



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch Wirtschaftstreuhandgesellschaft yy, gegen die Bescheide des Finanzamtes Braunau Ried Schärding betreffend Differenzzahlung nach Art 76 EWG-VO 1408/71 für das Kind x, für den Zeitraum Mai 2004 bis Dezember 2004 sowie die Kalenderjahre 2005, 2006 und 2007 entschieden:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.

Die Bescheide werden für den Zeitraum Mai 2004 bis Dezember 2004 sowie die Kalenderjahre 2005, 2006 und die Zeiträume Jänner 2007 bis Februar 2007 sowie Juli 2007 bis Dezember 2007 aufgehoben.

Im Übrigen wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

### **Entscheidungsgründe**

Das Finanzamt hat mit Bescheide vom 19.3.2008 die Anträge auf Gewährung einer Differenzzahlung nach Art 76 EWG-VO 1408/71 für die minderjährige Tochter der Berufungswerberin für den Zeitraum Mai 2004 bis Dezember 2004 sowie für die Kalenderjahre 2005, 2006 und 2007 unter Hinweis auf § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 abgewiesen. Die Berufungswerberin lebe seit 26.12.2003 in Österreich. Seit dieser Zeit sei die Tochter bei ihrer Großmutter in Tschechien untergebracht. Sie besuche dort die Schule. Kindergeld für die Tochter werde ebenfalls von der Großmutter in Tschechien bezogen. Der Aufenthalt der Tochter bei der Großmutter sei nicht nur vorübergehend, sondern dauernd. Die

Besuche an Wochenenden ändert nichts an der Tatsache, dass die Tochter zum Haushalt der Großmutter gehöre.

Die gegen die Bescheide eingebrachte Berufung vom 31.3.2008 wird wie folgt begründet.

„Die Berufungswerberin ist ledig, nichtselbständig tätig und derzeit in R. wohnhaft.

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 tschechische Staatsbürger seit 1. Mai 2004 (Beitritt Tschechiens zur EU) grundsätzlich unmittelbar und ungeachtet allenfalls entgegenstehender inländischer Rechtsvorschriften anwendbar.

Mit dem EU Erweiterungs-Anpassungsgesetz, BGBI 2004/28, hat Österreich den Beitritt der neuen Mitgliedsstaaten umgesetzt und von der vertraglichen Möglichkeit Gebrauch gemacht, die AN-Freizügigkeit für die neuen EU-Staatsbürger einzuschränken. Für Staatsangehörige der neu beigetretenen Staaten wird in § 32a Abs 1 AusIBG normiert, dass sie nicht unter die Ausnahmen für EWR-Bürger (1 Abs 2 lit 1 AusIBG) fallen. Für tschechische Staatsangehörige besteht daher grundsätzlich Bewilligungspflicht nach dem AusIBG. 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 AusIBG erfüllt und wer seit fünf Jahren im Bundesgebiet dauern niedergelassen ist und über ein rechtmäßiges Einkommen aus erlaubter Erwerbstätigkeit verfügt. Wenn sich ein tschechischer Staatsbürger in Österreich als AN im dargelegten Sinn erlaubter Weise aufhält, sind auf ihn und seine Angehörigen die in der oberstgerichtlichen zur Rsp zur WanderAN 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 1408/7 1 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 Mitgliedsstaates wohnen und für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten auf Grund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates, wie 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 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 Mitgliedstaates unterliegt, hat für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des ersten Staates, als ob diese Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnten.

§ 3 Abs. 1 FLAG lautet:

Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet bei einem Dienstgeber beschäftigt sind und aus dieser Beschäftigung Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit oder zufolge einer solchen Beschäftigung Bezüge aus der gesetzlichen Krankenversicherung im Bundesgebiet beziehen; Kein Anspruch besteht jedoch, wenn die Beschäftigung nicht länger als drei Monate dauert. Kein Anspruch besteht außerdem, wenn die Beschäftigung gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer verstößt.

Frau xxx ist tschechische Staatsbürgerin und war in den Jahren 2004 bis 2007 in Österreich angemeldet. Sie ist einer Arbeit nachgegangen.

Sie war wie es der Art 1 der VO EWG 1408/71 verlangt, pflichtversichert.

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.

Gem. § 2 Abs. 1 FLAG:

Anspruch auf Familienbeihilfe haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben.

a) für minderjährige Kinder.

Gern. 2 (2) FLAG:

Anspruch auf Familienbeihilfe, für ein im Abs. 1 genanntes Kind hat die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.

Unbestritten ist, dass Frau xxx in y wohnt und dort ihren Wohnsitz inne hat. Die Tochter von Frau xxx wohnt in Tschechien bei ihrer Großmutter. Frau xxxx trägt die Unterhaltskosten für ihre Tochter. Es wird auf die Antwortbeantwortung des Vorhaltes hingewiesen.

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.

Da im Bundesgebiet keine andere Person anspruchsberechtigt auf die österreichische Familienbeihilfe ist, steht Frau xxx die Familienbeihilfe (Ausgleichszahlung) laut Antrag zu.

Der Hinweis im § 2 Abs. 2 „wenn keine anderen Personen nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist“ bezieht sich auf die österreichische Familienbeihilfe (siehe § 2 (1) FLAG) Anspruch auf Familienbeihilfe haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben.

b) für minderjährige Kinder.

Es wird ersucht, den Erstantrag auf Differenzzahlung für die o. a. Zeiträume positiv zu erledigen.“

### ***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 in Ausbildung befindliche 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.

Im Berufungsfall sind nicht nur die innerstaatlichen Bestimmungen des FLAG 1967 zu beachten. Die Berufungswerberin ist als in Österreich nichtselbstständig Erwerbstätige 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.

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 Artikel 75 der VO vom zuständigen Träger des Staates gewährt, dessen Rechtsvorschriften für den Arbeitnehmer oder Selbständigen gelten.

Die Berufungswerberin war in den Berufungszeiträumen - ausgenommen in den Monaten März bis Juni 2007 - Arbeitnehmerin i.d.R. VO EWG 1408/71 in Österreich.

Aus den zitierten Bestimmungen der VO (EWG) 1408/71 i.Z.M. den Bestimmungen des FLAG ergibt sich, dass für die Berufungswerberin grundsätzlich Anspruch auf Familienleistungen (Familienbeihilfe) im "Beschäftigungsland" (Österreich) für ihr Kind besteht, auch wenn dieses sich ständig im Ausland aufhält.

Im vorliegenden Fall wurde der Großmutter in Tschechien eine Familienleistung für die Tochter der Berufungswerberin gewährt.

Im Beschäftigungsmitgliedstaat Österreich besteht gem. Artikel 10 der DVO EWG 574/72 Anspruch auf die Differenzzahlung in der Zeit, in der die Berufungswerberin als Arbeitnehmerin im Sinne der VO anzusehen war, weil sie die Unterhaltskosten ihrer Tochter überwiegend getragen hat.

Es war daher wie im Spruch zu entscheiden.

Linz, am 8. November 2010