



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., gegen den Bescheid des Finanzamtes Gänserndorf Mistelbach betreffend Differenzzahlung nach der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 und der Durchführungsverordnung (EWG) Nr. 574/72 für die Monate Jänner bis Dezember 2007 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Strittig ist die Berücksichtigung von Familienleistungen gemäß Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 iVm der Durchführungsverordnung (EWG) Nr. 574/72 bei Berechnung der Differenzzahlung für den Zeitraum Jänner 2007 bis Dezember 2007.

Der Berufungswerber (Bw) ist österreichischer Staatsbürger und ist in Österreich mit einem Hauptwohnsitz gemeldet. Die Gattin ist tschechische Staatsbürgerin und hat ihren Wohnsitz in Tschechien.

Der Bw stellte für seinen Sohn D. , geb am 1995, am 25. Februar 2008 den Antrag auf Auszahlung des Differenzbetrages gemäß der VO 1408/71, Art. 76, für das Jahr 2007.

Das Finanzamt erließ am 29. April 2008 einen Differenzzahlungsbescheid und gab dem Antrag nach der Verordnung (EWG) Nr 1408/71 und der Durchführungsverordnung (EWG)

Nr 574/72, inkl. Kinderabsetzbetrag insoweit statt, als von Jänner 2007 bis Dezember 2007 ein Betrag von € 1.865,88 ausbezahlt wurde.

Der Bw erhob gegen den Bescheid fristgerecht Berufung und führte begründend aus, dass der Abzug der Familienbeihilfe von € 315,72 zu Unrecht erfolgt sei, weil er in Tschechien kein Kindergeld erhalten habe.

Das Finanzamt erließ am 30. September 2008 eine Berufungsvorentscheidung (BVE), mit der es die Berufung vom 9. Mai 2008 mit folgender Begründung abwies:

*„Zur Differenzzahlung kommt es gemäß EU/EWR-Recht, Art. 76 bzw. 79 der VO (EWG) Nr. 1408/71 im Zusammenhang mit Art. 10 DVO (EWG) 574/72 beim Zusammentreffen von Ansprüchen auf die österreichische Familienbeihilfe und auf Ansprüche auf eine Familienleistung eines EU/EWR-Mitgliedsstaates für Kinder, die sich ständig in einem EU/EWR Mitgliedstaat aufhalten. Die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 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 eine Erwerbstätigkeit ausgeübt wird.“*

*Sind die Elternteile in verschiedenen Mitgliedstaaten erwerbstätig, trifft die vorrangige Verpflichtung zur Gewährung der Familienleistungen jenen Mitgliedstaat, in dessen Gebiet die Familienangehörigen wohnen.*

*Sind die Familienleistungen im anderen Mitgliedstaat höher, besteht dort gegebenenfalls ein Anspruch auf Gewährung des Differenzbetrages (Artikel 76 Absatz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 in Verbindung mit Art. 10 der DVO 574/72).*

*Wird in jenem Mitgliedstaat, der vorrangig zur Gewährung von Familienleistungen verpflichtet ist, kein Antrag gestellt, so kann der andere Mitgliedstaat dennoch jene Leistungen, die bei Antragstellung gewährt worden wäre, bei der Berechnung der Differenzzahlung berücksichtigen (Artikel 76 Absatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71).*

*Vorrangig zur Gewährung von Familienleistungen verpflichtet im Antragszeitraum war Tschechien. In diesem wurde gemäß den Antragsangaben im Punkt 6.2. des Formulars E 411-Anfrage betreffend den Anspruch auf Familienleistungen in dem Mitgliedstaat, in dem die Familienangehörigen wohnen, kein Antrag auf Familienleistungen gestellt. Gemäß Artikel 76 Abs. 2 der VO (EWG) Nr. 1408/71 konnte der andere Mitgliedstaat Österreich jene Leistungen, die bei Antragstellung gewährt worden wären, bei der Berechnung der Differenzzahlung berücksichtigen...“*

Der Bw beantragte, die Berufung der Abgabenbehörde zweiter Instanz vorzulegen und begründete wie folgt:

*„.... die Auszahlung des Differenzbetrages der vollen FB. Begründung: österreichischer Staatsbürger, Hauptwohnsitz L. .“*

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

Folgender Sachverhalt steht fest.

Der Berufungswerber (Bw) ist österreichischer Staatsbürger. Er hat Wohnsitze in Tschechien am Familienwohnsitz in XY und in L., Österreich, wo er mit einem Hauptwohnsitz gemeldet ist. Er war in Österreich im Jahr 2007 nicht beschäftigt, bezog aber auf Grund einer früheren Beschäftigung in Österreich Gelder vom Arbeitsmarktservice (Notstandshilfe) und auch von der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse (Krankengeld).

Seine Ehegattin ist tschechische Staatsbürgerin, hat in der tschechischen Republik Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit und wohnt in XY, Tschechien, mit dem gemeinsamen Sohn D., geb am 1995 und dem Bw am Familienwohnsitz. D. ist österreichischer Staatsbürger und auch am Wohnsitz des Bw in L. gemeldet.

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

Der Sachverhalt gründet auf folgender Beweiswürdigung.

Die Wohnsitze und Einkünfte des Bw sind aktenkundig und unbestritten, ebenso wie die persönlichen Verhältnisse von Gattin und Kind.

Dass die Gattin des Bw nichtselbständig erwerbstätig ist, ergibt sich aus den im Akt befindlichen Formularen E 401 (Familienstandsbescheinigung für die Gewährung von Familienleistungen) und E 411 (Anfrage betreffend den Anspruch auf Familienleistungen in dem Mitgliedstaat, in dem die Familienangehörigen wohnen) sowie aus den Angaben des Bw. Dass die Gattin des Bw keinen Antrag auf Familienleistungen in Tschechien gestellt hat, wurde vom für Familienleistungen zuständigen Träger des Wohnorts der Gattin des Bw bescheinigt. Auch die diesbezüglichen Ausführungen des FA in der BVE blieben unbestritten.

Aus rechtlicher Sicht ist auszuführen wie folgt.

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 den Bw als österreichischen Staatsbürger grundsätzlich unmittelbar und ungeachtet allenfalls entgegenstehender inländischer Rechtsvorschriften anwendbar.

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 Systems 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 für den Bw zutrifft, da er aG der Bezüge des AMS (Notstandshilfe) kranken- und pensionsversichert ist und somit der gesetzlichen Pflichtversicherung unterliegt.

Es ist ferner erwiesen, dass dies im gegenständlichen Fall auch auf die Gattin des Bw zutrifft, da sie als nichtselbständig Erwerbstätige in der tschechischen Republik kranken- und pensionsversichert ist.

Die VO EWG 1408/71 ist daher 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.

Diese Ansprüche konkurrieren jedoch mit jenen der Mutter, die in Tschechien Anspruch auf Familienbeihilfe (Kindergeld) hat. Dieser Anspruch besteht unabhängig von einer Erwerbstätigkeit, denn es handelt sich um Leistungen für alle Einwohner, deren Kinder in Tschechien wohnhaft sind.

Unzweifelhaft ist die Gattin des Bw demnach für ihren Sohn D. anspruchsberechtigt.

Dass die Ehegattin des Bw keinen Antrag gestellt hat, ist unerheblich, da es gemäß den zit VO nur auf den bestehenden Anspruch ankommt. (S *VwGH 9.6.1978, ZI 1019/77; 23.5.2007, ZI 2006/13/0074*).

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 Lebensgefährte 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. (So auch Art 76 der VO EWG 1408/71).

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

Im Beschäftigungsmitgliedstaat besteht gem Art 76 der VO EWG 1408/71 iVm Art 10 der VO EWG 574/72 Anspruch auf die Differenzzahlung.

Dies hat das FA richtig erkannt und in der BVE ausführlich begründet.

Die Argumentation im Vorlageantrag ist dagegen nicht geeignet, diese Entscheidung abzuändern, da sowohl die Tatsache der österreichischen Staatsbürgerschaft als auch der Meldung eines Hauptwohnsitzes im Inland diesbezüglich unerheblich sind.

Die Höhe des zuzuerkennenden Differenzbetrages wurde vom FA richtig berechnet und blieb unbestritten.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 25. November 2008