



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 16. Februar 2012 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 12/13/14 Purkersdorf vom 20. Jänner 2012 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Differenzzahlung für den Zeitraum 1. Jänner 2010 bis 30. April 2011 entschieden:

Der Berufung wird, soweit der angefochten Bescheid den Zeitraum 1. Jänner 2010 bis 31. Dezember 2010 betrifft, Folge gegeben.

Für den Zeitraum 1. Jänner 2010 bis 31. Dezember 2010 ist eine Differenzzahlung an Familienbeihilfe im Ausmaß von € 3.996,96 zu gewähren.

Der Spruch wird, soweit der angefochtene Bescheid den Zeitraum 1. Jänner 2011 bis 30. April 2011 betrifft, dahingehend abgeändert, dass der Antrag auf Gewährung der Differenzzahlung als unzulässig gem. § 273 Abs 1 lit a BAO zurückgewiesen wird.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber, in der Folge als Bw. bezeichnet, ist polnischer Staatsbürger und brachte am 22. November 2011 einen Antrag auf Gewährung einer Differenzzahlung für seine beiden Kinder 1, und 2, beim Finanzamt ein. Die Ehegattin des Bw. und die Kinder des Bw. leben in Polen. Der Bw. war laut Versicherungsdatenauszug der Österreichischen Sozialversicherung – soweit dies den gegenständlichen Zeitraum betrifft – vom 1. Jänner 2010 bis zum 30. April

2011 in Österreich gewerblich selbständig erwerbstätig und ab dem 2. Mai 2011 nichtselbständig erwerbstätig.

Folgende diesbezügliche Unterlagen liegen im Akt auf:

Ein Formular E 411 (Anfrage betreffend den Anspruch auf Familienleistungen in dem Mitgliedstaat in dem die Familienangehörigen wohnen). Aus diesem geht u. a. hervor, dass die Ehegattin des Bw. im Jahre 2010 keinen Antrag auf Familienleistungen stellte.

Ein Informationsschreiben des Sozialamtes in Krakau über die Höhe der polnischen Familienleistungen im Falle einer Antragstellung und der Ausstellung eines diesbezüglichen Anerkennungsbescheides: Aus diesem geht u. a. hervor, dass die Familienbeihilfe in Polen ab dem 1. November 2009 für Kinder im Alter von fünf bis achtzehn Jahren monatlich 91 PLN (polnische Zloty) beträgt.

Ein Formular E 401 (Familienstandsbescheinigung für die Gewährung von Familienleistungen). Aus diesem geht u. a. hervor, dass die Kinder des Bw. bei dessen Ehegattin in Polen wohnen.

Ein Auszug aus dem polnischen Heiratsantrag. Gemäß diesem ist der Bw. seit dem 11. Juni 1994 mit dessen Ehegattin verheiratet.

Eine Bestätigung über die Anmeldung des Daueraufenthaltes – entspricht einem Meldezettel in Österreich - betreffend die Ehegattin des Bw. und dessen Kinder samt beglaubigter Übersetzung.

Eine am 17. November 2011 ausgestellte Bestätigung des Stadt- und Gemeindezentrums Z in der u. a. ausgeführt wurde, dass die Ehegattin des Bw. bis zum 17. November 2011 keinen Antrag auf Feststellung des Rechtes auf Familienbeihilfe betreffend deren Kinder stellte samt beglaubigter Übersetzung.

Zwei Schulbesuchsbestätigungen betreffend die beiden Kinder des Bw. samt beglaubigter Übersetzung.

Zwei Auszüge aus dem polnischen Geburtenregister betreffend die beiden Kinder des Bw.

Das Finanzamt wies den Antrag des Bw. vom 22. November 2011 auf Gewährung einer Differenzzahlung für seine beiden Kinder mit Bescheid vom 20. Jänner 2012 ab und führte in diesem begründend aus, dass für Staatsangehörige bestimmter EU/EWR-Staaten, darunter auch Polen, die Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes weiter in Geltung seien. Diese hätten innerhalb der 7-jährigen Übergangsfrist keinen freien Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt. Stünden solche Staatsangehörige unter Umgehung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes in Österreich in einem Arbeitsverhältnis, könne nicht vom

Vorliegen einer Beschäftigung im Sinne der genannten EU-Verordnung ausgegangen werden. In einem solchen Fall sei daher der Anspruch auf die österreichischen Familienleistungen für diese Person ausgeschlossen.

Gemäß § 47 Einkommensteuergesetz liege ein Arbeitsverhältnis dann vor, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft schulde, der Arbeitnehmer unter der Leitung des Arbeitgebers stehe oder dessen Weisungen zu folgen verpflichtet sei.

Ein Arbeitsverhältnis liege demnach insbesondere dann vor, wenn der Arbeitgeber sein persönliches Weisungsrecht hinsichtlich der Art der Ausführung der Arbeit, der Zweckmäßigkeit des Einsatzes der Arbeitsmittel, der zeitlichen Koordination der zu verrichtenden Arbeiten, der Vorgabe des Arbeitsortes und der Arbeitszeit ausübe.

Dabei sei nach gängiger Rechtsprechung bei der Beurteilung, ob ein steuerlich als Arbeitsverhältnis einzustufendes Vertragsverhältnis bestehe, vom tatsächlichen wirtschaftlichen Gehalt der Vereinbarung zwischen den Vertragspartnern auszugehen. Maßgebend seien ausschließlich die objektiven Umstände, auch wenn die formalen Voraussetzungen (z. B. Gewerbeschein) für eine selbständige Erwerbstätigkeit vorlägen.

In der mit Schreiben vom 16. Februar 2012, eingelangt beim Finanzamt am 20. Februar 2012, rechtzeitig gegen den o. a. Abweisungsbescheid eingebrachten Berufung führte der Bw. u. a. aus, dass er für den Zeitraum 1. Jänner 2010 bis 1. April, gemeint wohl 30. April, 2011 einen Antrag auf Differenzzahlung eingebracht habe, er polnischer Staatsbürger sei und seit dem Jahre 2009 in Österreich selbständig arbeite. Er habe im Jahre 2010 Einkünfte aus Gewerbebetrieb im Ausmaß von € 9.968,87 erzielt. Diese seien in der diesbezüglichen Einkommensteuererklärung ausgewiesen.

In seinem Fall liege kein Dienstverhältnis vor. Er schulde seinen Auftraggebern einen bestimmten Erfolg, da ihn diese zur Erbringung einer bestimmten Leistung beauftragten. Es entspreche der Natur der Sache, dass im Zuge der Beauftragung einer bestimmten Leistung indirekt ein Arbeitsort festgelegt werde. Die Arbeitszeit bestimme der Bw. selbst. Für den Unterhalt der Kinder komme er gemeinsam mit seiner Gattin auf.

Mittels Ersuchens um Ergänzung vom 23. Februar 2012 forderte das Finanzamt den Bw. u. a. um Vorlage des Gewerbescheines, Kopien der Auftragsverträge und Einnahmenbelege für den Zeitraum 1/10 bis 4/11, und der Einnahmen-Ausgabenrechnungen für die Jahre 2010 und 2011 auf.

In Entsprechung dieses Ergänzungsersuchens brachte der Bw. Kopien der abgeforderten Unterlagen – darunter solche über die am 20. Juni 2011 erfolgten Zurücklegungen der

Gewerbeberechtigungen betreffend des Gewerbes „*Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltene Tätigkeit*“, des Gewerbes „*Abdichten gegen Feuchtigkeit und Druckwasser*“ sowie des Gewerbes „*Güterbeförderung mit Kraftfahrzeugen oder Kraftfahrzeugen mit Anhängern, deren höchst zulässiges Gesamtgewicht 3.500 kg nicht übersteigt*“ - bei.

Das Finanzamt wies die Berufung des Bw. mit Berufungsvorentscheidung vom 19. März 2012 ab und führte begründend aus, dass gemäß Artikel 73 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 (bis incl. April 2010) bzw. VO EG Nr.883/2004 (gültig ab Mai 2010) über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige und deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwanderten in Verbindung mit der Durchführungsverordnung (EWG) Nr. 987/2009 bzw. DVO (EG) 987/09 ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliege, für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnten, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des ersten Staates hätten, als ob diese Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnten.

Für Staatsangehörige bestimmter EU/EWR-Staaten seien die Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes weiter in Geltung. Der Bw. habe innerhalb der 7-jährigen Übergangsfrist keinen freien Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt. Stünden solche Staatsangehörige unter Umgehung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes in Österreich in einem Arbeitsverhältnis, könne nicht vom Vorliegen einer Beschäftigung im Sinne der genannten EU-Verordnung ausgegangen werden. In einem solchen Fall sei daher der Anspruch auf die österreichischen Familienleistungen für diese Person ausgeschlossen.

Mit dem EU-Erweiterungs-Anpassungsgesetz, BGBl I 2004/28, habe Österreich den Beitritt der neuen Mitgliedsstaaten umgesetzt und von der vertraglichen Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Arbeitnehmerfreizügigkeit für die neuen EU-Staatsbürger einzuschränken. Für Staatsangehörige der neu beigetretenen Staaten werde im § 32a Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) normiert, dass diese nicht unter die Ausnahme für EWR-Bürger (§ 1 Abs 2 lit 1 AuslBG) fielen. Neue EU-Bürger unterlägen für die Dauer der Anwendung des Übergangsarrangements (dh bis maximal 30.4.2011) weiterhin dem AuslBG. Für polnische Arbeitnehmer bestehe daher grundsätzlich Bewilligungspflicht nach dem AuslBG.

Die für den vorliegenden Fall maßgeblichen Bestimmungen des AuslBG lauteten:

"Begriffsbestimmungen

§ 2 (2) Als Beschäftigung gelte die Verwendung

- a) in einem Arbeitsverhältnis,
- b) in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, sofern die Tätigkeit nicht auf Grund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt werde,
- c) in einem Ausbildungsverhältnis, einschließlich der Tätigkeiten nach § 3 Abs 5,
- d) nach den Bestimmungen des § 18 oder
- e) überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes.

(4) Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs 2 vorliege, sei der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

§ 3 (2) Ein Ausländer dürfe, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt sei, eine Beschäftigung nur antreten und ausüben, wenn für ihn eine Beschäftigungsbewilligung, eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt worden sei oder wenn er eine für die Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein oder einen Niederlassungsnachweis besitze.

Gemäß § 47 (2) EStG 1988 liege ein Dienstverhältnis vor, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft schulde.

Dies sei der Fall, wenn die tätige Person in der Betätigung ihres geschäftlichen Willens unter der Leitung des Arbeitgebers stehe, oder im geschäftlichen Organismus des Arbeitgebers dessen Weisungen zu folgen verpflichtet sei. Nach gängiger Rechtsprechung sei bei der Beurteilung, ob ein steuerliches Dienstverhältnis bestehe, vom tatsächlichen wirtschaftlichen Gehalt der Vereinbarung zwischen den Vertragspartnern auszugehen. Maßgebend seien weder die Bezeichnung noch subjektive Gesichtspunkte, sondern ausschließlich die objektiven Umstände.

Eine Entlohnung, die sich ausschließlich am wirtschaftlichen Erfolg bzw. Arbeitsergebnis orientiere, sei für einen Arbeitnehmer eher selten, komme aber im Wirtschaftsleben vor. Diese begründe dann kein Unternehmerwagnis, wenn die mit der Tätigkeit verbundenen Kosten unmittelbar vom Auftraggeber getragen werden würden, und wenn diesem gegenüber ein wirtschaftliches Abhängigkeitsverhältnis bestehe.

Der Bw. sei von Jänner 2010 bis April 2011 nur für einen einzigen Auftraggeber tätig geworden. Dabei habe es sich um Herrn M gehandelt. Dieser sei auch der Geschäftsführer der Fa. A GmbH (gegründet im Mai 2010). Die Abrechnung sei stets monatlich bzw. zweimonatlich und jeweils nur pauschal erfolgt. Weiters habe der Bw. keine Arbeitnehmer beschäftigt und

sich bei der Ausführung der Arbeiten keiner Hilfskräfte bedient. Der angegebene Gewerbestandort sei die Wohnadresse des Bw. gewesen.

Mit 1. Mai 2011 habe die Übergangsfrist nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz geendet. Der Bw. sei bereits ab 2. Mai 2011 von der Firma A GmbH ins Angestelltenverhältnis übernommen worden und habe dessen Gewerbe per 1. Mai 2011 bei der Wirtschaftskammer abgemeldet. Allein die Übernahme des Bw. in das Angestelltenverhältnis bekräftige bereits die Annahme, dass dessen Tätigkeit davor auch als nichtselbständige Tätigkeit zu qualifizieren gewesen sei.

Aus dem Gesamtbild des vorliegenden Sachverhaltes gehe nach Ansicht des Finanzamtes eindeutig hervor, dass der Bw. in Wahrheit über keinen Gewerbebetrieb mit entsprechenden Betriebsmitteln verfügt habe, sondern dass dieser lediglich dessen Arbeitskraft zur Verfügung gestellt habe.

Zusammenfassend sei davon auszugehen, dass die Beschäftigung des Bw. nicht als selbständige, sondern als nichtselbständige Tätigkeit zu qualifizieren sei.

Eine solche Tätigkeit müsse jedoch den oben zitierten Vorschriften des AuslBG entsprechen, dh. dass es sich dabei um eine – bewilligungspflichtige – Beschäftigung im Sinne des § 2 in Verbindung mit § 3 Abs. 2 AuslBG handelte.

Da der Bw. die erforderliche Berechtigung zur Arbeitsaufnahme (zB. Beschäftigungsbewilligung) im strittigen Zeitraum nicht nachgewiesen habe, folge daraus, dass dieser in Österreich keine rechtmäßige Beschäftigung als Arbeitnehmer ausgeübt habe und auch nicht von einer Beschäftigung im Sinne der Verordnung Nr. 1408/71 ausgegangen werden könne.

Aus diesem Grund bestehe kein Anspruch auf Gewährung einer Differenzzahlung für die in Polen lebenden Kinder des Bw. für den Zeitraum Jänner 2010 bis April 2011.

Mit Schreiben vom 2. April 2012, eingelangt beim Finanzamt am 5. April 2012, beantragte der Bw. die Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz,

Am 30. April 2010 legte das Finanzamt die Berufung des Bw. dem UFS zur Entscheidung vor.

Mittels Ersuchens um Ergänzung vom 4. Juni 2012 forderte die erkennende Behörde den Bw. um Vorlage der dessen Gattin betreffenden (polnischen) Einkommensteuerbescheide der Jahre 2010 und 2011 samt beglaubigter Übersetzung auf.

In Entsprechung dieses Ergänzungersuchens übermittelte der Bw. dem UFS die im vorigen Absatz erwähnten Unterlagen.

Angemerkt wird, dass die Gattin des Bw. im Jahre 2010 laut polnischem Einkommensteuerbescheid ein Einkommen in Höhe von 7.891,60 PLN (Zloty) erzielte und dass von diesem 373,18 PLN (Zloty) in Abzug gebracht wurden. Im Jahre 2011 erzielte die Genannte ein Einkommen in Höhe von 2.039,50 PLN (Zloty) erzielte.

Angemerkt wird, dass von der erkennenden Behörde bei der Österreichischen Nationalbank durchgeführte Recherchen ergaben, dass der Jahresmittelkurs des polnischen Zloty im Jahre 2010 € 3,9947 betrug.

Somit erzielte die Ehegattin des Bw. im Jahre 2010 ein Nettoeinkommen iHV € 1.880,68 und im Jahre 2011 ein solches iHV € 510,21.

Über die Berufung wurde erwogen:

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.

§ 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.

Nach Abs 3 leg cit wird die Ausgleichszahlung in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen der gleichartigen ausländischen Beihilfe und der Familienbeihilfe, die nach diesem Bundesgesetz zu gewähren wäre, geleistet.

§ 4 Abs 6 FLAG 1967 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.

Im Berufungsfall sind nicht nur die innerstaatlichen Bestimmungen des FLAG 1967 zu beachten.

Vorweg ist diesbezüglich anzumerken, dass der Verwaltungsgerichtshof in einem gleichgelagerten Fall mit Erkenntnis vom 22. Februar 2012, Zl. 2011/16/0236, aussprach, dass die Anwendung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14.6.1971 durch die Beitrittsakte nicht eingeschränkt wurde und dass eine von der belangten Behörde in diesem Fall gesehene Verletzung der Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes die Anwendung der genannten VO im Beschwerdefall nicht zu verhindern vermochte.

Der UFS geht aus den in der Berufungsvorentscheidung dargelegten Gründen davon aus, dass die vom Bw. im gegenständlichen Zeitraum in Österreich entfalteten beruflichen Aktivitäten als nichtselbständige Tätigkeit zu beurteilen sind.

Somit ist der Bw. als in Österreich nichtselbständiger Erwerbstätiger von der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 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").

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

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, 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.

Der Berufungswerber ist als in Österreich nichtselbständig Erwerbstätiger 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 5.2.2002, Rs C-255/99 Anna Humer), zu qualifizieren.

Die VO ist daher sowohl persönlich als auch sachlich im vorliegenden Fall anwendbar.

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 ...;

Nach Artikel 73 der VO hat ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegt, vorbehaltlich der Bestimmungen in Anhang VI, 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.

Familienleistungen werden in diesem Fall gemäß Art 75 der VO vom zuständigen Träger des Staates gewährt, dessen Rechtsvorschriften für den Arbeitnehmer oder Selbständigen gelten.

Vom grundsätzlichen Anspruch auf österreichische Familienbeihilfe nach Art. 1, 73 der VO iVm § 2 Abs. 2 FLAG 1967 kann ausgegangen werden.

Allerdings ist zu prüfen, ob auch Anspruch auf die polnische Familienleistung bestand.

Die Kindesmutter übte in den Jahren 2010 und 2011 in Polen eine berufliche Tätigkeit aus und fiel daher unter den Arbeitnehmerbegriff der VO, denn 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 Systems der sozialen Sicherheit pflichtversichert oder freiwillig versichert ist, und zwar unabhängig vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses.

Die Kindesmutter stellte, w. o. ausgeführt, keinen Antrag auf Feststellung des Rechtes auf Familienbeihilfe mit Zulagen für die beiden Kinder des Bw. Die fehlende Antragstellung ist jedoch unerheblich, da es gemäß der zitierten VO nur auf den bestehenden Anspruch ankommt (siehe VwGH 23.5.2007, ZI. 2006/13/0074). Dass auch bei Antragstellung kein Anspruch auf die polnische Familienleistung bestanden hätte, wurde weder vom Bw. behauptet, noch von der polnischen Behörde bescheinigt.

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 27.2.2002 geänderten und aktualisierten Fassung grundsätzlich der Beschäftigungsmitgliedstaat.

Übt jedoch eine Person, die das Kind betreut, 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 (siehe auch Art. 76 der VO EWG 1408/71).

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

Zu beachten ist weiters, dass die Verordnungen (EWG) Nr. 1408/71 und Nr. 574/72 für Unionsbürger nur bis Ende April 2010 anzuwenden waren. Danach gilt für Unionsbürger nachstehende Verordnung (vgl. Csaszar in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG-Kommentar, § 53 Rz. 19):

Artikel 67 und 68 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit lauten:

Artikel 67:

Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen

Eine Person hat auch für Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats, als ob die Familienangehörigen in diesem Mitgliedstaat wohnen würden. Ein Rentner hat jedoch Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des für die Rentengewährung zuständigen Mitgliedstaats.

Artikel 68:

Prioritätsregeln bei Zusammentreffen von Ansprüchen

(1) Sind für denselben Zeitraum und für dieselben Familienangehörigen Leistungen nach den Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten zu gewähren, so gelten folgende Prioritätsregeln:

a) Sind Leistungen von mehreren Mitgliedstaaten aus unterschiedlichen Gründen zu gewähren, so gilt folgende Rangfolge: an erster Stelle stehen die durch eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgelösten Ansprüche, darauf folgen die durch den Bezug einer Rente ausgelösten Ansprüche und schließlich die durch den Wohnort ausgelösten Ansprüche.

b) Sind Leistungen von mehreren Mitgliedstaaten aus denselben Gründen zu gewähren, so richtet sich die Rangfolge nach den folgenden subsidiären Kriterien:

i) bei Ansprüchen, die durch eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder, unter der Voraussetzung, dass dort eine solche Tätigkeit ausgeübt wird, und subsidiär gegebenenfalls die nach den widerstreitenden Rechtsvorschriften zu gewährende höchste Leistung. Im letztgenannten Fall werden die Kosten für die Leistungen nach in der Durchführungsverordnung festgelegten Kriterien aufgeteilt;

ii) bei Ansprüchen, die durch den Bezug einer Rente ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder, unter der Voraussetzung, dass nach diesen Rechtsvorschriften eine Rente geschuldet wird, und subsidiär gegebenenfalls die längste Dauer der nach den widerstreitenden Rechtsvorschriften zurückgelegten Versicherungs- oder Wohnzeiten;

iii) bei Ansprüchen, die durch den Wohnort ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder.

(2) Bei Zusammentreffen von Ansprüchen werden die Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften gewährt, die nach Absatz 1 Vorrang haben. Ansprüche auf Familienleistungen nach anderen widerstreitenden Rechtsvorschriften werden bis zur Höhe des nach den vorrangig geltenden Rechtsvorschriften vorgesehenen Betrags ausgesetzt; erforderlichenfalls ist ein Unterschiedsbetrag in Höhe des darüber hinausgehenden Betrags der Leistungen zu gewähren. Ein derartiger Unterschiedsbetrag muss jedoch nicht für Kinder gewährt werden, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, wenn der entsprechende Leistungsanspruch ausschließlich durch den Wohnort ausgelöst wird.

(3) Wird nach Artikel 67 beim zuständigen Träger eines Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften gelten, aber nach den Prioritätsregeln der Absätze 1 und 2 des vorliegenden Artikels nachrangig sind, ein Antrag auf Familienleistungen gestellt, so gilt Folgendes:

a) Dieser Träger leitet den Antrag unverzüglich an den zuständigen Träger des Mitgliedstaats weiter, dessen Rechtsvorschriften vorrangig gelten, teilt dies der betroffenen Person mit und zahlt unbeschadet der Bestimmungen der Durchführungsverordnung über die vorläufige Gewährung von Leistungen erforderlichenfalls den in Absatz 2 genannten Unterschiedsbetrag;

b) der zuständige Träger des Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften vorrangig gelten, bearbeitet den Antrag, als ob er direkt bei ihm gestellt worden wäre; der Tag der Einreichung des Antrags beim ersten Träger gilt als der Tag der Einreichung bei dem Träger, der vorrangig zuständig ist."

Es gilt der Grundsatz, dass eine Person immer nur den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates unterliegt (vgl. Csaszar in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG-Kommentar, § 53 Rz 104), d.h. dass für eine Person festzustellen ist, welcher Mitgliedstaat in Bezug auf diese Person ausschließlich zur Erbringung von Familienleistungen zuständig ist.

Aus dem Zusammenhalt der obzitierten Bestimmungen ergibt sich, dass dem Bw. unter der Voraussetzung, dass er im streitgegenständlichen Zeitraum überwiegend zum Unterhalt für seine Kinder beitrug, die österreichische Familienbeihilfe grundsätzlich auch dann zusteht, wenn sich dessen Kinder ständig im Gemeinschaftsgebiet aufhalten.

Ob eine überwiegende Kostentragung in dem für den vorliegenden Fall maßgeblichen Sinn vorliegt, hängt nach herrschender Auffassung (vgl. z.B. VwGH 21.3.1996, 93/15/0208) davon ab, wie hoch die gesamten tatsächlichen Unterhaltskosten für ein Kind in einem bestimmten Zeitraum waren und in welchem Ausmaß im selben Zeitraum von der unterhaltspflichtigen Person Unterhaltsbeiträge tatsächlich geleistet wurden. Die Höhe der gesamten Unterhaltskosten ist dabei als Tatfrage nach den Verhältnissen des Landes zu klären, in welchem sich die Kinder tatsächlich aufhalten. Dabei können sich im Verhältnis zu österreichischen Verhältnissen höhere aber auch niedrigere Unterhaltskosten ergeben. Die Abgabenbehörde hat auf Grund der sie treffenden Pflicht zur Ermittlung des entscheidungswesentlichen Sachverhaltes die Aufgabe, die Höhe der gesamten Unterhaltskosten festzustellen oder, sollte eine konkrete Feststellung nicht möglich sein, im Wege einer Schätzung festzulegen und diesen Kosten sodann die tatsächlich geleisteten Unterhaltsbeträge gegenüberzustellen. Nur so lässt sich beurteilen, ob die Unterhaltskosten tatsächlich überwiegend getragen wurden.

Gemäß § 167 Abs. 2 Bundesabgabenordnung (BAO) hat die Abgabenbehörde unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht.

Nach ständiger Rechtsprechung genügt es, von mehreren Möglichkeiten jene als erwiesen anzunehmen, die gegenüber allen anderen Möglichkeiten eine überragende Wahrscheinlichkeit oder gar die Gewissheit für sich hat und alle anderen Möglichkeiten absolut oder mit Wahrscheinlichkeit ausschließt oder zumindest weniger wahrscheinlich erscheinen lässt (Ritz, BAO-Kommentar, Tz. 2 zu § 166, Tz. 6 und 8 zu § 167 mwN).

Im Berufungsfall nimmt es der unabhängige Finanzsenat in Anbetracht der Höhe des vom Bw. im Jahre 2010 erzielten Einkommens sowie der Höhe des von dessen Ehegattin in diesem Jahr erzielten Einkommens – auf die obigen diesbezüglichen Ausführungen wird verwiesen – als

erwiesen an, dass der Bw. im Jahre 2010 überwiegend für den Unterhalt seiner beiden Kinder aufkam.

Damit hatte der Bw. nach den oben zitierten heranzuziehenden Rechtsvorschriften im Jahre 2010, ebenso wie die Kindesmutter in Polen, dem Grunde nach in Österreich einen Anspruch auf Familienleistungen, der allerdings auf Grund der zitierten gemeinschaftsrechtlichen Prioritätsregeln einer vorrangigen Leistungsverpflichtung von Polen an die Kindesmutter nachgeht. Der Bw. hatte diesen Prioritätsregeln zufolge keinen unmittelbaren Anspruch auf Familienleistungen in Österreich, sondern nur einen Anspruch auf Differenzzahlung zwischen der Summe seiner Ansprüche auf Familienleistungen in Österreich und der Summe der Ansprüche der Kindesmutter auf Familienleistungen in Polen.

Dieser berechnet sich wie folgt:

Familienbeihilfe: € 130,90 pro Monat

Kinderabsetzbetrag: € 58,40 pro Monat

Gesamtsumme: € 4.543,20

Davon abzuziehen polnisches Familiengeld:

in Landeswährung: € 22,76 monatlich

Die Differenzzahlung für das Jahr 2010 beträgt daher € 3.996,96.

Der Berufung war, soweit dies das Jahr 2010 betrifft, Folge zu geben, da als erwiesen anzunehmen ist, dass der Bw. in diesem Jahr die Unterhaltskosten für seine Kinder überwiegend trug, sodass er nach Gemeinschaftsrecht einen Anspruch auf Differenzzahlung hatte. Der diesen Anspruch – soweit dies das Jahr 2010 betrifft - abweisende Bescheid des Finanzamtes ist daher insoweit mit Rechtswidrigkeit belastet, sodass er insoweit aufzuheben war.

Gemäß § 4 Abs. 4 FLAG 1967 ist die Ausgleichszahlung jährlich nach Ablauf des Kalenderjahres, wenn aber der Anspruch auf die gleichartige ausländische Beihilfe früher erlischt, nach Erlöschen dieses Anspruches über Antrag zu gewähren.

Gemäß § 273 Abs 1 lit a BAO hat die Abgabenbehörde eine Berufung durch Bescheid zurückzuweisen, wenn die Berufung nicht zulässig ist.

Die Gewährung der Ausgleichszahlung ist für jedes Jahr gesondert zu beantragen. Der Antrag kann erst nach Ablauf des Jahres erfolgen, außer der ausländische Beihilfenanspruch ist während eines Jahres erloschen. In diesem Fall kann der Antrag auf Ausgleichszahlung auch während des Jahres gestellt werden (vgl. Aigner/Lenneis in Czaszar/Lenneis/Wanke, FLAG-Kommentar, § 4 Rz. 12).

Der Bw. stellte, w. o. ausgeführt, den gegenständlichen Antrag auf Differenzzahlung am 22. November 2011 für den Zeitraum vom 1. Jänner 2010 bis zum 30. April 2011. Dass der polnische Beihilfenanspruch während des Jahres 2011 für dessen Kinder erlosch, wurde weder vom Bw. behauptet, noch von der polnischen Behörde bescheinigt. Daher war der Bw. in Ansehung der Ausführungen der beiden letzten Absätze zum Zeitpunkt der Antragstellung nicht legitimiert, einen Antrag auf Differenzzahlung betreffend das Jahr 2011 einzubringen. Somit wäre der in Rede stehende Antrag auf Differenzzahlung – soweit dieser den Zeitraum vom 1. Jänner 2011 bis zum 30. April 2011 betrifft – seitens des Finanzamtes zurückzuweisen gewesen.

Gemäß § 289 Abs. 2 BAO hat die Abgabenbehörde zweiter Instanz außer in den Fällen des Abs. 1 leg cit immer in der Sache selbst zu entscheiden. Sie ist berechtigt, sowohl im Spruch als auch hinsichtlich der Begründung ihre Anschauung an die Stelle jener der Abgabenbehörde erster Instanz zu setzen und demgemäß den angefochtenen Bescheid nach jeder Richtung abzuändern, aufzuheben oder die Berufung als unbegründet abzuweisen.

Entsprechend der letztangeführten Gesetzesbestimmung ist der Antrag des Bw. auf Gewährung der Differenzzahlung soweit dieser den Zeitraum 1. Jänner 2011 bis 30. April 2011 betrifft, von der erkennenden Behörde als aus den vorgenannten Gründen unzulässig zurückzuweisen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 26. Juli 2012