



## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des X in XY, vom 12. Februar 2010 gegen den Bescheid des Finanzamtes Graz-Stadt vom 21. Jänner 2010 betreffend Differenzzahlung nach Art 76 EWG-[VO 1408/71](#) für den Zeitraum 1. Jänner 2009 bis 31. Dezember 2009 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Der Berufungswerber ist ein ungarischer Staatsangehöriger und bei einer österreichischen Metallbaufirma als Schlosser tätig.

Seine Ehegattin und die Kinder sind laut der Familienstandsbescheinigung (E 401) in Ungarn wohnhaft. Laut Aktenlage und Angaben des Berufungswerbers bezog die Gattin seit dem Jahr 2009 bis 25. März 2010 Arbeitslosengeld in Ungarn.

Das Finanzamt gewährte daher, unter Hinweis auf die Verordnung EWG Nr 1408/71, mit Bescheid vom 21. Jänner 2010 für den Zeitraum von Jänner 2009 bis Dezember 2009 die Differenzzahlung inkl. Kinderabsetzbetrag.

Der Berufungswerber erobt gegen den Bescheid fristgerecht Berufung und führte darin aus, dass seine Gattin seit 25.6.2009 keine Beihilfe beziehe und er daher ersuche, den ganzen Familienbeihilfenbetrag auszuzahlen.

Mit Bericht vom 1. März 2010 legte das Finanzamt Graz-Stadt die Berufung aus verwaltungsökonomischen Gründen, ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung, dem unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung vor.

***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 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.

Strittig ist im vorliegenden Fall, ob dem Berufungswerber für den Zeitraum Juli bis Dezember 2009 die ganze Familienbeihilfe oder (nur) die Differenzzahlung zwischen dem (niedrigeren) ungarischen Kindergeld und der (höheren) österreichischen Familienbeihilfe für seine Kinder zusteht.

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 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" 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.

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, ua 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 Berufungswerber ist als in Österreich nichtselbstständig 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 5.02.2002, Rs [C-255/99](#)), 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 Berufungswerber nicht im gemeinsamen Haushalt mit der Kindesmutter und den Kindern lebt, ist unbestritten. Der Berufungswerber hat seinen ständigen Wohnsitz im Inland, während seine Ehegattin und die Kinder den ständigen Wohnsitz in Ungarn haben.

Aus dem Zusammenhang der obigen Bestimmungen ergibt sich, nachdem eine gemeinsame Haushaltsführung im gegenständlichen Fall nicht besteht, dass dem Berufungswerber unter der Voraussetzung, dass er im streitgegenständlichen Zeitraum den Unterhalt für die 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 Haushaltssangehörige 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 Berufungswerber vorliegt, ist zwischen den Parteien unbestritten.

Der Berufungswerber hat daher im Streitzeitraum 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 anspruchsberechtigte Empfängerin von Arbeitslosengeld durchgehend der gesetzlichen Pensionsversicherung unterliegt und somit unter den Arbeitnehmerbegriff der VO fällt. Der Begriff des Arbeitnehmers ist in Art.1 der VO definiert (siehe oben). Diese Definition ist von allgemeiner Tragweite und erstreckt sich in Anbetracht dieser Erwägung auf jede Person, die, ob sie eine Erwerbstätigkeit ausübt oder nicht, die Versicherteneigenschaft nach den für 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.

Das ungarische Sozialversicherungssystem umfasst fünf Hauptbereiche. Renten und Gesundheitssystem (einschließlich des gesetzlichen Arbeitsunfallsystems) werden als Sozialversicherungssystem bezeichnet. Die anderen drei Bereiche umfassen die Arbeitslosenversicherung, ein allgemeines System zur Unterstützung von Familien und das Sozialhilfesystem.

Beim Arbeitslosenversicherungssystem handelt es sich um ein typisches Sozialversicherungssystem im Umlageverfahren, das jedoch unabhängig vom staatlichen Sozialversicherungssystem verwaltet wird.

Das Arbeitslosenversicherungssystem untersteht dem Ministerium für Beschäftigungspolitik und Arbeit. Die institutionelle Struktur des ungarischen Arbeitslosenversicherungssystems unterscheidet zwei Verwaltungsstrukturen: selbstverwaltete Behörden einerseits und Verwaltungsbehörden andererseits. Der staatliche Beschäftigungsdienst (Állami Foglalkoztatási Szolgálat) verwaltet das Arbeitsvermittlungssystem. Es besteht aus dem Arbeitsamt (Foglalkoztatási Hivatal), den Arbeitsvermittlungen in den Regionen und der Hauptstadt und den Trainings- und Schulungszentren für Arbeitnehmer.

Die Leistungen für Familien unterliegen der Verantwortung des Ministeriums für Gesundheit, Soziales und Familie. Es handelt sich um ein universelles System. Alle Staatsbürger mit Kindern bis zu einem bestimmten Alter können verschiedene Familienleistungen beantragen. Die Familienleistungen werden von den regionalen Direktionen des ungarischen Schatzamtes verwaltet. (Quelle: [ec.europa.eu/employment](http://ec.europa.eu/employment))

Im strittigen Zeitraum hatte die Ehegattin einen Anspruch auf ungarisches Arbeitslosengeld, was auch im Schreiben des Berufungswerbers vom 1. Dezember 2010 bestätigt worden ist.

Entscheidend ist somit nach der VO der Anspruch.

Nach der Entscheidung des EuGH vom 15. 12. 1976, Rs [39/76](#), Slg 1976, 1901, ist eine Person dann als Arbeitnehmer im Sinn der Verordnung Nr 1408/71 anzusehen, wenn sie die materiellen Voraussetzungen erfüllt, die von dem für sie geltenden System der sozialen Sicherheit objektiv festgesetzt worden sind, auch wenn die für den Anschluss an dieses System erforderlichen Schritte nicht unternommen worden sind. Nach Auffassung des EuGH ist demnach nicht darauf abzustellen, ob das Sozialversicherungssystem die betreffende Person konkret als Mitglied erfasst hat und tatsächlich eine Pflichtversicherung besteht. Entscheidend ist vielmehr, ob die Person die materiellen Voraussetzungen einer Pflichtversicherung erfüllt.

Auch die österreichischen Höchstgerichte stellen demzufolge auf den Anspruch ab (siehe VwGH 9.6.1978, ZI 1019/77; 23.5.2007, ZI 2006/13/0074; OGH 12. 7. 2005, [4 Ob 124/05x](#)).

Es wird daher festgestellt, dass die Ehegattin im gesamten Streitzeitraum nach den innerstaatlichen Rechtsvorschriften des Wohnstaats Anspruch auf ungarisches Arbeitslosengeld hat und demnach als Arbeitnehmerin iSd [VO 1408/71](#) gilt.

Darüber hinaus hat sie Anspruch auf ungarisches Kindergeld, welches zusteht, solange sich das Kind in Ausbildung befindet, zumindest aber bis zum 16. Lebensjahr. Eltern erhalten in Ungarn Kindergeld, wenn die Kinder im eigenen Haushalt leben. Beim Kindergeld handelt es sich ebenfalls um eine universelle Leistung. Es wird monatlich ausbezahlt und vom Kindergeld sind keine Sozialabgaben zu leisten.

Für die Ehegattin, 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 Berufungswerber als im Inland nichtselbständig Erwerbstätigen die Bestimmungen aus inländischer Sicht gelten, da er den Rechtsvorschriften Österreichs unterliegt.

Für die Kindesmutter treffen alle Voraussetzungen für den Bezug von Kindergeld zu. Dies ist auch daraus ersichtlich, dass diese Leistungen bis 30.6.2009 von der ungarischen Behörde erbracht wurden. Danach wurden sie ohne Begründung eingestellt. Die offenbar gegebene Rechtsauffassung der ungarischen Behörde, dass Ungarn keine Familienbeihilfe auszahlen müsse, weil der Kindesvater im Ausland beschäftigt bzw versichert sei, wird vom UFS nicht geteilt.

Die Rechtsauffassung der ungarischen Behörde negiert, dass der Bezug von ungarischem Arbeitslosengeld mit einer Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung verbunden ist, was zweifellos für die Subsumierung unter den Arbeitnehmerbegriff des [Art 1 der VO 1408/71](#) ausreichend ist, denn der Begriff des Arbeitnehmers im Sinn der VO setzt nach einhelliger Lehre und Judikatur nicht eine umfassende Vollversicherung und auch kein aufrechtes Arbeitsverhältnis voraus, sondern schon die Pflichtversicherung gegen auch nur ein Risiko, (wie im vorliegenden Fall), reicht zur Begründung der Arbeitnehmereigenschaft im gemeinschaftsrechtlichen Sinn aus.

Im Übrigen kann dem Berufungswerber bzw seiner Ehegattin 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 Arbeitslosengeld).

In diesem Fall ist nach dem Erk des EuGH, ZI C-543/03, 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 Ehegattin des Berufungswerbers Erwerbstätige iSd VO EWG 1408/71, solange sie Anspruch auf Arbeitslosengeld hat.

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

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

Die Berufung war daher wie im Spruch angeführt zu entscheiden.

Graz, am 11. April 2011