



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., W, W-Gasse 1, gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 9/18/19 Klosterneuburg betreffend Differenzzahlung ab 1. Jänner 2005 entschieden:

Der Berufung wird stattgegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

### Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.), ein slowakischer Staatsbürger, beantragte im Oktober 2008 eine Differenzzahlung zur Familienbeihilfe für die Jahre 2005 bis 2007 für seinen 2002 geborenen Sohn.

Das Finanzamt wies den Antrag mit Bescheid vom 30. Oktober 2008 der Begründung ab, dass gemäß § 2 Abs. 2 FLAG idGF die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört, Anspruch auf Differenzzahlung habe. Das Kind lebe im Haushalt der Kindesmutter.

Der Bw. brachte gegen den Bescheid fristgerecht Berufung ein und begründete diese wie folgt:

„...Ich bin seit September 2007 von I. K. geschieden. Die Obsorge unseres Sohnes teilen wir uns. Meine Ex-Gattin geht keiner Beschäftigung nach. Die Bestätigung habe ich dem Finanzamt bereits vorgelegt. Meine Ex-Gattin erhält lediglich eine Familienleistung in der Slowakei in der Höhe von etwa € 15,--. Neben den monatlichen Alimenten in der Höhe von monatlich € 165,-- komme ich auch für sonstige Aufwendungen in der Höhe von durchschnittlich mindestens monatlich € 100,-- unseres

Sohnes auf, zumal meine Ex-Gattin keinerlei Einkünfte hat. Dies inkludiert Bekleidung, Spielzeug, Waschzeug, Lebensmittel etc...

Die Slowakei ist seit 1.5.2004 Mitglied der Europäischen Union. Aufgrund dessen ist die Verordnung 1408/71 und 574/72 seither auch auf slowakische Staatsbürger anzuwenden. Für mich stellt sich keinesfalls ein Ausschlussgrund als Bürger der Europäischen Union nach § 4 FLAG...

Das Finanzamt erließ am 5. Dezember 2008 eine Berufungsvorentscheidung, mit der es die Berufung vom 21. November 2008 mit folgender Begründung abwies:

„Gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz in der derzeit geltenden Fassung hat die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört, Anspruch auf Familienbeihilfe.

Obiger Berufung wird der Erfolg versagt, da Ihr Sohn R. bei Ihnen nicht mehr haushaltszugehörig ist.

Ein Person, die die Unterhaltskosten für ein nicht zu ihrem Haushalt gehörendes Kind trägt, hat nur dann Anspruch auf Differenzzahlung/Familienbeihilfe, wenn keine andere Person Anspruch auf Familienleistungen für dieses Kind hat, unabhängig welches Land für die Zahlung der Familienleistungen zuständig ist.

Anspruch auf Familienleistungen für das Kind R. hat nur die Kindesmutter.“

Der Bw. brachte gegen die Berufungsvorentscheidung einen als „Berufung“ bezeichneten Schriftsatz ein, der vom Finanzamt als Vorlageantrag gewertet und der Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung vorgelegt wurde.

Das Schreiben ist im Wesentlichen ident mit den Ausführungen des Bw. in der Berufung vom 21. November 2008.

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

Folgender Sachverhalt steht fest.

- der Bw ist slowakischer Staatsbürger;
- die mit der Mutter seines Sohnes R. am 6.4.2002 geschlossene Ehe wurde im September 2007 geschieden;
- die Ex-Gattin ist ebenfalls slowakische Staatsbürgerin, der Sohn lebt bei der Mutter in der Slowakei; die Ex-Gattin bezieht in der Slowakei eine Familienleistung von ca. € 15,--.
- der Bw war von 31. August 2004 bis 7. März 2005 mit einem Nebenwohnsitz in M. gemeldet und hat seit 3. Mai 1999 einen Hauptwohnsitz in W, W-Gasse 1.
- Der Bw. arbeitet seit dem Jahr 2004 – und somit auch in den Jahren 2005 bis 2007 – bei der Fa. F..

- Die Gattin des Bw. hatte vom 31. August 2004 bis 11. Jänner 2005 ebenfalls einen Nebenwohnsitz in M. und war vom 26. Jänner 2004 bis 12. April 2005 mit einem Hauptwohnsitz an derselben Adresse wie der Bw. gemeldet.

In rechtlicher Hinsicht ist auszuführen wie folgt.

Nach § 2 Abs 1 lit a FLAG 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 normiert, dass Personen, die Anspruch auf eine gleichartige Beihilfe haben, keinen Anspruch auf österreichische Familienbeihilfe haben.

In § 4 Abs 2 FLAG 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 besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

In diesem Zusammenhang bestimmt jedoch § 53 Abs 1 FLAG, 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.

Im Berufungsfall sind nicht nur die innerstaatlichen Bestimmungen des FLAG zu beachten. Vielmehr ist der Bw als in Österreich nichtselbständig Erwerbstätiger von der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 idgF (id Folge "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").

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, 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.

Der Bw 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.

Die Bestimmung des § 4 Abs 2 FLAG (siehe oben), wonach nur österreichische Staatsbürger Anspruch auf eine Ausgleichszahlung haben, findet im Bereich der VO auf Bürger von Mitgliedstaaten der EU keine Anwendung.

Im Jahr 2005 und 2006 lag zwischen den Kindeseltern noch eine aufrechte Ehe vor. Da der Bw. in diesen Jahren in Österreich berufstätig war, steht ihm nach Maßgabe des oben zitierten Artikel 13 Abs. 2 der VO EWG 1408/71 in Österreich bis zur Scheidung jedenfalls eine Ausgleichszahlung zu.

Dass der Bw zumindest ab der Scheidung nicht im gemeinsamen Haushalt mit der Kindesmutter und seinem Sohn lebt, ist unbestritten. Der Bw hat seinen ständigen Wohnsitz im Inland, während seine geschiedene Gattin und der gemeinsame Sohn den ständigen Wohnsitz in der Slowakei haben.

Da eine gemeinsame Haushaltsführung im gegenständlichen Fall nicht besteht, ergibt sich aus dem Zusammenhalt der o.a. Bestimmungen, dass dem Bw unter der Voraussetzung, dass er im streitgegenständlichen Zeitraum den Unterhalt für den Sohn überwiegend getragen hat, die österreichische Familienbeihilfe grundsätzlich auch dann zusteht, wenn sich die Kinder ständig im Gemeinschaftsgebiet aufhalten. In diesem Fall gelten die Kinder nach der VO als Haushaltsangehörige und ist der Anspruch darüber hinaus aus § 2 Abs 2 FLAG abzuleiten, da keine andere Person Anspruch auf österreichische Familienbeihilfe hat.

Dass im vorliegenden Fall überwiegende Kostentragung durch den Bw vorliegt, ist zwischen den Parteien des Verfahrens unbestritten.

Der Bw hat daher auch ab der Scheidung grundsätzlich Anspruch auf österreichische Familienbeihilfe nach Art 1 und 73 der VO iVm § 2 Abs 2 FLAG.

Wien, am 21. September 2009