



## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw, Wohnort, vom 11. Oktober 2004 gegen den Bescheid des Finanzamtes Neunkirchen Wr. Neustadt vom 28. September 2005 betreffend Abweisung des Antrages auf Gewährung einer Differenzzahlung ab Mai 2004 entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

### **Entscheidungsgründe**

Der Berufungswerber (Bw) ist verheiratet, wohnt in Österreich und ist selbständig als Marktfahrer tätig. Die Ehefrau des Bw wohnte im Jahr 2004 mit den gemeinsamen Kindern Sohn1 (geb. 1989), Sohn2 (geb. am 1990) und Sohn3 (geb. 1995) in T (Polen). Der Bw. lebte im Streitzeitraum in Österreich in einer Lebensgemeinschaft mit seiner Lebensgefährtin Frau H sowie mit weiteren drei gemeinsamen Kindern aus dieser Partnerschaft.

Der Bw hat für seine Söhne Sohn1 , Sohn2 und Sohn3 am 9. September 2005 eine Differenzzahlung zur Familienbeihilfe ab Mai 2004 beantragt.

Das Finanzamt versagte die Gewährung der Familienbeihilfe bzw. Differenzzahlung mit folgender Begründung:

"Nach Artikel 75 Abs. 2 der Verordnung Europäischer Wirtschaftsraum, Regelungen im Bereich der Sozialen Sicherheit betreffend Familienleistungen ist die Abzweigung von Familienleistungen festgelegt. Wenn die Person, der die Familienleistungen zu gewähren sind,

diese nicht für den Unterhalt der Familienangehörigen verwendet, steht keine Familienbeihilfe bzw. Differenzzahlung zu.

Sie leben in Österreich in einer Lebensgemeinschaft mit Frau H. Die Ehe in Polen ist zwar aufrecht, aber Sie leben von ihrer Ehefrau getrennt. Es ist daher nicht anzunehmen, dass Sie die Differenzzahlung für die Kinder in Polen verwenden. Der Antrag war daher abzuweisen."

In der dagegen erhobenen Berufung führte der Bw. aus, dass der Abweisungsbescheid damit begründet werde, dass die Familienbeihilfe bzw. Differenzzahlung nicht für seine Kinder in Polen verwendet werde und er getrennt von seinen Kindern bzw. seiner Ehefrau lebe. Beides entspreche nicht den Tatsachen. Er arbeite und lebe in Österreich, um den Lebensunterhalt seiner polnischen Familie bestreiten zu können. Er fahre nachweislich regelmäßig (ca. 1-2 mal pro Monat für ca. 7-10 Tage) zu seinen Kindern nach Polen, bei denen er dann auch im gemeinsamen Haushalt lebe. Seine Lebensgefährtin lebe, da sein Einkommen nicht sehr hoch sei und sie sich derzeit noch in Karenz befinde, von sozialen Unterstützungen und der Hilfe ihrer Familien. Von dieser Familie werde er auch in finanziellen Engpässen unterstützt, was in Familienverbänden üblich und nichts außergewöhnliches sei. Seine Ehefrau sei nicht berufstätig. Seine Kinder, seine Ehefrau und die gemeinsame Wohnung, somit der gesamte Familienunterhalt würden und seien von ihm alleine bestritten worden. Die Annahme des Finanzamtes, dass diese nicht so sei, sei daher falsch. Der Bw. legte dem Finanzamt eine übersetzte eidesstaatliche Erklärung seiner polnischen Ehefrau vor, dass die Unterhaltskosten für ihre Familie nur vom Bw. getragen würden. Weiters wies er darauf hin, dass er seinen Sohn Sohn2 (nicht Sohn3) im August 2005 nach Österreich geholt habe und dieser bis auf weiteres bei der Familie in Österreich leben werde.

Das Finanzamt legte die Berufung ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung dem UFS zur Entscheidung vor.

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

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.Mai 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 Tag 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.

Im gegenständlichen Fall ist aktenkundig, dass die im Ausland lebende Gattin des Bw. im Streitzeitraum weder ein eigenes Einkommen hat noch kranken- oder sozialversichert ist.

Die VO EWG 1408/71 ist 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.

Nach der VO EWG 1408/71 (Art 13, 73) besteht grundsätzlich Anspruch auf Familienleistungen (Familienbeihilfe) im "Beschäftigungsland" (Österreich) auch für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

Der vom Finanzamt zitierte Artikel 75 Abs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 lautet:

"Der zuständige Träger zahlt jedoch auf Antrag des Trägers des Wohnorts der Familienangehörigen, des von der zuständigen Behörde ihres Wohnlands hierfür bezeichneten Trägers oder der von dieser Behörde hierfür bestimmten Stelle die Familienleistungen mit befreiender Wirkung über diesen Träger bzw. über diese Stelle an die natürliche oder juristische Person, die tatsächlich für die Familienangehörigen sorgt, wenn die Person, der die Familienleistungen zu gewähren sind, diese nicht für den Unterhalt der Familienangehörigen verwendet".

Im vorliegenden Fall konnte der Bw. im Verfahren vor dem Finanzamt und vor dem UFS glaubhaft machen, dass er für den Unterhalt seiner Kinder in Polen sorgt, zumal ihm mit Beschluss des Jugendgerichtes in T vom 6.12.2004 die Obsorge für den minderjährigen Sohn Sohn2 übertragen wurde. Außerdem wurden von ihm an den UFS Telefonrechnungen

vorgelegt, die den regelmäßigen Kontakt des Bw. zu seinen in Polen lebenden Kindern zeigen. Überdies ist die in Polen lebende Ehefrau des Bw. alkoholkrank, sodass der Bw. nach seinen Angaben 1-2 mal pro Monat für jeweils 5-7 Tage nach Polen fährt, um seiner Familie zu helfen. Im Februar 2006 hat der Bw. die Scheidung eingereicht und strebt die Obsorge seiner Kinder an.

Da im vorliegenden Fall die polnische Ehefrau des Bw. aktenkundig keine eigenen Einkünfte erzielt, ist nicht zu erwarten, dass vom zuständigen ausländischen (polnischen) Träger des Wohnortes der Kinder ein Antrag im Sinne des Artikel 75 Abs. 2 der VO EWG 1408/71 gestellt wird. Aufgrund der Aktenlage bestehen keine Anhaltspunkte, den Angaben des Bw hinsichtlich der grundsätzlichen Verwendung der Familienbeihilfe für seine im Ausland wohnenden Kindern keinen Glauben zu schenken.

Ergänzend ist noch auszuführen, dass im angefochtenen Bescheid vom Finanzamt die Söhne des Bw. Sohn2 und Sohn3 offensichtlich verwechselt wurden, da der Bw. seinen Sohn Sohn2 im August 2005 nach Österreich geholt hat.

Aus den oben genannten Gründen war der Berufung Folge zu geben und der angefochtene Bescheid aufzuheben.

Wien, am 19. Juli 2006