



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., W., gegen den Bescheid des Finanzamtes Gänserndorf Mistelbach vom 14.12.2010 betreffend Familienbeihilfe (Differenzzahlung) für die Monate

März 2009 bis Dezember 2009

entschieden:

Der Berufung wird teilweise stattgegeben.

Die Differenzzahlung wird für die Monate April, Mai, Juni, Juli, August, November und Dezember 2009 gewährt.

Im Übrigen, das heißt für die Monate März, September und Oktober 2009 wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (Bw), eine rumänische Staatsbürgerin, ist seit 11. März 2009 in der Personenpflege im Inland tätig.

Die Bw brachte am 23.8.2010 einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für ihre drei in Rumänien lebenden Kinder ein.

Das Finanzamt wies den Antrag mit Bescheid vom 14.12.2010 ab März 2009 mit der Begründung ab, dass die Bw trotz Aufforderung die abverlangten Unterlagen nicht eingebracht habe. Es müsse angenommen werden, dass im oben genannten Zeitraum kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestanden habe bzw. bestehe.

Die Bw erhob gegen den Bescheid des Finanzamtes mit Schreiben vom 20.12.2010 fristgerecht Berufung und legte in weiterer Folge mit Schreiben vom 22.02.2011 folgende Unterlagen vor:

- 2 Werkverträge betreffend Personenbetreuung
- Bestätigung der BH Krems über die Gewerbeanmeldung des freien Gewerbes „Personenbetreuung“ ab 11.03.2009
- Bestätigung der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, Landesstelle Niederösterreich über die auf Grund der selbständigen Erwerbstätigkeit bestehende Pflichtversicherung in der GSVG-Krankenversicherung, GSVG-Pensionsversicherung und ASVG-Unfallversicherung mit Entstehung 11.3.2009.
- Honorarnoten für die Personenbetreuung vom
11.03.2009 – 31.03.2009
01.04.2009 – 30.4.2009
01.05.2009 – 30.05.2009
01.07.2009 – 01.08.2009
02.08.2009 – 01.09.2009
- Eine Erklärung der Bw über die Ausübung des Gewerbes der Personenbetreuung/Erklärung über die Aufenthaltsdauer, wonach sie das Gewerbe der Personenbetreuung angemeldet habe und sich zur Erbringung dieser Leistungen regelmäßig für einen durchgehenden Zeitraum von jeweils 3 Monaten in Österreich aufhalte. Während ihrer arbeitsfreien Zeit halte sie sich nicht in Österreich auf.

Das Finanzamt erließ am 26.5.2011 eine stattgebende Berufungsvorentscheidung und führte in der Begründung aus wie folgt:

"Auf Grund der Aktenlage steht fest, dass Sie in Österreich selbständig erwerbstätig sind und als Pflegerin gewerbliche Einkünfte erzielen.

Entsprechend vorgelegter Personenbetreuungsverträge und Entgeltsbestätigungen wurde die Tätigkeit im Kalenderjahr 2009 wie folgt ausgeübt:

*11.03.2009 – 30.5.2009 und
01.07.2009 – 31.08.2009.*

Der Ehegatte hat während der Zeit vom 01.01.2009 bis 31.12.2009 eine berufliche Tätigkeit ausgeübt (E 411 Punkt 2., 6.).

Für Ihre in Rumänien lebenden drei Kinder wurden Familienleistungen (E 411 Punkt 6.) bezogen.

Gemäß Artikel 73 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige und deren Familienangehörige, die

innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern iVm der Durchführungsverordnung (EWG) Nr. 574/72 hat ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegt, 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.

§ 4 Abs. 1 FLAG normiert, dass Personen, die Anspruch auf eine gleichartige Beihilfe haben, keinen Anspruch auf österreichische Beihilfe haben. Nach § 4 Abs. 2 iVm § 53 FLAG haben österreichische Staatsbürger sowie Staatsbürger von Vertragsparteien des EWR Anspruch auf eine Ausgleichszahlung, wenn die Höhe der gleichartigen ausländischen Beihilfe, auf die sie oder eine andere Person Anspruch haben, geringer ist, als die Familienbeihilfe, die ihnen ansonsten zu gewähren wäre.

Es sind nicht nur die innerstaatlichen Bestimmungen des FLAG 1967, sondern auch für "Arbeitnehmer" oder Selbständige die oben bereits genannte Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zu beachten. Gemäß Art 75 dieser Verordnung werden Familienleistungen vom zuständigen Träger des Staates gewährt, dessen Rechtsvorschriften für den Arbeitnehmer oder Selbständigen gelten.

Nach Art 76 Abs 1 der Verordnung (EWG) 1408/71 ruht ein Anspruch auf die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates gemäß Art 73 der genannten Verordnung geschuldeten Familienleistungen bis zu dem in den Rechtsvorschriften des anderen Mitgliedstaates vorgesehenen Betrages, wenn für ein und denselben Zeitraum für ein und denselben Familienangehörigen in den Rechtsvorschriften des anderen Mitgliedstaates, in dessen Gebiet die Familienangehörigen wohnen, Familienleistungen auf Grund der Ausübung einer beruflichen Tätigkeit vorgesehen sind.

Weiter zu beachten ist der Artikel 10a lit. d + Anhang 8 DVO (Durchführungsverordnung (EWG) Nr. 574/72 des Rates vom 21.3.1972 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71), wonach jene Staaten, mit denen ein Bezugszeitraum festgelegt worden ist, die Kosten der Familienleistungen auf Grund der ersten Beschäftigung/selbständigen Tätigkeit für den gesamten Bezugszeitraum übernehmen. Mit Rumänien wurde ein Bezugszeitraum von einem Monat festgelegt.

Demnach besteht Anspruch auf Familienbeihilfe für die Zeiträume 0405/2009 und 0709/2009..."

Aus der Beilage zur BVE, in der der Anspruch der Bw berechnet wird, ergibt sich, dass die Differenzzahlung an Familienbeihilfe für die Monate April, Mai, Juli und August 2009 gewährt wurde.

Die Bw führte im Schreiben vom 27.6.2011, den das Finanzamt (FA) als Vorlageantrag wertete, aus, sie habe im Jahr 2009 auch für die Monate März, Juni, September, Oktober, November und Dezember die Sozialversicherungsbeiträge in Österreich bezahlt, aber keine Familienbeihilfe bekommen.

Das FA legte mit Verf 46 vom 8.11.2011 die Berufung dem Unabhängigen Finanzsenat (UFS) zur Entscheidung vor.

Über die Berufung wurde erwogen:

Folgender Sachverhalt steht fest:

Die Bw, ihr Ehegatte und die drei minderjährigen Kinder sind rumänische Staatsbürger und haben ihren ständigen Aufenthalt am Familienwohnsitz in Rumänien. Dort befindet sich der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Bw.

Die Bw meldete das Gewerbe „Personenbetreuung“ am 11. März 2009 im Inland an.

Im Zuge der Anmeldung gab die Bw die Erklärung ab, dass sie sich regelmäßig für einen durchgehenden Zeitraum von jeweils drei Monaten in Österreich aufhalten werde.

Die Pflichtversicherung der Bw bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft als gewerblich selbständig Erwerbstätige begann mit 11.3.2009 und dauerte bis 31.8.2009.

Die Pflichtversicherung begann erneut am 1.11.2009 und dauerte bis 31.1.2010. Die Pflichtversicherung bestand in der GSVG-Krankenversicherung, GSVG-Pensionsversicherung und ASVG-Unfallversicherung.

Die Tätigkeit im Inland (24 Stunden Pflege im Rahmen des freien Gewerbes Personenbetreuung) wurde von der Bw im Jahr 2009 wie folgt ausgeübt:

- 11.3.2009 bis 30.5.2009 und
- 1.7.2009 bis 1.9.2009.

Der Ehegatte der Bw hat während der Zeit vom 1.1.2009 bis 31.12.2009 eine berufliche Tätigkeit ausgeübt.

Für die drei in Rumänien lebenden Kinder der Bw wurden dort im Streitzeitraum der österreichischen Familienbeihilfe vergleichbare Familienleistungen bezogen.

Die Bw hat bei den zu betreuenden Personen jeweils einen Nebenwohnsitz angemeldet.

Der Sachverhalt gründet auf folgender Beweiswürdigung:

Die Familienverhältnisse der Bw sind unbestritten. Dass der Mittelpunkt der Lebensinteressen in Rumänien liegt, ergibt sich aus dem ständigen Aufenthalt und dem Arbeits- bzw Wohn- und Ausbildungsort des Ehegatten und der Kinder der Bw in Rumänien und dem dortigen Hauptwohnsitz der Bw.

Die Anmeldung des Gewerbes Personenbetreuung ist durch das vorgelegte Schreiben der BH Krems erwiesen.

Die Erklärung der Bw über den Aufenthalt in Österreich wurde von ihr vorgelegt.

Die Pflichtversicherung beginnt von Gesetzes wegen mit dem Tag der Gewerbeanmeldung und der Beginn der Pflichtversicherung ist auch durch das Schreiben der SVA, Landesstelle Niederösterreich, vom 26.3.2009 erwiesen.

Die übrigen Versicherungszeiten beruhen auf dem im Familienbeihilfenakt des FA enthaltenen Versicherungsdatenauszug, Stand 19.7.2011.

Die tatsächliche Ausübung der Tätigkeit der Bw beruht auf den von ihr vorgelegten Werkverträgen und Honorarnoten. Die tatsächliche Tätigkeit der Betreuung von Fr I. D. dauerte laut vorgelegten Honorarnoten von 01.07.2009 bis 01.09.2009 (das Honorar entspricht genau dem allen Verträgen und Honorarnoten zu Grunde gelegten Tagessatz von € 32,--), während die Pflichtversicherung laut Versicherungsdatenauszug am 31.8.2009 endete.

Die Ausübung einer beruflichen Tätigkeit durch den Ehegatten der Bw in Rumänien beruht auf den Ermittlungen des FA mittels Formular E 411 und blieb unbestritten, ebenso wie der Bezug von Familienleistungen in Rumänien im Streitzeitraum.

Rechtlich ist auszuführen wie folgt:

Eingangs ist festzuhalten, dass der Streitzeitraum März 2009 bis Dezember 2009 umfasst. Auf diesen Zeitraum bezieht sich der Teil des Schreibens der Bw vom 27.6.2011, der vom FA zu Recht als Vorlageantrag hinsichtlich der BVE vom 26.5.2011 gewertet wurde. Dieser Zeitraum wurde vom FA dem UFS erkennbar zur Entscheidung vorgelegt.

Aus dem Vorlageantrag und aus den Beilagen zur BVE ergibt sich eindeutig, dass die Differenzzahlung an Familienbeihilfe für die Monate April, Mai, Juli und August 2009 ausbezahlt wurde. Vom FA nicht gewährt wurde daher die Familienbeihilfe für die Monate März, Juni, September, Oktober, November und Dezember 2009.

Der zweite Teil des Schreibens der Bw vom 27.6.2011 wurde vom FA als Berufung betreffend den Zeitraum ab Jänner 2010 gewertet. Über diesen Zeitraum hat das FA im eigenen Wirkungsbereich mit Bescheid vom 14.11.2011 entschieden. Dieser Zeitraum ist daher nicht streitgegenständlich.

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.

Gemäß § 2 Abs 8 FLAG haben Personen nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben. Eine Person hat den

Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.

§ 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.

Nach § 4 Abs 6 FLAG 1967 gilt die Ausgleichszahlung, mit Ausnahme der Bestimmungen über die Höhe der Familienbeihilfe, als Familienbeihilfe iS dieses Bundesgesetzes.

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 § 5 Abs 3 FLAG 1967 in Bezug auf EWR-Staatsbürger grundsätzlich nicht gilt; diese sind in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt. Dabei ist der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des EWR nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten.

Die minderjährigen Kinder der Bw sind bei der Bw am Familienwohnsitz in Rumänien haushaltszugehörig. Sie haben ihren ständigen Aufenthalt in Rumänien, weshalb grundsätzlich der Anspruch auf Familienbeihilfe gemäß § 5 Abs 3 FLAG 1967 ausgeschlossen wäre. Da die Bw aber rumänische Staatsbürgerin und somit EWR-Bürgerin ist, ist sie gemäß § 53 Abs 1 FLAG 1967 österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt.

Im Berufungsfall sind nicht nur die innerstaatlichen Bestimmungen des FLAG 1967 zu beachten. Vielmehr ist die *Verordnung (EWG) Nr 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige und deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern* des Rates vom 14. Juni 1971 idgF (idF „VO“) zu beachten. Diese 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 ist "Arbeitnehmer" 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.

Der Arbeitnehmerbegriff der VO hat einen gemeinschaftsspezifischen Inhalt und wird vom EuGH sozialversicherungsrechtlich und nicht arbeitsrechtlich definiert. Demnach ist jede Person als Arbeitnehmer bzw. Selbständiger anzusehen, die, unabhängig davon, ob sie eine Erwerbstätigkeit ausübt oder nicht, die Versicherteneigenschaft nach den für die soziale Sicherheit geltenden Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten besitzt. Entscheidend ist, ob jemand in einem für Arbeitnehmer oder Selbständige geschaffenen System der sozialen Sicherheit pflicht- oder freiwillig versichert ist (EuGH Rs C-543/03, Dodl und Oberhollenzer, Slg 2005, I-05049).

Artikel 2 der VO regelt den persönlichen Geltungsbereich. 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 haben Personen, die im Gebiet eines Mitgliedsstaats wohnen und für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten auf Grund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates, wie die Staatsangehörigen dieses Staates, soweit besondere Bestimmungen dieser Verordnung nicht anderes vorsehen.

Gemäß Artikel 4 der VO gilt diese Verordnung für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, uA die, die Familienleistungen betreffen.

Die Bw ist als Personenbetreuerin bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft pflichtversichert. Sie ist Staatsangehörige Rumäniens, somit eines Mitgliedsstaates. Die Familienbeihilfe fällt unter den Begriff der "*Familienleistungen*" iSd VO. Demnach ist die VO sowohl in persönlicher als auch in sachlicher Hinsicht im vorliegenden Fall anwendbar.

Artikel 13 der VO 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 ...;

b) eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaates eine selbständige Tätigkeit ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Staates und zwar auch dann, wenn Sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates wohnt,...;

Diese Bestimmung erklärt somit den Beschäftigungsort zum grundsätzlichen Anknüpfungspunkt.

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.

Wie bereits ausgeführt, hat der Arbeitnehmerbegriff der VO 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, ob jemand in einem für Arbeitnehmer oder Selbständige geschaffenen System der sozialen Sicherheit pflicht- oder freiwillig versichert ist (*EuGH Rs C-543/03, Dodl und Oberhollenzer, Slg 2005, I-05049*).

Dies trifft auf die Bw in Bezug auf die Monate März bis August und November bis Dezember 2009 zu. Auf Grund der in diesen Monaten bestehenden Pflichtversicherung bei der Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft gilt die Bw in diesen Zeiträumen als Selbständige iSd VO und hat daher insoweit grundsätzlich Anspruch auf Familienleistungen nach Artikel 73 der VO. Auf die tatsächliche Ausübung der Tätigkeit kommt es dabei nicht an, sodass ein grundsätzlicher Anspruch in den Monaten März, April, Mai, Juni, Juli, August und November, Dezember des Jahres 2009 besteht.

In den Monaten September und Oktober besteht mangels Versicherteneigenschaft im Inland schon grundsätzlich kein Anspruch. Die Bw ist in diesen Monaten nicht vom persönlichen Anwendungsbereich der VO erfasst. Die tatsächliche Ausübung der Tätigkeit am 01.09.2009 vermag daran nichts zu ändern, da die VO sozialversicherungsrechtlich und nicht arbeitsrechtlich definiert wird.

Gemäß § 10 FLAG 1967 wird die Familienbeihilfe für jedes Monat gewährt, in dem die Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt werden.

Die Prüfung der einzelnen Monate des Streitzeitraums durch den UFS ergibt für

März:

Der grundsätzliche Anspruch der Bw konkurriert mit jenen des Ehegatten in Rumänien, der auf Grund seines Beschäftigungsverhältnisses und Wohnsitzes in Rumänien dort einen Anspruch auf Familienbeihilfe für die Kinder hat. In diesem Fall sieht Artikel 10a der *Durchführungsverordnung (EWG) Nr 574/72 des Rates vom 21.3.1972 über die Durchführung*

der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- oder abwandern" (idF DVO) folgendes vor:

Familienleistungen sind in einem Monat, in dem zwei Staaten nacheinander zuständig sind, nach Tagen oder im zeitlichen Verhältnis aufzuteilen (Art 10a lit a DVO).

Nach Art 10a lit d iVm Anhang 8 DVO übernehmen aber die Staaten, mit denen ein Bezugszeitraum festgelegt worden ist, die Kosten der Familienleistungen auf Grund der ersten Beschäftigung/selbständigen Tätigkeit für den gesamten Bezugszeitraum. Mit Rumänien ist solch ein Bezugszeitraum in Ausmaß von einem Kalendermonat vorgesehen.

Nach Ansicht des BMWFJ ist in einem Beispielsfall vorzugehen wie folgt:

Ein EU-Staatsangehöriger ist bis Ende Februar in Österreich erwerbstätig. Im März hat er keinerlei Bezüge, ab 5. April kommt es zur Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit. Die Ehegattin ist im Heimatland erwerbstätig.

Die Erstbeschäftigung wird im April (von der Ehegattin) im Ausland ausgeübt (es ist nämlich unerheblich, ob eine Erstbeschäftigung des Antragstellers oder des Partners vorliegt), weshalb die ausschließliche Zuständigkeit zur Zahlung der Familienleistungen des Heimatstaates und kein Anspruch auf Differenzzahlung für April in Österreich besteht.

In diesem Zusammenhang hat der EuGH entschieden, dass Familienleistungen schon von ihrer Natur her nicht als Ansprüche betrachtet werden können, die einem Einzelnen unabhängig von seiner familiären Situation zustehen. Dies bedeutet, dass es nicht darauf ankommt, ob es sich bei dem Leistungsberechtigten um einen Familienangehörigen des Arbeitnehmers oder den Arbeitnehmer selbst handelt (*EuGH Rs C-255/99, Humer, Slg 2002, I-1205 Rz 50*). Die Individualbetrachtung nur des Elternteils, der die Familienleistungen beanspruchen möchte, wird bei verheirateten oder in Lebensgemeinschaft lebenden Eltern abgelehnt. (*EuGH Rs C-543/03, Dodl und Oberhollenzer, Slg 2005, I-05049*).

Der UFS teilt die dargestellte Rechtsansicht.

Der Gatte der Bw war schon seit 1. Jänner 2009 in der Slowakei beschäftigt. Es ist allerdings nicht entscheidend, ob der Gatte seine Tätigkeit schon das ganze Jahr ausübt, sondern in welchem Mitgliedstaat in dem Monat, in dem eine Tätigkeit zum ersten Mal im Inland ausgeübt wird, eine Beschäftigung zuerst aufgenommen wird.

Der Gatte der Bw hat (da er seit 1. Jänner 2009 durchgehend beschäftigt war) seine Beschäftigung im Streitmonat März 2009 naturgemäß von Beginn des Monats (1.3.) an ausgeführt. Die Bw nahm ihre Tätigkeit in Österreich erst am 11. März 2009 auf. Die Erstbeschäftigung wird somit im Streitmonat März vom Gatten im Ausland ausgeübt. Zwei

Mitgliedstaaten sind nacheinander für Familienleistungen zuständig. Demgemäß hat nach Art 10a lit d iVm Anhang 8 DVO Rumänien die Kosten für den Bezugszeitraum von einem Monat, in diesem Fall für März 2009, zur Gänze zu tragen.

Das FA hat somit zu Recht den Anspruch auf Differenzzahlung in Österreich für März abgelehnt.

April, Mai:

Der UFS teilt die Rechtsansicht des FA, welches mit BVE für diese Monate die Differenzzahlung gewährt hat.

Juni:

Auf Grund der im Juni bestehenden Pflichtversicherung bei der SVA gilt die Bw als Selbständige iSd VO und hat grundsätzlich Anspruch auf Familienleistungen.

Diese Ansprüche konkurrieren allerdings mit jenen des Ehegatten der Bw, der in Rumänien beschäftigt ist. Für die Kinder der Bw wurden auch in Rumänien der österreichischen Familienbeihilfe vergleichbare Familienleistungen, nämlich staatliches Kindergeld bezogen. Dieses ist grundsätzlich nicht von einer Erwerbstätigkeit abhängig, sondern knüpft vorrangig an einen Wohnsitz bzw Aufenthalt in Rumänien an.

Es besteht daher das Risiko einer Kumulierung des Anspruchs aus Art 73 der VO auf österreichische Familienbeihilfe und des Anspruchs auf Familienleistungen nach den innerstaatlichen Rechtsvorschriften des Wohnstaats, der nicht von einer Voraussetzung in Bezug auf die Erwerbstätigkeit abhängt (staatliches rumänisches Kindergeld).

In diesem Fall ist nach dem Erk des *EuGH, ZI C-543/03, Christine Dodl, Petra Oberhollenzer*, Art 10 der DVO anzuwenden.

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 DVO grundsätzlich der Beschäftigungsmitgliedstaat.

Übt jedoch eine Person, die das Kind betreut, eine Erwerbstätigkeit iSd VO im Wohnmitgliedstaat aus, so sind die Familienleistungen nach Artikel 10 Absatz 1 Buchstabe b Ziffer i der DVO 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.

Wie oben festgestellt, hat der Ehegatte des Bw im gesamten Streitzeitraum eine berufliche Tätigkeit ausgeübt und ist somit Erwerbstätiger iSd VO. Im vorliegenden Fall ist daher gemäß Art 10 Abs 1 Buchstabe b Z i der DVO der Wohnmitgliedstaat Rumänien im Monat Juni 2009 für die Gewährung von Familienleistungen wie der Kinderbeihilfe (Kindergeld) vorrangig zuständig.

In diesem Fall ruht im nachrangig zuständigen Beschäftigungsmitgliedstaat Österreich die Gewährung der Familienleistungen für das Monat Juni bis zur Höhe der im Wohnmitgliedstaat Rumänien vorgesehenen Familienleistungen.

In Österreich besteht daher für das Monat Juni Anspruch auf eine Differenzzahlung.

Juli, August:

Der UFS teilt die Rechtsansicht des FA, welches mit BVE für diese Monate die Differenzzahlung gewährt hat.

September, Oktober:

In den Monaten September und Oktober besteht mangels Versicherteneigenschaft im Inland kein Anspruch nach der VO. Die Bw ist in diesen Monaten nicht vom persönlichen Anwendungsbereich der VO erfasst. Die tatsächliche Ausübung der Tätigkeit am 01.09.2009 vermag daran nichts zu ändern, da die VO sozialversicherungsrechtlich und nicht arbeitsrechtlich definiert wird.

Innerstaatlich besteht nach § 2 Abs 8 FLAG 1967 mangels Mittelpunkt der Lebensinteressen im Inland schon grundsätzlich kein Anspruch der Bw. Ein Anspruch auf Ausgleichszahlung nach § 4 FLAG könnte bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen nur dann in Betracht kommen, wenn ein Anspruch auf Familienbeihilfe grundsätzlich in 2 Staaten besteht.

Das FA hat daher zu Recht den Familienbeihilfenanspruch der Bw in diesen Monaten abgelehnt. Der bekämpfte Bescheid bleibt insoweit unverändert.

November, Dezember:

Es gilt das zum Monat Juni oben Ausgeführte. Auf Grund der ab 1.11.2009 (wieder) bestehenden Pflichtversicherung bei der SVA gilt die Bw als Selbständige iSd VO. Die Ansprüche der Bw in Österreich konkurrieren mit jenen des in Rumänien berufstätigen Ehegatten. Es besteht aG der Antikumulierungsregeln des Art 10 DVO der Anspruch auf eine Differenzzahlung.

Anzumerken ist, dass im Monat November grundsätzlich sowohl Österreich als auch Rumänien von 1. – 30. und somit gleichzeitig zuständig sind, sodass Art 10a lit a DVO nicht zur Anwendung gelangt, weil Voraussetzung für dessen Anwendbarkeit die nacheinander gegebene Zuständigkeit von zwei Staaten für Familienleistungen in einem Monat ist.

Zusätzlich zur für die Monate April, Mai, Juli und August 2009 bereits vom FA in der BVE zu Recht gewährten Differenzzahlung zur Familienbeihilfe ist eine solche auch für die Monate Juni, November und Dezember zu gewähren.

Im Übrigen, das heißt für die Monate März, September und Oktober war die Berufung als unbegründet abzuweisen.

Wien, am 21. März 2012