



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Berufungswerberin, Wohnort, Straße, vom 10. März 2010 gegen den Bescheid des Finanzamtes FA vom 10. Februar 2010 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab 1. August 2009 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Mit Eingabe vom 21. Jänner 2010 begehrte die Antragstellerin die Zuerkennung der Familienbeihilfe für ihren im [MM/JJJJ] geborenen Sohn. Dazu gab sie an, dass sie mit ihrem Ehegatten und dem gemeinsamen Sohn in Deutschland lebe und die gesamte Familie deutsche Staatsbürger sind. Ihr Ehegatte übe in Deutschland den Beruf eines selbständigen [Tätigkeit] aus, sie selbst stünde in einem Dienstverhältnis als Angestellte einer [Arbeitgeber] in Österreich. Seitens der in Deutschland zuständigen Familienkasse wäre der Antrag ihres Ehegatten auf deutsches Kindergeld wegen ihrer nichtselbständigen Tätigkeit in Österreich abgelehnt worden.

Nach Durchführung weiterer Ermittlungen hinsichtlich des Sachverhaltes wurde der Antrag vom Finanzamt abgewiesen und von diesem die Ansicht vertreten, dass der Ehegatte als „Arbeitnehmer“ iSd VO(EWG) 1408/71 anzusehen sei und damit entsprechend den EU-

rechtlichen Bestimmungen Deutschland vorrangig zur Auszahlung des Kindergeldes verpflichtet sei.

In der Folge wurde dem Ehegatten das Kindergeld in Deutschland vorläufig gewährt. Die Antragstellerin erhob jedoch Berufung gegen den abweisenden Bescheid.

Das Finanzamt legte die Berufung und den Verwaltungsakt dem Unabhängigen Finanzsenat ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung vor.

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

Der Ehegatte der Berufungswerberin ist in Deutschland selbständig als [Beruf] tätig und bietet auch andere Dienstleistungen an (siehe die Gewerbeanmeldung vom [Datum1] und die Gewerbeummeldung vom [Datum2]). Durch die in einem Dienstverhältnis ausgeübte Berufstätigkeit der Berufungswerberin in Österreich ist jedoch zu prüfen, ob ausschließlich innerstaatliches Recht anzuwenden ist, oder ob – für den hier zu entscheidenden Fall (noch) – die europarechtlichen Bestimmungen der VO(EWG) 1408/71 (im Weiteren „VO“ genannt) und der VO(EWG) 574/72 (im Weiteren „DVO“ genannt) diesem vorgehen.

Gegenständlich steht fest, dass weder die Berufungswerberin, noch ihr Ehegatte oder ihr Kind in Österreich über einen Wohnsitz oder den gewöhnlichen Aufenthalt verfügen, sondern diese in Deutschland wohnen, weshalb nach den, nicht auf die Ausübung einer Beschäftigung abstellenden, rein innerstaatlichen Vorschriften ein Familienbeihilfenanspruch in Österreich nicht gegeben wäre ([§ 2 Abs 1 FLAG 1967](#)).

Die deutschen Kindergeldregelungen (§§ 62ff dEStG) knüpfen den Anspruch auf Kindergeld – ebenso wie die österreichischen Regelungen – an einen Wohnsitz oder den gewöhnlichen Aufenthalt und besteht der Anspruch ebenfalls unabhängig von der Ausübung einer Erwerbstätigkeit. Für den Kindesvater und Ehegatten der Berufungswerberin bestand „grundsätzlich Anspruch auf deutsches Kindergeld“ (siehe den Bescheid der zuständigen Familienkasse vom [Datum3]).

Die VO enthält Regelungen zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern. Art 1 der VO enthält in dessen Buchst a) die Definition des Begriffes „Arbeitnehmer“ oder „Selbständiger“. Zu diesen Begriffsdefinitionen besteht jedoch in Bezug auf Deutschland in Teil I des Anhangs I der VO eine Sonderbestimmung, welche hinsichtlich der Definition des Art 1 Buchst a) Ziff ii) diese verdrängt. Nach Art 1 Buchst a) Ziff iv) gilt aber als „Selbständiger“ jede Person, die gegen ein Risiko oder gegen mehrere

Risiken, die von den unter die VO fallenden Zweigen erfasst werden, im Rahmen eines für Arbeitnehmer, für Selbständige, für alle Einwohner eines Mitgliedstaates oder für bestimmte Gruppen von Einwohnern geschaffenen Systems der sozialen Sicherheit eines Mitgliedstaates freiwillig versichert ist, wenn sie im Lohn- oder Gehaltsverhältnis beschäftigt ist oder eine selbständige Tätigkeit ausübt. Ob und inwieweit nun der Ehegatte der Berufungswerberin unter Beachtung der Sonderbestimmung als „Selbständiger“ im Sinne der VO anzusehen ist, kann vorerst jedoch dahingestellt bleiben, weil die Berufungswerberin auf Grund ihres unstrittig bestehenden Dienstverhältnisses und das Kind als „Familienangehöriger“ die Anwendbarkeit der Bestimmungen der VO bedingen (vgl. EuGH 14.10.2010, Rs C 16/09, Schwemmer, Randnr 34 ff).

Nach diesen europarechtlichen Bestimmungen ergibt sich für Familienleistungen aus Art 73 VO, dass ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegt, vorbehaltlich der – gegenständlich nicht relevanten - Bestimmungen in Anhang VI der VO, 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. Nach Art 75 VO werden Familienleistungen in dem in Art 73 genannten Fall vom zuständigen Träger des Staates gewährt, dessen Rechtsvorschriften für den Arbeitnehmer oder den Selbständigen gelten.

Daraus resultiert – nach den europarechtlichen Bestimmungen - ein grundsätzlicher Anspruch der Berufungswerberin auf die österreichische Familienbeihilfe.

Zur Vermeidung einer Anspruchskumulierung enthält die VO die Regelung des Art 76, welche im vorliegenden Fall jedoch nicht anwendbar ist, weil die deutschen Rechtsvorschriften den Anspruch auf Kindergeld nicht an die Ausübung einer Erwerbstätigkeit knüpfen (vgl. EuGH 14.10.2010, Rs C 16/09, Schwemmer, Randnr 45).

Es ist folglich zu prüfen, ob Art 10 DVO für den vorliegenden Fall Anwendung finden kann. Nach Art 10 Abs 1 Buchst a) DVO ruht zwar der Anspruch auf Familienleistungen oder -beihilfen, die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates geschuldet werden, nach denen der Erwerb des Anspruches auf diese Leistungen oder Beihilfen nicht von einer Versicherung, Beschäftigung oder selbständigen Tätigkeit abhängig ist, wenn während desselben Zeitraumes für dasselbe Familienmitglied Leistungen u.a. nach Art 73 VO geschuldet werden, bis zur Höhe dieser geschuldeten Leistung. Dies gilt jedoch nach Art 10 Abs 1 Buchst b) Ziff i) DVO nicht, wenn von der Person die Anspruch auf die Familienleistungen hat, oder von der Person, an die sie zu zahlen sind, in dem unter Buchst a) erstgenannten Mitgliedstaat eine Berufstätigkeit ausgeübt wird. In diesem Fall ruht der

Anspruch von nach Art 73 VO geschuldeten Familienleistungen, und zwar bis zur Höhe der Familienleistungen, die in den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaates vorgesehen sind, in dessen Gebiet das Familienmitglied wohnhaft ist.

Dabei fällt sowohl der Fall der Ausübung einer Erwerbstätigkeit nur durch einen Elternteil als auch der der Ausübung einer Erwerbstätigkeit durch beide Elternteile in den Anwendungsbereich des Art 10 DVO (vgl. EuGH 7.6.2005, Rs 543-/03, Dodl und Oberhollenzer, Randnr 55). Art 10 DVO ist somit die für die Lösung der vorliegenden Zuständigkeitsproblematik anzuwendende Rechtsvorschrift.

Für die Klärung der vorrangigen Zuständigkeit für die Auszahlung der in Rede stehenden Familienleistung kommt daher der Beantwortung der Frage, ob (vom Ehegatten der Berufungswerberin und Kindesvater) im Wohnsitzstaat Deutschland eine Berufstätigkeit ausgeübt wird, entscheidende Bedeutung zu. Nach Ziff 1 Buchst a) des Beschlusses Nr 207 der Verwaltungskommission der Europäischen Gemeinschaften für die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer vom 7.4.2006 ist bei Anwendung des Art 10 DVO der Passus „Wird ... eine Berufstätigkeit ausgeübt“ so zu verstehen, dass tatsächlich eine Erwerbstätigkeit als Arbeitnehmer oder Selbständiger ausgeübt wird. Im vorliegenden Fall kann nicht bestritten werden, dass der Ehegatte der Berufungswerberin in Deutschland einer selbständig ausgeübten Erwerbstätigkeit tatsächlich nachgeht.

Es kann nunmehr nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates im Sinne einer einheitlichen Auslegung der Vorschriften der VO und der DVO und auf Grund der durch den EuGH festgestellten grundsätzlichen Anwendbarkeit der VO und der DVO nicht mehr von entscheidender Bedeutung sein, ob eine Person – weil für sie nach den innerstaatlichen Bestimmungen eines Mitgliedstaates keine Versicherungspflicht besteht und sich diese auch nicht freiwillig versichert – als „Selbständiger“ iSd Art 1 Buchst a) der VO anzusehen ist. Die tatsächliche Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit müsste daher bereits für den entsprechenden Zuständigkeitsübergang ausreichen.

Dessen ungeachtet ist der Ehegatte der Berufungswerberin im vorliegenden Fall aber ohnehin als „Selbständiger“ auch iSd Art 1 der VO anzusehen. Die sich aus Anhang I der VO in Bezug auf Deutschland ergebende Sondernorm bezieht sich ihrem klaren Wortlaut nach lediglich auf Art 1 Buchst a) Ziff ii) der VO, nicht jedoch auf Art 1 Buchst a) Ziff iv) der VO, welcher gegenständlich auf Grund der unstrittigen freiwilligen Versicherung in der Unfall-, Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung einschlägig ist.

Zusammengefasst ist daher festzustellen, dass Deutschland als Wohnsitzland der gesamten Familie auf Grund der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen (insbes Art 10 Abs 1 Buchst b)

Ziff i) DVO) vorrangig für die Auszahlung der in Rede stehenden Familienleistung zuständig ist.

Sollten – was der Unabhängige Finanzsenat im Rahmen dieser Entscheidung nicht zu prüfen hatte – die einschlägigen deutschen Familienleistungen geringer als die österreichischen Familienleistungen sein, würde im vorliegenden Fall in Österreich allenfalls ein Anspruch auf eine (gesondert zu beantragende) Differenzzahlung bestehen.

Es war daher wie im Spruch ausgeführt zu entscheiden.

Innsbruck, am 14. Juli 2011