



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vertreten durch Dr. Andrzej Remin, Rechtsanwalt, 1130 Wien, Neue Welt-Gasse 21-23/4, gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 12., 13. und 14. Bezirk und Purkersdorf betreffend Familienbeihilfe ab 1. September 2004 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw) ist verheiratet, wohnt in Österreich und ist bei einem inländischen Arbeitgeber beschäftigt. Er beantragt für seine fünf Kinder die Familienbeihilfe ab September 2004.

Die Gattin des Bw wohnt mit den Kindern M, Do, K, Ma und S in Z (Polen).

Die Kinder M, geb 1992, Do, geb 1993 und K, geb 1996, besuchen in Z die Grundschule Nr 2 (Bescheinigung vom 16. August 2004, beglaubigte Übersetzung aus dem Polnischen).

Das Finanzamt (FA) wies mit Bescheid vom 29. Dezember 2004 den Antrag vom 6. September 2004 mit folgender Begründung ab:

„Gemäß der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zur Anwendung der Systeme der Sozialen Sicherheit auf Wanderarbeiter und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Europäischen Gemeinschaft zu- und abwandern und der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 besteht grundsätzlich Anspruch für Familienleistungen im „Beschäftigungsland“ auch für Kinder, die sich ständig in einem anderen EU-Land aufhalten. Üben beide Elternteile eine Beschäftigung in unterschiedlichen

Mitgliedsländern aus, ist die Familienbeihilfe in jenem Land zu gewähren, in dem sich das Kind ständig aufhält.

Da Ihr Ehepartner mit Ihren Kindern in Polen lebt und dort eigene Einkünfte bezieht, besteht in Österreich kein Anspruch auf Familienbeihilfe..."

Der steuerliche Vertreter des Bw. erhob am 21. Jänner 2005 fristgerecht Berufung und führte dazu unter anderem aus:

*„....Rechtlich gesehen wurde seitens des Verwaltungsorgans darauf hingewiesen, dass die Bestimmungen im Bereich der EU, die die Soziale Sicherheit betreffen, in der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer, Selbständige und deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu – und abwandern, geregt sind. Personen, für die die Verordnung gilt, unterliegen prinzipiell den Rechtsvorschriften nur eines EU-Staates. Grundsätzlich gilt hier vorrangig das Beschäftigungslandprinzip, d.h. ein Arbeitnehmer oder Selbständiger (o.a. ein Arbeitsloser oder Rentner, der Leistungen nach den Bestimmungen eines EU-Staates bezieht) hat nach den Rechtsvorschriften jenes Landes, **wo er beschäftigt ist**, Anspruch auf Familienleistungen, auch für Kinder, **die sich ständig in einem anderen EU-Staat aufhalten**. Treffen jedoch Ansprüche in zwei EU-Staaten zusammen, weil z.B. jeder Elternteil in einem anderen EU-Staat erwerbstätig ist, so kommt das Wohnlandprinzip zur Anwendung, d.h., dass nach den Rechtsvorschriften jenes Landes Familienleistungen zu gewähren sind, wo sich die Kinder ständig aufhalten.*

Als Ablehnungsgrund wurde insbesondere durch das Verwaltungsorgan herangezogen, dass der Ehepartner des Beschwerdeführers Frau I.D. mit den gemeinsamen Kindern des Beschwerdeführers in Polen lebt und dort eigene Einkünfte bezieht.

Dieser vom Verwaltungsorgan festgestellte Sachverhalt entspricht nicht der Wahrheit.

Es ist richtig, dass die Ehefrau vom Beschwerdeführer Frau I.D. mit den Kindern in Polen lebt. Frau D bezieht jedoch keine Einkünfte.

Beweis: Bestätigung des Finanzamtes von S.B. (Polen)

Frau D ist lediglich aus dem Titel der Verfügung über landwirtschaftlich genutztes Grundstück bei der Versicherung für Bauern (KRUS Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego – Kasse der bäuerlichen Sozialversicherung) kranken- und pensionsversichert. Diese Versicherung und insbesondere Versicherungsbeiträge sind keinesfalls an Beziehung der Einkünfte gebunden. Da Frau DENIS keine eigenen Einkünfte bezieht, steht ihr auch kein Anspruch auf Familienbeihilfe zu.

Beweis: Bestätigung der Versicherung für Bauern (KRUS)..."

Das FA legte die Berufung ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung der Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung vor.

Am 16.6.2005 brachte der Bw beim FA den Antrag auf Gewährung einer Ausgleichszahlung/Differenzzahlung (Beih 38) für das Kalenderjahr 2004 für die 5 Kinder ein.

Über die Berufung wurde erwogen:

Folgender Sachverhalt steht fest.

Der Berufungswerber (Bw) ist polnischer Staatsbürger, hat seit Jahren Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit in Österreich und wohnt in Wien.

Seine Ehegattin ist polnische Staatsbürgerin, Bäuerin, wohnt in Z, Polen, mit den 5 gemeinsamen Kindern M, Do, K, Ma und S am Familienwohnsitz und hat dort Einkünfte iSd VO EWG 1408/71 idgF. Die Kinder M, geb 1992, Do, geb 1993 und K, geb 1996, besuchen in Z die Grundschule Nr 2 (Bescheinigung vom 16. August 2004, beglaubigte Übersetzung aus dem Polnischen).

Die Gattin des Bw hat keinen Antrag auf Familienleistungen in Polen gestellt.

Dieser Sachverhalt gründet auf folgender Beweiswürdigung.

Strittig ist die Frage der Einkünfte der Ehegattin des Bw.

Auf dem Formular E 411 (Anfrage betreffend den Anspruch auf Familienleistungen [Kindergeld] in dem Mitgliedstaat, in dem die Familienangehörigen wohnen), welches das FA an den zuständigen Träger des Wohnorts der Familienangehörigen in Polen übermittelte, ist unter Pkt. 6.1 angeführt:

"... Während der Zeit vom 1.5.2004 bis ... hat die in Feld 2 genannte Person [Ann: die Ehegattin des Bw] eine berufliche Tätigkeit ausgeübt (oder sich in gleichgestellten Verhältnissen im Sinne des Beschlusses Nr. 119 befunden)"

Des Weiteren wird bescheinigt, dass die Gattin des Bw keinen entsprechenden Antrag gestellt hat und dass sie kein Kindergeld bei der Kasse der landwirtschaftlichen Sozialversicherungsanstalt in Polen bezieht.

In der Berufung wird vorgebracht, dass die Gattin des Bw keine Einkünfte bezieht, was vom FA S.B. in Polen auch bestätigt wurde.

Des Weiteren wird vorgebracht, die Gattin des Bw sei lediglich aus dem Titel der Verfügung über landwirtschaftlich genutztes Grundstück bei der bäuerlichen Sozialversicherung kranken- und pensionsversichert.

Der UFS geht von der Richtigkeit letzteren Vorbringens aus. Damit bezieht sie aber bereits Einkünfte iSd VO EWG 1408/71. Ob sie aus dem landwirtschaftlich genutzten Grundstück steuerpflichtige Einkünfte bezieht, ist für die Frage der Anwendbarkeit der VO EWG 1408/71 irrelevant (s unten rechtliche Würdigung) und braucht daher nicht mehr geprüft zu werden.

Das Vorbringen in der Berufung korreliert mit der Bestätigung des zuständigen Trägers in Polen, wonach die Gattin des Bw eine berufliche Tätigkeit (iSd VO EWG 1408/71) ausübt.

Auch die Bestätigung des zuständigen Trägers in Polen, dass kein Antrag auf Familienleistungen gestellt wurde, ist glaubhaft, zumal das Vorbringen in der Berufung und die Bestätigung der Kasse der landwirtschaftlichen Sozialversicherungsanstalt, dass die Gattin des Bw kein Kindergeld bezieht, dazu nicht in Widerspruch stehen.

Dass die Gattin des Bw Bäuerin ist, hat der Bw im Antrag auf Gewährung einer Ausgleichszahlung/Differenzzahlung für das Kalenderjahr 2004 selbst angegeben. Dies entspricht auch dem Vorbringen in der Berufung, die Gattin des Bw sei über ein landwirtschaftlich genutztes Grundstück verfügberechtigt.

Aus rechtlicher Sicht ist folgendes auszuführen.

Gemäß § 2 (1) Familienlastenausgleichsgesetz 1967 haben Personen Anspruch auf Familienbeihilfe, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben.

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 (VO EWG 1408/71) ist auf polnische Staatsbürger seit 1.5.2004 (Beitritt Polens zur EU) grundsätzlich unmittelbar und ungeachtet allenfalls entgegenstehender inländischer Rechtsvorschriften anwendbar.

Siehe dazu Urteil des OGH vom 17.2.2005, ZI OGH 6 Ob 263/04a:

"...Mit dem EU-Erweiterungs-Anpassungsgesetz, BGBl I 2004/28, hat Österreich den Beitritt der neuen MS umgesetzt und von der vertraglichen Möglichkeit Gebrauch gemacht, die AN-Freizügigkeit für die neuen EU-Staatsbürger einzuschränken. Für Staatsangehörige der neu beigetretenen Staaten (mit Ausnahme Maltas und Zypern) wird in § 32a Abs 1 AuslBG normiert, dass sie nicht unter die Ausnahme für EWR-Bürger (§ 1 Abs 2 lit 1 AuslBG) fallen. Für polnische Staatsangehörige besteht daher grundsätzlich Bewilligungspflicht nach dem AuslBG. Aufgrund des Beitrittsvertrages muss ihnen jedoch freier Zugang zum Arbeitsmarkt gewährt werden, wenn sie am Tat des Beitritts oder nach dem Beitritt rechtmäßig im Bundesgebiet beschäftigt sind und ununterbrochen mind 12 Monate zum Arbeitsmarkt zugelassen waren (...). Darüber hinaus ist der AN privilegiert, der die Voraussetzung für einen Befreiungsschein nach § 15 AuslBG erfüllt und wer seit fünf Jahren im Bundesgebiet dauernd niedergelassen ist und über ein rechtmäßiges Einkommen aus erlaubter Erwerbstätigkeit verfügt. ... Wenn sich ein polnischer Staatsbürger in Österreich als AN im dargelegten Sinn erlaubterweise aufhält, sind auf ihn und seine Angehörigen die in der oberstgerichtlichen zur Rsp zur WanderAN-VO entwickelten Grundsätze anzuwenden ..."

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.

Art 2 VO EWG 1408/71 lautet:

„Diese Verordnung gilt für Arbeitnehmer und Selbständige ..., für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, soweit sie Staatsangehörige eines Mitgliedstaats sind..., 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, ua die die Familienleistungen betreffen.

Artikel 13 der VO EWG 1408/71 bestimmt:

„(1) ... Personen, für die diese Verordnung gilt, [unterliegen] den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Welche Rechtsvorschriften diese sind, bestimmt sich nach diesem Titel.
(2)...a) Eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats abhängig beschäftigt ist, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Staates, und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnt ...;

Artikel 73 der VO EWG 1408/71 über Arbeitnehmer oder Selbständige, deren Familienangehörige in einem anderen Mitgliedstaat als dem zuständigen Staat wohnen, sieht vor:

„Ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegt, hat ... für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des ersten Staates, als ob diese Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnten.“

Artikel 76 Abs 1 der VO EWG 1408/71 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 EWG 1408/71 idgF 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 EWG 1408/71, 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 EWG 1408/71 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 die Gattin des Bw zutrifft, da sie bei der bäuerlichen Sozialversicherung in Polen kranken- und pensionsversichert ist.

Die VO EWG 1408/71 ist daher ab dem Beitritt Polens zur EU bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen sowohl für den Bw als auch für seine Gattin persönlich anwendbar.

Sie ist auch sachlich anwendbar, da die Familienbeihilfe unzweifelhaft unter den Begriff der „Familienleistungen“ iSd VO EWG 1408/71 fällt.

Dem FA ist daher Recht zu geben, wenn es ausführt, nach der VO EWG 1408/1 (Art 13, 73) bestehe grundsätzlich Anspruch auf Familienleistungen (Familienbeihilfe) im „Beschäftigungsland“ (Österreich) auch für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

Diese Ansprüche konkurrieren jedoch mit jenen der Mutter, die in Polen Anspruch auf Familienbeihilfe (Kindergeld) hat. Dieser Anspruch besteht unabhängig von einer Erwerbstätigkeit. Dass die Ehegattin des Bw keinen Antrag gestellt hat, ist unerheblich, da es gemäß den cit VO auf den bestehenden Anspruch ankommt.

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 EWG 1408/71 in der durch die Verordnung EG 410/2002 der Kommission vom 27. Februar 2002 geänderten und aktualisierten Fassung grundsätzlich der Beschäftigungsmitgliedstaat.

Übt jedoch eine Person, die das Sorgerecht für die Kinder hat, insbesondere der Ehegatte oder der Lebensgefährtin des Arbeitnehmers, eine Erwerbstätigkeit iSd VO EWG 1408/71 im Wohnmitgliedstaat aus, so sind die Familienleistungen nach Artikel 10 Absatz 1 Buchstabe b Ziffer i der VO EWG 574/72 in der durch die VO EG 410/2002 geänderten Fassung von diesem Mitgliedstaat zu gewähren, unabhängig davon, wer der in den Rechtsvorschriften dieses Staates bezeichnete unmittelbare Empfänger dieser Leistungen ist. In diesem Fall ruht die Gewährung der Familienleistungen durch den Beschäftigungsmitgliedstaat bis zur Höhe der in den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats vorgesehenen Familienleistungen.

Im vorliegenden Fall ist daher gem Art 10 Abs 1 Buchstabe b Z i d VO EWG 574/72 der Wohnsitzstaat Polen für die Gewährung von Familienleistungen wie der Kinderbeihilfe vorrangig zuständig.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Bemerkt wird, dass im Rahmen dieser Berufungsentscheidung nicht geprüft wurde, ob und in welcher Höhe eine Differenzzahlung zwischen der ausländischen Familienbeihilfe und der Familienbeihilfe, die nach dem FLAG zu gewähren wäre, zusteht, da diese mit gesondertem Antrag beansprucht wurde. Es wird daher gefolgert, dass vorliegende Berufung und der zu Grunde liegende Antrag allein den Anspruch auf Familienbeihilfe nach dem FLAG abklären soll. Über den Antrag auf Differenzzahlung ist somit von der Abgabenbehörde erster Instanz abzusprechen.

Wien, am 2. August 2005