

## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., R., gegen die Bescheide des Finanzamtes Lilienfeld St. Pölten vom 31.7.2008 betreffend

Abweisung der Differenzzahlung für den Zeitraum Jänner 2007 – März 2007 und  
Differenzzahlung für den Zeitraum April 2007 – Dezember 2007

bezüglich der Kinder G. T. , geb 2002 und D. T. , geb 2006, entschieden:

Der Berufung wird betreffend Abweisung der Differenzzahlung für den Zeitraum Jänner 2007 – März 2007 im Sinne der Berufungsvorentscheidung vom 14.10.2008 insofern teilweise stattgegeben, als die Differenzzahlung für Jänner und Februar 2007 gewährt wird.

Die Berufung betreffend Differenzzahlung für den Zeitraum April 2007 – Dezember 2007 wird im Sinne der Berufungsvorentscheidung vom 14.10. 2008 als unbegründet abgewiesen.

### **Entscheidungsgründe**

Der Berufungswerber (Bw), ein ungarischer Staatsbürger, machte mit Antrag vom 28. Jänner 2008 für das Jahr 2007 Differenzzahlungen nach der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 und der Durchführungsverordnung (EWG) Nr. 574/72, inklusive Kinderabsetzbetrag geltend.

Das Finanzamt wies den Antrag mit Bescheid vom 4. April 2008 mit der Begründung ab, dass der Bw die abverlangten Unterlagen nicht eingebracht habe, weshalb angenommen werden

müsste, dass im oben genannten Zeitraum kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestehe bzw bestanden habe.

Mit Bescheid vom 31. Juli 2008 hob das Finanzamt den Bescheid vom 4. April 2008 gemäß § 299 BAO auf und erließ mit selben Tag einen neuen Bescheid, mit dem es die Differenzzahlung für die Monate Jänner bis März 2007 mit der Begründung abwies, dass diese mangels Vorliegen einer Beschäftigungsbewilligung für diesen Zeitraum nicht berücksichtigt werden könne. Betreffend die Monate April bis Dezember 2007 erging am 31.Juli 2008 ein Differenzzahlungsbescheid.

Der Bw brachte sowohl gegen den Abweisungsbescheid vom 31. Juli 2008 (Abweisung der Differenzzahlung für die Monate Jänner bis März 2007) als auch gegen den Differenzzahlungsbescheid (betreffend April 2007 bis Dezember 2007) fristgerecht Berufung ein.

In der Berufung gegen den Abweisungsbescheid wies der Bw auf die nicht vorliegende Beschäftigungsbewilligung für die genannte Zeit hin und legte diese vor (Beschäftigungsbewilligung des AMS vom 28. November 2006 über den Zeitraum 2. Dezember 2006 bis 15. Mai 2007).

Betreffend den Differenzzahlungsbescheid führte er aus, dass das beim Finanzamt vorhandene E 411 bestätigen würde, dass seine Familie im Jahr 2007 nur für den Monat April Beihilfe aus Ungarn bekommen hätte. Mit der Berechnung des Differenzbetrages würde aber für alle Monate in 2007 dieser Betrag abgezogen.

Mit der am 14. Oktober 2008 erlassenen Berufungsvorentscheidung gab das Finanzamt der Berufung vom 21. August 2008 betreffend Abweisung der Differenzzahlung für die Monate Jänner bis März 2007 auf Grund der vorgelegten Unterlagen nunmehr insofern teilweise statt als dem Bw für seine beiden Kinder für die Monate Jänner und Februar 2007 die Differenzzahlung gewährt wurde. Für März 2007 wurde der Berufung mangels Vorliegen einer rechtmäßigen Beschäftigung in Österreich nicht stattgegeben.

Mit der ebenfalls am 14. Oktober 2008 erlassenen Berufungsvorentscheidung wies das Finanzamt die Berufung vom 21. August 2008 betreffend Differenzzahlungsbescheid für die Monate April bis Dezember als unbegründet ab.

Der Bw stellte – betreffend den „Differenzzahlungsbescheid vom 21. August 2008“ (er meint offenbar beide Berufungsvorentscheidungen) – fristgerecht einen Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz und machte dazu folgende Ausführungen:

„Ich nehme an Sie glauben, dass meine Frau einen Arbeitgeber gehabt hat in 2007 nach den Bestätigungen von der ungarischen Krankenkasse. Es ist nicht wahr. Meine Frau Kinderpflegegeld als Leistung hat bekommen, Pensionsbeitrag und Mitgliedsbeitrag der Pensionsvorsorge sind davon abgezogen worden. So wie aufgelistet an dem entsprechenden Dokument. In der 2. Zeile steht als Arbeitgeber „K. P.“ also meine Frau selbst die die Beiträge bezahlt hat, von Ihrem Kinderpflegegeld. Die Zeile heißt wohl Arbeitgeber, selbstverständlich wird hier diejenige gemeint wer einbezahlt hat. Außerdem dieses Dokument ist nicht dafür geschaffen worden, internationale Angelegenheiten zu erledigen. Dafür haben wir ja ein E 411 abgegeben. Dort steht auch auf schwarz und weiß dass wir nur dann Familienbeihilfe bekommen haben wann ich in Ungarn war. Wann wir die E 411 in Ungarn eingebracht haben ist natürlich auch unser Status überprüft worden ob uns Familienbeihilfe in Ungarn zusteht oder nicht, also gilt ebenfalls wie ein Antrag. Somit beweist sich es auch dass wir einen Antrag in Ungarn auch gestellt haben, jedoch ist es teilweise (für 11 Monate in 2007) abgewiesen worden.

Ein Versicherungsverhältnis hat meine Frau in 2007 nicht gehabt. Hätte ja sich selbst nicht Beschäftigungen können, da müsste sie Unternehmer gewesen sein, und dann hätte sie Versicherung auch zahlen müssen, so wäre es dann auch aufgelistet, außerdem hätte sie auch Familienbeihilfe bekommen.

Das Kinderpflegegeld hat Sie nach passivem Recht bekommen. Ihr Versicherungsverhältnis hat sich am 30.04.2006 beendet.

Ich habe diese Woche persönlich nachgefragt beim gleichen Amt in Ungarn über die 1408/71 Gesetz und habe die Antwort bekommen, dass Österreich solange Familienbeihilfe in voller Höhe bezahlen muss bis meine Frau nicht wieder in Ungarn arbeiten geht.

Auf Wunsch kann ich den Abweisungsbescheid aus Ungarn auch einbringen, brauche aber 1-2 Wochen für die Übersetzung. Es steht lediglich nur ein Haufen ausschnitt von 1407/71 und 574/72 drinnen.

In dem Dokument wird für meine Frau Familienbeihilfe in der Höhe von 24.000 Ft von 01.05.2006 bis 31.07.2006, für Dezember 2006 und 25.400 Ft für April 2007 bezahlt. Es ist schon überwiesen. Weiters wird Familienbeihilfe von 01.08.2006 bis 30.11.2006 und von 01.01.2007 bis 31.03.2007 und ab 01.05.2007 festgestellt aber eine Auszahlung erfolgt nicht, eben weil nur ich ein Arbeitsverhältnis habe. Meine Frau ist versichert in Österreich seit Mitte 2007.“

Der Unabhängige Finanzsenat (UFS) richtete an den Bw einen Vorhalt folgenden Inhalts.

„1. Laut Bestätigung der Regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsamtes in V. vom 9. Mai 2008 bezogen Sie vom 13. März 2007 bis 12. April 2007 Arbeitslosengeld. Warum haben Sie aus Ungarn Arbeitslosengeld bezogen?

Waren Sie zu dieser Zeit in Österreich nicht versichert?

2. Wie oft fahren Sie zu Ihrer Familie nach Ungarn? Wie viel Zeit verbringen Sie bei Ihrer Familie in Ungarn?

3. Wo befindet sich der Mittelpunkt Ihrer Lebensinteressen? (Bitte mit Begründung).

4. Sind Sie verpflichtet, Unterhalt für Ihre Kinder zu zahlen? Wenn ja, in welcher Höhe?

5. Wie hoch sind die gesamten Unterhaltskosten für die Kinder? Woraus setzen sich diese zusammen? Wie hoch ist der Betrag, den Sie als Unterhalt für Ihre Kinder leisten? Bitte weisen Sie die Zahlungen durch geeignete Belege nach!

6. Laut Einkommensbestätigung der regionalen Geschäftsstelle des Finanzamtes in V. von K. P. für das Jahr 2007 hat sie in diesem Jahr Ft 1.012.295,-- erhalten. Sie bezog in diesem Zeitraum Kinderpflegegeld (GYED). Diese Leistung ist an eine vorangegangene Erwerbstätigkeit geknüpft. Diese Zuwendung soll den Verdienstausfall der versicherten Eltern ersetzen, die in einem Arbeitsverhältnis stehen und wegen der Geburt mit einem erheblichen Einkommensausfall rechnen müssen. Das Kinderbetreuungsgeld ist steuer- und rentenversicherungspflichtig; die Dauer der Zahlung wird als Beitragszeit für die Rente angerechnet. Die Kindesmutter war demnach im Jahr 2007 in Ungarn versichert.

Um Stellungnahme wird gebeten!

7. Laut dem von Ihnen vorgelegten Beschluss betreffend Familienbeihilfe für Fr P. K. war diese bis zum 30.4.2006 in Ungarn nicht versichert. Ist es richtig, dass sie nachher in Ungarn sozialversichert war? Wann hat sie in Ungarn gearbeitet?

8. Sie bringen vor, dass Ihre Lebensgefährtin in Österreich seit Mitte 2007 versichert ist. Um welche Art von Versicherung handelt es sich? ZB Freiwillige Krankenversicherung, Pensionsversicherung, Unfallversicherung? Bitte um Nachweise!

9. Laut dem von Ihnen vorgelegten Beschluss betreffend Familienbeihilfe für Fr P. K. ist ab dem 1.5.2007 erneut Ungarn zuständig. Aus diesem Grund wird ab diesem Zeitpunkt für Fr P. K. der Anspruch auf Familienbeihilfe festgestellt, aber die Auszahlung aufgehoben. Um Stellungnahme wird gebeten!

10. Sie sind Mitglied bei einer ungarischen Pensionsvorsorgekasse. Handelt es sich dabei um freiwillige Zahlungen?

11. Fr P. K. lebte im Jahr 2007 gemeinsam mit den Kindern in Ungarn, hat dort ihren ständigen Wohnsitz und den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen.

*Um Stellungnahme wird gebeten!*

Der Bw beantwortete den Vorhalt wie folgt:

„.... 1. Im genannten Zeitraum war ich in Ungarn, und arbeitslos. In Österreich habe ich nicht mehr gearbeitet, darum war ich auch nicht versichert. Für den Zeitraum habe ich keine Familienbeihilfe aus Österreich bekommen und es ist so in Ordnung.  
(Berufungsvorentscheidung von 14.10.2008).

... 2. Ich fahre regelmäßig nach Ungarn fast jede Woche für 2 Tage. Ich arbeite hier 45 Stunden pro Woche, also es geht sich nicht mehr aus. Urlaub verbringe ich auch dort.

... 3. Ich arbeite seit 18 Monaten ununterbrochen in Österreich und deshalb seit September 2008 habe ich die EU-Freizügigkeitsbestätigung, was den Mittelpunkt der Lebensinteressen bestätigt. (Kopie liegt bei).

... 4. ich habe insgesamt drei Kinder davon 2 (G. T. geb... 2002, D. T. geb 2006) erziehe ich mit meiner Lebensgefährtin in Ungarn. Eines (C. T. geb. 1996) wird von seiner Mutter allein erzogen.

*Ich bin für keine verpflichtet Unterhalt zu bezahlen! Jedoch überweise ich für die Mutter meines Sohnes (C. T. ) jedes Monat von Geburt an, einen kleinen Betrag was für ca. 30 € entspricht.*

*(Kontoauszüge von jedem Monat in 2008 liegen bei – Bestätigungen der kontoführenden Bank in Ungarn).*

...5. Vielleicht verstehe ich diese frage falsch!

*Ich weiss nicht, wa mir meine Kinder kosten, habe noch nie nachgerechnet, die sind nämlich keine Arbeiter bei mir, denen man Lohn zahlt jedes monat und durch Belege nachweisen kann was die kosten. Welche Kosten müsste ich hier rechnen???? Dass ich sie hin und wieder anrufe und dadurch Telefonkosten entstehen? Oder wieviel Semmel und wieviel Fleisch sie gegessen haben? Kinder sind natürlich nicht umsonst, aber das wäre schon eine wahnsinn wenn jeder Elter das rechne würde. Ausserdem unterhalte ich noch meine Frau auch. Also man kann davon ausgehen, dass alles was mir überbleibt, gebe ich für meine Familie aus, aber nicht für Alkohol, Zigaretten und andere Drogen!!*

*Die Kinder kosten wahrscheinlich soviel wie auch andere ganz normale ungarische Kinder.*

... 6. Meine Frau hat in Ungarn eine Freiwillige Krankenversicherung abgeschlossen 6-7 Monate vor dem Geburt meines kleinsten Kindes, also ca. in Oktober 2005. Diese Versicherung hätte sie berechtigt für GYED (Kinderbetreuungsgeld!!! Kriegt jede Frau auch mit gesunden Kinder!!) genauso wie auch andere die eine Erwerbstätigkeit gehabt haben. Mit dieser Versicherung hat man das im Prinzip kaufen können. Den Vertrag hat der Ungarische Staat für jedermann auch für meine Frau gekündigt mit 1.5.2006. Die Bezahlung hat aber weiterhin erfolgt und wir haben gedacht es wäre in Ordnung.

In 2007 habe ich Österreich Antrag für Familienbeihilfe gestellt. In Ungarn werden einige Sachen (wie zB E 411) sehr sehr lang und oft gar nicht bearbeitet bis man nicht selber auf Budapest fahrt und nachfragt was los ist. Damals gab es sogar keine persönlichen Kundenservice und Telefon hat auch nie einer abgehoben. Deshalb hat es bis Mitte 2007 gedauert dass man in Ungarn daraufgekommen ist dass uns nichts zusteht da meine Frau nur bis 30.4.2006 versichert war. Dann hat man uns erst aufgeklärt dass uns (aus EU-sozialrechtlichen Gründen ab 1.5.2006) das Kindergeld in Österreich zusteht. Das auszahlen von GYED hat die Sozialversicherung abgestellt. Durch unsere sofortige Berufung hat man aber später wieder weiterbezahlt, da wir aus Österreich zu dieser noch gar nichts erhalten haben. Daraufhin habe ich in Österreich die nötige Krankenversicherung (in St. Pölten) abgeschlossen. Ungefähr Mitte 2007. Es muss zum nachgewiesen sein da wir Differenzbetrag des Kinderbetreuungsgeldes für 2007 schon bekommen haben. Das in Ungarn ausbezahlte Leistung ist zwar steuer- und rentenversicherungspflichtig aber eine Krankenversicherung ist es aus die bis jetzt genannten Gründe nicht gewesen. Versichert war sie also in Österreich. (Kopien der geleisteten Zahlungen der NÖGKK für 2007 liegt bei).

...7. In dem beschluss bei Begründung 1. Absatz steht klar und deutlich dass sie bis 30.4.2006 versichert war!! Nach dem nicht mehr. Begründung ist die Kündigung der Freiwilligen Kranken(Sozial)versicherung durch den Staat. Habe in der vorigen Antwort auch erklärt. Das letzte mal hat sie in Österreich gearbeitet in 2002. In Ungarn hat sie das letzte mal in 1999 gearbeitet.

...8. Sie ist durch das Kinderbetreuungsgeld versichert. Ich weiss nicht wie es jetzt heisst. (Kopien der geleisteten Zahlungen der NÖGKK für 2007 liegt bei).

... 9. In der Begründung steht ja auch dass laut 574/72/EWG Artikel 10.1.abs a) punkt (1) a) Der Anspruch auf Familienleistungen oder –beihilfen, die nach den Rechtsvorschriften eins 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 Mitgliedstaates oder Artikel 73, 74, 77 oder 78 der Verordnung geschuldet werden, bis zur

*Höhe dieser geschuldeten Leistungen.*

*Gesetze gelten für alle mehr begründen kann man das nicht. Die übersetzung der Gesetz auf ungarisch drückt es einfach anders aus. Es heisst jedoch das gleiche. In Ungarn muss man nicht versichert sein, um Familienleistungen zu bekommen. Wenn von der Familie nur eine arbeitet, dann das tragende Land wo eben gearbeitet wird. Der Anspruch wird festgestellt, aber auszahlen muss das Land wo ich arbeite, darum wird die Bezahlung eingestellt.*

*... 10. Die private Pensionsvorsorgekasse ist in Ungarn Pflicht für jeder seit über 10 Jahre.*

*Wenn man arbeitet wird ein Teil vom Pensionsbeitrag in die selbstgewählte Kasse überweisen ein Teil schluckt der Staat. Anzahlungen nur nach meine Löhne in Ungarn habe ich geleistet nicht freiwillig.*

*... 11. Meine Lebensgefährtin hat auch in 2007 mit meine Kinder in Ungarn gelebt, mit ständigem Wohnsitz und den Mittelpunkt der Lebensinteressen hat sie auch dort."*

Beigelegt waren (in Kopie) eine EU-Freizügigkeitsbestätigung vom 4.9.08;

Mitteilungen der NÖGKK an Fr K. P. vom 4.9.08 und 2.12.06 über den Leistungsanspruch nach dem Kinderbetreuungsgeldgesetz für D. T. im Jahr 2007;

Auszug aus dem Geburtsregister betreffend den Sohn des Bw, für den er keine

Familienbeihilfe beansprucht, nämlich C. T. , geb 1995;

Reisepass des C. T. ;

Bankbestätigung vom 23.2.09 über getätigte Überweisungen iHv HUF 96.000,-- vom 1.1.08 – 31.12.08 an H., die mit C. T. in Ungarn lebende Kindesmutter (in ungarisch und in nicht beglaublicher deutscher Übersetzung)

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

Folgender Sachverhalt steht fest.

- der Bw ist ungarischer Staatsbürger;
- er ist mit der Mutter seiner beiden Kinder G. T., geb am 2002 und D. T., geb am 2006, nicht verheiratet; für die beiden Kinder beansprucht er Familienbeihilfe;
- die Kindesmutter K. P. ist ebenfalls ungarische Staatsbürgerin, die beiden Kinder leben bei ihr in Ungarn; die Kindesmutter und die beiden Kinder haben einen ständigen Wohnsitz und den Mittelpunkt der Lebensinteressen in Ungarn;
- der Bw war im Jahr 2007 – bis auf die Zeit 31. März bis 15. April – mit einem Hauptwohnsitz in Österreich gemeldet;

- laut Sozialversicherungsauszug war der Bw. im Jahr 2007 wie folgt beschäftigt: vom 1. Jänner bis 17. Februar, vom 13. April bis 31. August und seit 11. September (laufend);
  - Bescheidausfertigung (§ 20 Abs. 6 AusIBG) des AMS Scheibbs vom 28. November 2006 über die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung vom 2. Dezember 2006 bis 15. Mai 2007;
  - Bescheidausfertigung (§ 20 Abs. 6 AusIBG) des AMS St. Pölten vom 12. April 2007 über die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung vom 12. April 2007 bis 11. April 2008;
  - seit 4.9.2008 ist der Bw im Besitz einer EU-Freizügigkeitsbestätigung;
  - laut Bestätigung der Regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsamtes in V. vom 9. Mai 2008 bezog der Bw. im Streitjahr vom 13. März 2007 bis 12. April 2007 ungarisches Arbeitslosengeld; er war in Österreich in dieser Zeit nicht versichert;
  - persönliche Registerkarte der Kindesmutter K. P. über ausbezahlte Leistungen der Sozialversicherung der Landeskrankenkasse V. vom 1. Jänner 1999 bis 29. September 2008 und Einkommensbestätigung der regionalen Geschäftsstelle des Finanzamtes in V. von K. P. für das Jahr 2007 iHv Ft 1.012.295,-- (ca € 4.000,-- jährlich, das entspricht ca € 333 monatlich). Sie bezog vom 23.9.2006 bis 6.5.2008 durchgehend Kinderbetreuungsgeld (GYED). Diese Leistung ist an das Versicherungsrechtsverhältnis gebunden (versicherungsabhängig). Das Kinderbetreuungsgeld ist steuer- und rentenversicherungspflichtig; die Dauer der Zahlung wird als Beitragszeit für die Rente angerechnet. Die Kindesmutter unterliegt im Jahr 2007 in Ungarn einer gesetzlichen Pflichtversicherung;
- die Kindesmutter bezog im Jahr 2007 (ungarisches) Kindergeld, eine vom Versicherungsrechtsverhältnis unabhängige Zuwendung (versicherungsunabhängig) nur für das Monat April 2007 iHv HUF 25.400,-- (ca € 100,--) für beide Kinder sowie für die (vorhergehenden) Zeiträume 1.5.2006 – 31.7.2006 und 12/2006.
- Für die Zeiträume 1-3/2007 und 5-12/2007 wurde der Anspruch auf Kindergeld gemäß Beschluss der Abteilung für internationale Beziehungen in Budapest „aufgehoben“, wobei ab 1.5.2007 erneut Ungarn zuständig sei; aus diesem Grund bestehe ein Anspruch der Kindesmutter auf die Zuwendung, die Auszahlung werde aber „aufgehoben“;
- die Kindesmutter ist in Österreich 2007 krankenversichert durch den Bezug des Kinderbetreuungsgeldes für D. T., zugesprochen von der NÖGKK, und zwar vom 27.1. – 28.2, vom 1.5. – 31.8. und vom 1.10. – 31.12, wobei in den Zeiträumen bis 1.7.2007 nur ein (Differenz)betrag von € 3,80,-- täglich ausbezahlt wurde, während ab 1.7. der volle Betrag iHv € 14,53,-- täglich geleistet wurde;

- der Bw ist Mitglied bei einer ungarischen Pensionsvorsorgekasse;
- zwischen den Parteien steht außer Streit, dass der Bw die Unterhaltskosten für die beiden Kinder überwiegend trägt

Der festgestellte Sachverhalt beruht auf folgender Beweiswürdigung.

Die persönlichen Daten des Bw, seiner Lebensgefährtin und seiner Kinder sind aktenkundig und entsprechen dem Vorbringen des Bw.

Dass die Kindesmutter und die beiden Kinder einen ständigen Wohnsitz und den Mittelpunkt der Lebensinteressen in Ungarn haben, wird vom Bw selbst vorgebracht.

Die Beschäftigungszeiten und die Wohnsitzverhältnisse des Bw laut ZMR sind aktenkundig.

Der Erhalt ungarischen Arbeitslosengeldes vom 13.3.2007 bis 12.4.2007 wurde vom Bw durch die Vorlage des genannten Dokuments nachgewiesen. Dass er zu dieser Zeit in Österreich nicht versichert war, ist aktenkundig und entspricht dem Vorbringen des Bw.

Die persönliche Registerkarte der Kindesmutter und die Einkommensbestätigung des ungarischen Finanzamts wurden vom Bw vorgelegt und damit sind die genannten Leistungen nachgewiesen.

Dass die Kindesmutter im Jahr 2007 in Ungarn einer gesetzlichen Pflichtversicherung, nämlich der Pensionsversicherung unterliegt, ist ggstdl Dokumenten entnehmbar und wird auch vom Bw bestätigt, wenn er vorbringt, die in Ungarn an die Kindesmutter ausbezahlte Leistung sei rentenversicherungspflichtig.

Aus der vorgelegten Registerkarte der Kindesmutter geht eindeutig hervor, dass sie vom 23.9.2006 – 6.5.2008 durchgehend Kinderbetreuungsgeld (GYED) bezogen hat, sodass den diesbezüglichen Ausführungen des Bw nicht gefolgt werden kann.

Der Bezug von ungarischem Kindergeld im Monat April 2007 wurde durch entsprechende Dokumente nachgewiesen.

Der Beschluss der Abteilung für internationale Beziehungen in Budapest wurde vom Bw in ungarischer Sprache vorgelegt.

Dass die Kindesmutter in Österreich krankenversichert ist und (auch) österreichisches Kinderbetreuungsgeld erhält, ist durch vorgelegte Unterlagen des Bw erwiesen.

Dass der Bw Mitglied bei einer ungarischen Pensionsvorsorgekasse ist, beruht auf seinen Angaben und den von ihm vorgelegten Dokumenten.

Dass der Bw die Unterhaltskosten für die beiden Kinder überwiegend trägt, ist im vorliegenden Fall eine Voraussetzung für den Erhalt der Familienbeihilfe bzw der Differenzzahlung. Offenbar gehen die Parteien von dieser Voraussetzung aus, da das FA ansonsten die Differenzzahlung nicht zusprechen hätte können. Da zwischen den Parteien diesbezüglich Übereinstimmung herrscht, sieht der UFS keinen Anlass, diese Voraussetzung von sich aus zu prüfen.

In rechtlicher Hinsicht ist auszuführen wie folgt.

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.

§ 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 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. 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 1967 zu beachten. Vielmehr ist der Bw als in Österreich nichtselbstständig 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 bewirkt und in einem staatlichen Beitrag zum Familienbudget besteht, der die Kosten des Unterhalts von Kindern verringern soll (*siehe auch Urteil des EuGH vom 5.02.2002, 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 Tatsache, dass der Bw nicht im gemeinsamen Haushalt mit der Kindesmutter und den Kindern lebt, ist unbestritten. Der Bw hat seinen ständigen Wohnsitz im Inland, während seine Lebensgefährtin und die beiden Kinder den ständigen Wohnsitz in Ungarn haben.

Aus dem Zusammenhalt der o.a. Bestimmungen ergibt sich, nachdem eine gemeinsame Haushaltsführung im gegenständlichen Fall nicht besteht, dass dem Bw unter der Voraussetzung, dass er im streitgegenständlichen Zeitraum den Unterhalt für die beiden Kinder 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 Haushaltangehörige und ist der Anspruch darüber hinaus aus § 2 Abs 2 FLAG abzuleiten, da keine andere Person Anspruch auf österreichische Familienbeihilfe hat.

Die Bestimmung des § 4 Abs 2 FLAG 1967 (siehe oben), wonach nur österreichische Staatsbürger Anspruch auf eine Ausgleichszahlung haben, findet im Bereich der VO auf Bürger von Mitgliedstaaten der EU keine Anwendung.

Dass im vorliegenden Fall überwiegende Kostentragung durch den Bw vorliegt, ist zwischen den Parteien unbestritten (siehe oben).

Weiters ist unbestritten, dass der Bw im März 2007 keinen Anspruch auf österreichische Familienbeihilfe hat. Er hat in diesem Monat (nach dem Überwiegensgrundsatz: 13.3. – 12.4.) ungarisches Arbeitslosengeld bezogen und war in Österreich in dieser Zeit nicht versichert. Die VO ist daher in diesem Monat nicht anwendbar. Er war in Österreich in dieser Zeit nicht versichert und wohnte in Ungarn; er hatte keinen Inlandsbezug und beansprucht die Familienbeihilfe bzw die Differenzzahlung auch nicht; siehe dazu seine Ausführungen, wonach er für diesen Zeitraum keine Familienbeihilfe aus Österreich bekommen habe und es sei so in Ordnung.

Der Bw hat daher im Jahr 2007 – ausgenommen März – grundsätzlich Anspruch auf österreichische Familienbeihilfe nach Art 1, 73 der VO iVm § 2 Abs 2 FLAG.

Allerdings ist zu prüfen, ob für die Kinder auch Anspruch auf ungarische Familienbeihilfe besteht.

Vorweg ist festzuhalten, dass die Kindesmutter als Empfängerin von Kindesbetreuungsgeld im Jahr 2007 durchgehend der gesetzlichen Pensionsversicherung unterliegt (siehe oben) und somit unter den Arbeitnehmerbegriff der VO fällt. Beim ungarischen Kinderbetreuungsgeld handelt es sich um eine Familienleistung, und zwar um ein aus Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträgen finanziertes obligatorisches Sozialversicherungssystem mit Sachleistungen und einkommensbezogenen Geldleistungen für Personen, die gegen alle Risiken versichert sind. Berechtigte Personen sind Erwerbstätige (Arbeitnehmer und Selbständige) und diesen Gleichgestellte. Das Kinderbetreuungsgeld beträgt 70% des durchschnittlichen Bruttotageslohns des vorangegangenen Jahres, höchstens jedoch 70% des Zweifachen des Mindestlohns. (*Quelle:* MISSOC, Gegenseitiges Informationssystem zur Sozialen Sicherheit in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, herausgegeben von der Europäischen Kommission im Internet).

Der (zeitweilig gleichzeitige) Bezug von österreichischem Kinderbetreuungsgeld im Jahr 2007 und damit das Vorliegen einer Krankenversicherung in Österreich vermag nichts daran zu ändern, dass die Kindesmutter unter den Arbeitnehmerbegriff der VO fällt (wobei es nicht Aufgabe des UFS ist, zu überprüfen, ob gleichzeitige Ansprüche auf Kindesbetreuungsgeld sowohl in Österreich als auch in Ungarn zu Recht bestehen).

Es liegt der für die VO idealtypische Fall vor, dass ein Elternteil und die Kinder in einem Mitgliedstaat wohnen und der andere Elternteil als Arbeitnehmer in einem anderen Mitgliedstaat erwerbstätig ist und dort wohnt.

Für die Kindesmutter, die in Ungarn mit den Kindern den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen hat und diese dort im gemeinsamen Haushalt erzieht und pflegt, sind die Bestimmungen aus ungarischer Sicht heranzuziehen, da sie den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats Ungarn unterliegt, während für den Bw als im Inland nichtselbständig Erwerbstätigen die Bestimmungen aus inländischer Sicht gelten, da er den Rechtsvorschriften Österreichs unterliegt.

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.

Demnach ist erwiesen, dass dies für die Lebensgefährtin des Bw zutrifft.

Zur Klärung der Frage, ob und in welcher Höhe die Kindesmutter einen Anspruch auf der österreichischen Familienbeihilfe äquivalente ungarische Familienleistungen hat, hat der UFS Ermittlungen angestellt (siehe MISSOC, aaO).

Demnach ist dem Finanzamt Recht zu geben, dass das ungarische Kindergeld der österreichischen Familienbeihilfe vergleichbar ist, weil es allgemein und regelmäßig gezahlt wird. Das ungarische Kinderbetreuungsgeld ist, obzwar unbestritten eine Familienleistung und somit ebenfalls dem Regime der VO unterliegend, mit dem früheren österreichischen Karenzurlaubsgeld vergleichbar.

Die Höhe des ungarischen Kindergeldes wurde vom Finanzamt richtig angesetzt und es ist unbestritten, dass es bei zwei Kindern HUF 12.700,-- beträgt. Es handelt sich bei ungarischem Kindergeld um ein steuerfinanziertes universelles System für alle Einwohner.

Anspruchsberechtigt sind u.a. Personen mit ständigem Wohnsitz in Ungarn und ungarische Staatsbürger. Das Kind muss grs im Haushalt der Eltern leben.

Für die Kindesmutter treffen alle Voraussetzungen zu.

Die Rechtsauslegung der ungarischen Behörden (s E 411), dass Ungarn keine Familienbeihilfe auszahlen müsse, weil der Kindsvater im Ausland beschäftigt bzw versichert sei, wird vom UFS nicht geteilt. Diese Rechtsauffassung entzöge den Bestimmungen der VO über die Differenzzahlung die Rechtsgrundlage, denn Voraussetzung für die Differenzzahlung nach der VO ist stets, dass ein Elternteil im Ausland beschäftigt ist und Anspruch auf die ausländische Beihilfe hat, während der andere Elternteil, der im Inland wohnt und die Kinder betreut, nach den innerstaatlichen Vorschriften anspruchsberechtigt ist. Die Anspruchsberechtigung des anderen Elternteils ist in einem ersten Schritt nach den innerstaatlichen Vorschriften zu prüfen. Erst in einem zweiten Schritt kommen die Kollisionsnormen der VO zur Anwendung. Dies negieren die ungarischen Behörden. Eine Abwälzung der gesamten Familienbeihilfenlast auf einen Staat ist in derartigen Fällen jedoch nicht zulässig.

Da nicht anzunehmen ist, dass die VO Rechtsvorschriften wie diejenigen über die Differenzzahlung statuiert, die keinen normativen Gehalt haben, sieht sich der UFS in seiner Rechtsauffassung bestätigt. Es widersprüche jedem, auch dem ungarischen familienbeihilfenrechtlichen Konzept, Mütter, die mit ihren Kindern in Ungarn wohnen, diese betreuen und da den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen haben, vom Bezug der Familienbeihilfe auszuschließen. Eine derartige Auslegung widerspricht auch fundamental den europarechtlichen Intentionen der VO.

Darüber hinaus wird ja auch die Formulierung gewählt, dass ab 1.5.2007 der Anspruch auf Familienbeihilfe für die Kindesmutter besteht (der Anspruch wurde „*festgestellt*“), jedoch wurde die Auszahlung „*aufgehoben*.“

Entscheidend ist jedoch nach der VO der Anspruch (*Siehe VwGH 9.6.1978, ZI 1019/77; 23.5.2007, ZI 2006/13/0074*). Dieser Anspruch besteht unabhängig von einer Erwerbstätigkeit, denn es handelt sich um Leistungen für alle Einwohner, deren Kinder bei ihnen haushaltszugehörig sind.

Der UFS stellt daher fest, dass die Kindesmutter nach den innerstaatlichen Rechtsvorschriften des Wohnstaats, der nicht von einer Voraussetzung in Bezug auf die Erwerbstätigkeit abhängt, Anspruch auf ungarisches Kindergeld, welches der österreichischen Familienbeihilfe entspricht, hat.

Im Übrigen kann dem Bw bzw der Kindesmutter nur empfohlen werden, diesen Anspruch in Ungarn durchzusetzen.

Im vorliegenden Fall besteht also das Risiko einer Kumulierung des Anspruchs aus Art 73 der VO EWG 1408/71 (österreichische Familienbeihilfe) und des Anspruchs auf Familienleistungen nach den innerstaatlichen Rechtsvorschriften des Wohnstaats, der nicht von einer Voraussetzung in Bezug auf die Erwerbstätigkeit abhängt (ungarisches Kindergeld).

In diesem Fall ist nach dem Erk des *EuGH, ZI C-543/03, Christine Dodl, Petra Oberholzenzer*, Art 10 der VO EWG 574/72 (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) 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 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. (So auch Art 76 der VO EWG 1408/71). Wie oben festgestellt, ist die Lebensgefährtin des Bw Erwerbstätige iSd 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 Ungarn für die Gewährung von Familienleistungen wie der Kinderbeihilfe (Kindergeld) vorrangig zuständig.

Im Beschäftigungsmitgliedstaat Österreich besteht gem Art 76 der VO EWG 1408/71 iVm Art 10 der VO EWG 574/72 Anspruch auf die Differenzzahlung im Jahr 2007, ausgenommen im Monat März.

Das Finanzamt ist somit in den Berufungsvorentscheidungen vom 14.10.2008 zum richtigen Ergebnis gelangt, sodass über die Berufungen iSd der Berufungsvorentscheidungen abzusprechen war.

Wien, am 2. April 2009