrer Anwendung vor ("Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts"). Sie statuiert aber keine Ansprüche, sondern weist bestehende Ansprüche dem Recht eines Mitgliedstaats zu. Es handelt sich um Kollisionsnormen.

Gemäß Artikel 1 der VO EWG 1408/71 ist "Arbeitnehmer" oder "Selbständiger" uA 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.

Im Artikel 2 der VO ist der persönliche Geltungsbereich geregelt. 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 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.

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.

Im ggstdl Fall sind die in Österreich nichtselbständig erwerbstätigen Kindesväter Arbeitnehmer iSd Art 1 der VO.

Die in Rede stehende Familienbeihilfe ist als Familienleistung iSd Art 1 Buchstabe u sublit i der VO, welche einen Ausgleich von Familienlasten bezweckt und in einem staatlichen Beitrag zum Familienbudget besteht, der die Kosten des Unterhalts von Kindern verringern soll (siehe auch Urteil des EuGH vom 5.02.2002, Rs C-255/99 Anna Humer), zu qualifizieren.

Die VO ist daher sowohl persönlich als auch sachlich im vorliegenden Fall für die Kindesväter anwendbar. Der Mittelpunkt der Lebensinteressen im Inland ist nach der VO nicht notwendig, ausreichend ist die iSd VO vorliegende Pflichtversicherung in Österreich.

Nach Art 1 lit f) i) gilt eine Person dann als haushaltsgerechtig und damit anspruchsberechtigt, wenn der Unterhalt des Kindes überwiegend von ihm bestritten wird. Die VO verweist insofern auf das FLAG. Die Kindesväter haben somit auch nach der VO keinen Anspruch auf österreichische Familienbeihilfe, da die VO auf das FLAG (§ 2 Abs 2 FLAG) verweist und demnach die Kindesväter mangels überwiegender Unterhaltsleistung nicht berechtigt sind, Familienbeihilfe zu beziehen.

Die Bw lebt mit den Kindern in Ungarn. Sie ist iSd VO nicht beschäftigt und unterliegt dieser daher nicht. Sie bezieht in Ungarn aG ihres Wohnsitzes und gemeinsamen Haushalts mit den Kindern ungarische Familienbeihilfe. Sie unterliegt aG ihres Wohnortes ausschließlich den ungarischen Rechtsvorschriften. Sie ist, da sie keinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat, nicht berechtigt, österreichische Familienbeihilfe nach FLAG zu beziehen und war auch niemals dazu berechtigt. Sie ist nicht aus Österreich weggezogen, sondern lebte immer in Ungarn.

Zu prüfen ist in diesem Zusammenhang, ob ihr nach der EuGH Rechtsprechung, siehe insbesondere Urteil vom 26. November 2009, Rs Slanina C-363/08, ein gemeinschaftsrechtlicher Anspruch aG der dort vorgeschriebenen familienrechtlichen

Betrachtungsweise zusteht, dh ob die Bw den grs Anspruch der Kindesväter, den sie aber aG fehlender überwiegender Unterhaltsleistung nicht geltend machen können, an sich ziehen kann.

Dies ist nicht der Fall.

Die Individualbetrachtung nur des Elternteils, der die Familienleistungen beanspruchen möchte, wird nach der Judikatur bei verheirateten oder in Lebensgemeinschaft lebenden Eltern abgelehnt. Im vorliegenden Fall sind die Elternteile weder verheiratet noch leben sie in einer Lebensgemeinschaft.

Dies war aber auch im Fall Slanina nicht der Fall. Nach Ansicht des UFS ist jedoch der Sachverhalt im Fall Slanina nicht mit vorliegendem vergleichbar. Dies ist aus der Judikatur des VwGH und der deutschen Finanzgerichte ableitbar.

Dem Erkenntnis des VwGH vom 22.12.2011, ZI 2011/16/0068, lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Die Beschwerdeführerin, eine polnische Staatsangehörige, wohnt und arbeitet in Österreich. Ihr geschiedener Ehegatte wohnt mit den Kindern in Polen.

Der VwGH bestätigte die Abweisung des UFS und führte uA aus:

"... Dass SL, in dessen Wohnung in Polen die Kinder und das Enkelkind der Beschwerdeführerin leben, keinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet hat, ist unstrittig, weshalb er nach dem FLAG nicht berechtigt ist, Familienbeihilfe zu beziehen. Dass SL früher einen Wohnsitz in Österreich gehabt und deshalb Familienbeihilfe bezogen hätte und dass er dann nach Polen gezogen wäre und deshalb diesen Anspruch auf Familienbeihilfe nach dem Urteil des EuGH vom 26. November 2009 in der Rs C-363/08 (Romana Slanina), Rn 32, allenfalls aus unionrechtlichen Gründen beibehalten hätte, hat die belangte Behörde nicht festgestellt und behauptet auch die Beschwerdeführerin nicht.

Da im Beschwerdefall somit keine andere Person als die Beschwerdeführerin nach § 2 Abs. 2 FLAG anspruchsberechtigt ist, ist ausschlaggebend, ob die Beschwerdeführerin, deren Haushalt die Kinder nicht angehören, im Sinn des § 2 Abs. 2 zweiter Satz leg. cit. die Unterhaltskosten für die Kinder und ihr Enkelkind überwiegend getragen hat (vgl. das hg. Erkenntnis vom 24. Februar 2010, ZI. 2009/13/0240)....".

Demzufolge ist im vorliegenden Fall festzuhalten, dass die Bw nach dem FLAG unstrittig nicht berechtigt ist, Familienbeihilfe zu beziehen. Sie hatte früher keinen Wohnsitz in Österreich und hat niemals österreichische Familienbeihilfe bezogen. Daher konnte sie diesen Anspruch auch nicht allenfalls aus gemeinschaftsrechtlichen Gründen beibehalten. Es sind daher im Berufungsfall ausschließlich die Kindesväter nach § 2 Abs 2 FLAG grs anspruchsberechtigt, wenn sie die Unterhaltskosten für das jeweilige Kind überwiegend getragen haben.

---

Nicht anspruchsberechtigt ist aber die Bw, sodass ihr auch nach Gemeinschaftsrecht die Ausgleichszahlung betreffend Familienbeihilfe nicht gebührt, da der Fall Slanina nicht vergleichbar und auf ggstdl Fall nicht anwendbar ist.

Verwiesen wird auch auf das Erk des VwGH vom 24.2.2010, ZI 2009/13/0241, in dem der VwGH uA ausführt:

"... Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem im Gefolge des Urteiles des EuGH vom 26. November 2009, C-363/08, Romana Slanina, ergangenen Erkenntnis vom 16. Dezember 2009, 2009/15/0207, auf welches gemäß § 43 Abs. 2 VwGG verwiesen wird, ausgesprochen, dass diese nationale Rechtslage durch die VO keine Änderung dahingehend erfährt, dass der Mutter in diesen Fällen ein unbedingter Anspruch eingeräumt wird. Pro Monat und Kind gebührt die Familienbeihilfe nur einmal (§ 10 Abs. 4 FLAG). Daran ändern die Regelungen der VO nichts. Bei einer Konstellation, wie sie dem gegenständlichen Fall zu Grunde liegt, steht der Anspruch auf Familienbeihilfe - oder gegebenenfalls bloß auf eine Ausgleichszahlung nach § 4 Abs. 2 FLAG - allein dem in Österreich wohnhaften Elternteil zu, wenn er im Sinne des § 2 Abs. 2 FLAG überwiegend die Unterhaltskosten trägt. Das angeführte Urteil des EuGH (Randnr. 32) steht dem nicht entgegen, betraf dieses Urteil doch den Fall der Rückforderung von Familienbeihilfe, die an die haushaltsführende Mutter nach ihrem Wegzug aus Österreich in einen anderen EU-Mitgliedstaat für Kinder weiter gewährt worden ist, deren unterhaltspflichtiger Vater seiner Unterhaltspflicht nicht nachgekommen ist. ..."

Verwiesen wird auch auf die in diesem Sinne bestehende Judikatur der deutschen Finanzgerichte. So führt das FG Berlin-Brandenburg im Beschluss vom 29. März 2012, Az. 4 K 4012/11 PKH, aus, aus der Rs Slanina ergebe sich vor dem Hintergrund der Inanspruchnahme des Rechtes auf Freizügigkeit und der Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen nur durch einen der beiden Elternteile, dass ein ursprünglich bestehender Anspruch auf Familienleistungen trotz Weggangs in einen anderen Mitgliedstaat bestehen bleibe. Im zu beurteilenden Fall sei weder das Recht auf Freizügigkeit betroffen noch stehe ein Verlust bisher zustehender Familienleistungen in Rede. Die Regelungen der VO sollten gewährleisten, dass durch die Betrachtung der Verhältnisse jeweils nur eines – des maßgeblichen Elternteils – ein Anspruch auf die betreffende Familienleistung für ein Kind nicht ganz ausgeschlossen oder einem nach nationalem Recht vorrangigen Elternteil der Anspruch nicht genommen werde. Die Regelung begründe jedoch nicht in einer anderen Person, die den Rechtsvorschriften desselben Mitgliedstaat weder unterliege noch dort wohne noch durch Wegzug diese Voraussetzungen verloren hätte, erstmals einen Anspruch. Eine generelle Erweiterung des Kreises der Anspruchsberechtigten auf Personen, die weder unter die Rechtsvorschriften

des betreffenden Mitgliedstaats fielen und dort wohnten noch diese Voraussetzungen in Ausübung des Rechts auf Freizügigkeit erst verloren hätten, entspreche nach Auffassung des Senates nicht dem Sinn und Zweck der VO. Es handle sich nämlich um Koordinierungsregelungen, die innerhalb der Gemeinschaft eine Gleichbehandlung sicherstellten, eine Kumulierung von Ansprüchen verhinderten und die Wahrung erworbener Ansprüche gewährleisten sollten. (In diesem Sinne auch: FG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 14.12.2011 – 2 K 2085/10; FG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 23.03.2011 – 2 K 2248/10 -, EFG 2011, 1321; Niedersächsisches FG, Urteil vom 15.12.2011 – 3 K 155/11; FG München, Gerichtsbescheid vom 21.11.2011 – 5 K 2527/10; FG München, Urteil vom 27.10.2011 – 5 K 1075/11 -, EFG 2012, 253; FG München, Urteil vom 27.10.2011 – 5 K 3245/10 -, EFG 2012, 256; Reuß, EFG 2011, 1326;).

Diese Ausführungen gelten auch für den vorliegenden Fall. Die Bw wohnt in Ungarn und unterliegt ausschließlich den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats Ungarn. Sie bezieht ungarische Familienbeihilfe. Sie unterliegt weder den Rechtsvorschriften Österreichs noch unterlag sie diesen. Sie hat sie auch nicht durch Ausübung ihres Rechts auf Freizügigkeit, nämlich durch Wegzug, erst verloren. Es ist weder das Recht auf Freizügigkeit betroffen noch droht ein Verlust bisher bestehender Ansprüche. Ein erstmaliger Anspruch soll durch die VO nicht geschaffen werden, handelt es sich doch um Koordinierungsregeln, welcher Mitgliedstaat zuständig ist. Der EuGH hat im Fall Slanina (im Anwendungsbereich der VO 1408/71) lediglich entschieden, dass ein Ehegatte seinen Familienbeihilfenanspruch jedenfalls dann nicht durch Wegzug in einen anderen Mitgliedstaat verliert, wenn der andere Ehegatte infolge Wohnsitz und Erwerbstätigkeit in Bezug auf das Kind anspruchsberechtigt bleibt. Beim hier zu beurteilenden Sachverhalt handelt es sich um keinen Wegzugsfall. Er ist daher mit dem Sachverhalt im Fall Slanina nicht vergleichbar.

Die Kollisionsnormen der VO sollen uA verhindern, dass ein Unionsbürger – insbesondere nach Zu- und Abwanderung innerhalb der EU – von keinem System der sozialen Sicherheit mehr erfasst wird. Diese Gefahr besteht bei der vorliegenden Fallgestaltung nicht, weil die in Ungarn lebende Kindesmutter (Bw) in das ungarische Sozialrechtssystem eingegliedert ist. Es ist auch nicht erkennbar, inwiefern im Streitfall das Recht der Kindesmutter (Bw) auf Freizügigkeit berührt sein könnte. Die Kindesväter haben zwar durch die Aufnahme einer nichtselbständigen Erwerbstätigkeit in Österreich von ihrem Recht auf Niederlassungsfreiheit gemäß Art 49 AEUV (früher: Art 43 EGV) Gebrauch gemacht. Hieraus sind ihnen aber keine

Nachteile in Bezug auf Familienleistungen erwachsen. Vielmehr steht ihnen unter den Voraussetzungen des § 2 Abs 2 FLAG als in Österreich nichtselbstständig erwerbstätigen und damit den österreichischen Rechtsvorschriften unterliegenden Personen (Art. 13 VO) ein Anspruch auf Familienbeihilfe zu, und zwar auch für ihre in einem anderen EU-Mitgliedstaat wohnhaften Kinder (Art 73 der VO). Soweit der EuGH möglicherweise meint, ein Unionsbürger könne davon abgehalten werden, in einem anderen als seinem Herkunftsstaat eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen und damit von seinem Recht auf Freizügigkeit oder Niederlassungsfreiheit Gebrauch zu machen, wenn sein Ehegatte mangels Wohnsitz im Beschäftigungsstaat eine dort vorgesehene Leistung der sozialen Sicherheit nicht erhalte, erachtet der UFS diese Befürchtung jedenfalls bei der vorliegenden Fallgestaltung für unbegründet. Denn es ist zu berücksichtigen, dass die in Ungarn lebende Bw keinen Anspruch auf österreichische Familienbeihilfe hatte, den sie durch die Aufnahme der nichtselbstständigen Erwerbstätigkeit der Kindesväter in Österreich hätte verlieren können, während die Kindesväter erst durch die Aufnahme der nichtselbstständigen Erwerbstätigkeit einen möglichen Anspruch auf österreichische Familienbeihilfe erlangt haben. Die Situation der Familie, deren Lasten Familienleistungen iSd VO ausgleichen sollen, hat sich dementsprechend insgesamt durch die Ausübung des Rechts auf Freizügigkeit verbessert. Noch dazu kommt, dass die Bw mit den Kindesvätern weder verheiratet noch in einer Lebensgemeinschaft ist, was die familienhafte Betrachtungsweise zumindest etwas in den Hintergrund treten lässt.

Auch im Anwendungsbereich der VO 1408/71 steht der Bw daher kein Anspruch auf österreichische Familienbeihilfe (Ausgleichszahlung) zu.

Die Berufung war daher insoweit, dh für den Zeitraum September 2006 bis April 2010, abzuweisen.

Für den Zeitraum Mai 2010 bis Dezember 2010 war der Berufung iSd Berufungsvorentscheidung Folge zu geben und die Ausgleichszahlung betreffend Familienbeihilfe zu gewähren.

Es war spruchgemäß zu entschieden.

Wien, am 20. Februar 2013