



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., P., gegen den Bescheid des Finanzamtes Baden Mödling betreffend Familienbeihilfe (Differenzzahlung) für Jänner 2009 entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

### **Entscheidungsgründe**

Der Berufungswerber (Bw), ein deutscher Staatsbürger mit Familienwohnsitz in Polen, brachte im Dezember 2009 einen Antrag auf Gewährung einer Differenzzahlung zur Familienbeihilfe für seine vier in Polen lebenden Kinder für den Zeitraum Jänner bis Dezember 2009 ein.

Der Bw war vom 26. Jänner 2009 bis 20. Oktober 2009 in Österreich beschäftigt.

Das Finanzamt gewährte mit Bescheid vom 29. Jänner 2010 die Differenzzahlungen nach der Verordnung (EWG) Nr 1408/71 für die Monate Februar bis Oktober 2009.

Strittig ist nur mehr die Auszahlung der Differenzzahlung für Jänner 2009.

In seiner dagegen fristgerecht eingebrachten Berufung führte der Bw unter anderem aus, dass er die Beschäftigung bei seinem österreichischen Arbeitgeber am 26. Jänner 2009 aufgenommen habe. Weder er noch seine Frau hätten im Jänner 2009 eine Beschäftigung ausgeübt. Seine Ehegattin sei seit Jahren bei der polnischen Landwirtschaftlichen Kranken-

kasse nur krankenversichert und übe auch keine geringfügige Beschäftigung aus. Beigelegt sei als Beweis eine Bestätigung des polnischen Finanzamtes, dass weder er noch seine Gattin im Jahr 2009 in Polen Einkünfte gehabt haben. Außerdem habe seine Ehefrau von der zuständigen Sozialstelle in Polen einen Bescheid erhalten, mit dem die polnischen Familienleistungen wegen Einkommensgrenze auch für den Monat Jänner 2009 abgelehnt worden seien. Er sei der Meinung, dass, wenn im Familienland (Prioritätsland) keine Familienleistungen zustehen, laut bestimmten Bedingungen das zweite Land (Österreich) für den Monat Jänner 2009 die vergleichbare Leistung für die Kinder bewilligen und schließlich auszahlen sollte. Er ersuche im Sinne des Art. 76 Abs. 1 – 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 und Nr. 574-72 DVO in Verbindung mit dem Familienlastenausgleichsgesetz 1967 und dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz 1955 seinen Anspruch auf Differenzzahlung nochmals zu überprüfen.

Das Finanzamt erließ am 7. Juni 2010 eine Berufungsvorentscheidung und wies die Berufung vom 21. Mai 2010 gegen den Abweisungsbescheid betreffend Differenzzahlung vom 22. April 2009 für den Monat Jänner 2009 mit folgender Begründung ab:

*„Gemäß § 2 Abs 1 lit a Familienlastenausgleichsgesetz 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 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 normiert, dass Personen, die Anspruch auf eine gleichartige Beihilfe haben, keinen Anspruch auf österreichische Familienbeihilfe haben.*

*In § 4 Abs 2 Familienlastenausgleichsgesetz 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 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 normiert, dass die Ausgleichszahlung, mit Ausnahme der Bestimmungen über die Höhe der Familienbeihilfe, als Familienbeihilfe im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt.*

*Gemäß § 5 Abs 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten. In diesem Zusammenhang bestimmt jedoch § 53 Abs 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967, dass § 5 Abs 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 in Bezug auf EWR-Staatsbürger grundsätzlich nicht gilt, diese sind in*

*diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt. Hiebei 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.*

*Ihre Kinder halten sich nachweislich ständig in Polen auf, weshalb grundsätzlich der Anspruch auf Familienbeihilfe gemäß § 5 Abs 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 ausgeschlossen wäre.*

*Da Sie aber polnische Staatsbürger und somit EWR-Bürger sind, ist § 53 Abs 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 auf Sie anzuwenden, demnach sind Sie österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt und § 5 Abs 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 kommt nicht zur Anwendung.*

*Es sind daher 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 (iF VO EWG 1408/71) zu beachten.*

*Diese hat allgemeine Geltung, ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedsstaat. Die VO geht dem nationalen Recht in ihrer Anwendung vor.*

*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.*

*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.*

*Artikel 2 der VO EWG 1408/71 regelt den persönlichen Geltungsbereich. Demnach gilt diese VO nach Abs 1 für Arbeitnehmer und Selbständige, 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.*

*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.*

*Sie sind in Österreich beschäftigt, demnach kommen gem Artikel 13 der VO EWG 1408/71 die österreichischen Rechtsvorschriften, somit in diesem Fall das Familienlastenausgleichsgesetz 1967 zur Anwendung.*

*Nach Artikel 73 der VO EWG 1408/71 werden die Familienangehörigen so behandelt als würden sie in Österreich wohnen, weshalb grundsätzlich Anspruch auf österreichische Familienbeihilfe besteht.*

*Diese Ansprüche konkurrieren allerdings mit denen des anderen Elternteiles, der auf Grund seines Versicherungsverhältnisses und Wohnsitzes in Polen dort der Zuständigkeit betreffend Familienleistungen unterliegt.*

*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 Polen ist solch ein Bezugszeitraum in Ausmaß von einem Kalendermonat vorgesehen.*

*Die Erstbeschäftigung, unabhängig ob es sich hierbei um eine abhängige oder selbständige Erwerbstätigkeit handelt, wurde in Polen (von der Ehegattin) ausgeübt (es ist nämlich unerheblich, ob eine Erstbeschäftigung des Antragstellers oder des Partners vorliegt), weshalb die*

*ausschließliche Zuständigkeit betreffend der Familienleistungen im Heimatstaat liegt und kein Anspruch auf Differenzzahlung für diesen Monat in Österreich besteht..."*

Das vom Bw gegen die Berufungsvorentscheidung mit der Bezeichnung „Formloser Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand“ bezeichnete Schreiben vom 6. Juli 2010 wurde vom Finanzamt als Vorlageantrag gewertet und der Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung vorgelegt.

Die in diesem Schreiben gemachten Ausführungen sind in den wesentlichen Teilen ident mit der Berufung vom 21. Mai 2010.

Folgende vom Bw vorgelegte Unterlagen liegen im Akt auf:

Lohn- und Gehaltsabrechnung für den Zeitraum 26. Jänner bis 31. Jänner 2009

Anmeldung der Beschäftigung bei der NOEGKK ab 26. Jänner 2009

Bescheid des Regionalzentrums für Sozialpolitik vom 31. Oktober 2009 (beglaubigte Übersetzung aus dem Polnischen) über Ablehnung der Zuerkennung der Familienbeihilfe und des Kindergeldes für die vier Kinder des Bw für den Zeitraum 1. September 2008 bis 31. August 2009.

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

#### **Folgender Sachverhalt steht fest:**

Der Bw besitzt die deutsche, seine Gattin und die Kinder haben die deutsche und die polnische Staatsbürgerschaft.

Die gesamte Familie hat ihren Haupt- und Familienwohnsitz in Polen; der Bw hat seit dem Jahr 2004 einen Nebenwohnsitz (mit Ausnahme eines Hauptwohnsitzes in Österreich in der Zeit vom 12.3.2008 – 18.12.2008) in Österreich.

Die Kinder besuchen in Polen die Schule.

Der Bw war im Jahr 2009 vom 26. Jänner bis 20. Oktober bei der Baufirma nichtselbständig beschäftigt.

Die Ehegattin des Bw hat in Polen wegen Überschreitens der Einkommensgrenzen im Streitzeitraum keinen Anspruch auf Familienbeihilfe.

Sie hat in Polen Einkünfte aus einem landwirtschaftlichen Betrieb und unterliegt daher der Pflichtversicherung in der do. gesetzlichen Krankenversicherung.

Der Bw hat in Polen ebenfalls keinen Anspruch auf Familienbeihilfe.

**Der festgestellte Sachverhalt beruht auf folgender Beweiswürdigung:**

Die persönlichen Verhältnisse des Bw und seiner Familie (Staatsbürgerschaft, Wohnsitze) sind unbestritten und aktenkundig.

Der Schulbesuch der Kinder des Bw in Polen ist nachgewiesen.

Die Beschäftigung des Bw im Inland ist durch den im Akt befindlichen Versicherungsdatenauszug der Österreichischen Sozialversicherung vom 29. Jänner 2010 und durch den vorliegenden Lohnzettel erwiesen.

Dass die Ehegattin des Bw in Polen keinen Anspruch auf Familienbeihilfe hat, ist durch die vom Bw eingereichten und übersetzten amtlichen polnischen Bescheide nachgewiesen. Demnach wurde der Ehegattin des Bw gemäß Bescheid des Regionalzentrums für Sozialpolitik in Opole vom 31. Oktober 2008 für die vier in Polen lebenden Kinder für den Zeitraum 1. September 2008 bis 31. August 2009 keine Familienunterstützung ausbezahlt. Der Bescheid wurde mit Bescheid vom 29. Mai 2009 (ohne weitere Begründung) insofern abgeändert, dass die Worte „bis zum 31. August 2009“ durch die Worte „bis zum 31. Oktober 2009“ ersetzt wurden.

Zur Begründung wurde im ersten Bescheid ausgeführt, dass Frau G. auf Grund eines landwirtschaftlichen Besitzes – bezogen auf das Jahr 2007 – insgesamt 17.230 Zloty 97 Groschen an Einkommen bezogen habe ( $7,7617 * 2220$ ; das durchschnittliche Einkommen der Arbeit in individuellen Landwirtschaften für 1 ha umgerechnet). Danach wurde das Einkommen durch 12 Monate geteilt und das Einkommen des Bw vom ersten vollen Monat der im Ausland ausgeübten Tätigkeit (Februar 2008) in Höhe von 5048 Zloty 50 Groschen ( $1434,07 \text{ Euro} * 3,5204$ ; Euro-Kurs lt. Polnischer Nationalbank) hinzugerechnet. Die Einkünfte wurden durch die Anzahl der Familienangehörigen (6 Personen) geteilt. Es bestünden daher keine Anrechte auf Familienleistungen, da das Einkommen für einen Familienangehörigen 1080,73 Zloty betrage. Gemäß Art. 5 Abs. 1 des polnischen Familienleistungsgesetzes dürfe aber das Einkommen pro Familienangehörigen den Betrag von 504 Zloty nicht übersteigen. Ebenso wurde festgehalten, dass Frau G. in Polen nicht berufstätig sei sowie auf gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen der Verordnung (EWG) 1408/71 verwiesen, wonach die Koordinierungsvorschriften der Verordnung Vorrang vor den innerstaatlichen Vorschriften hätten.

Dieser Bescheid stimmt mit den Ermittlungen des UFS, wonach die Einkommensgrenze für das Beziehen der polnischen Familienbeihilfe pro Familienmitglied und pro Monat 504 Zloty nicht übersteigen darf, überein.

Die landwirtschaftlichen Einkünfte der Ehegattin des Bw sind im erwähnten polnischen Bescheid genannt und stimmen mit den Angaben des Bw überein. Dieser bringt auch vor, dass seine Ehegattin bei der polnischen landwirtschaftlichen Krankenkasse krankenversichert sei.

Dass der Bw in Polen keinen Anspruch auf Familienbeihilfe hat, ist einerseits wegen des Überschreitens der Einkommensgrenzen und andererseits seiner Beschäftigung in Österreich und der daraus resultierenden Anwendung der Rechtsvorschriften Österreichs aG der Bestimmungen der Verordnung (EWG) 1408/71 unbestritten.

### **Aus rechtlicher Hinsicht wird ausgeführt:**

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 § 5 Abs 3 FLAG 1967 in Bezug auf EWR-Staatsbürger grundsätzlich nicht gilt, diese sind in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt. 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.

Die Kinder des Bw gehen in Polen zur Schule; sie befinden sich ständig in Polen, weshalb grundsätzlich der Anspruch auf Familienbeihilfe gemäß § 5 Abs 3 FLAG 1967 ausgeschlossen

wäre. Da sie aber EWR-Bürger sind, ist § 53 Abs 1 FLAG 1967 auf sie anzuwenden, demnach sind sie österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt und § 5 Abs 3 FLAG 1967 kommt nicht zur Anwendung.

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 (in der Folge "VO 1408/71") 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 1408/71 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 1408/71 hat 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 (EuGH Rs C-543/03, Dodl und Oberhollenzer, Slg 2005, I-05049).

Artikel 2 der VO 1408/71 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 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 1408/71 gilt diese Verordnung für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, uA die, die Familienleistungen betreffen.



Der Bw ist Arbeitnehmer iSd Art 1 der VO 1408/71, da er (auch) im Jänner 2009 im Inland nichtselbständig beschäftigt und daher pflichtversichert ist. Er ist Staatsangehöriger Deutschlands, somit eines Mitgliedsstaates. Die Familienbeihilfe fällt unter den Begriff der "Familienleistungen" iSd VO 1408/71.

Demnach ist die VO sowohl in persönlicher als auch in sachlicher Hinsicht im vorliegenden Fall anwendbar.

Artikel 13 der VO 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 ...;

Diese Bestimmung erklärt somit den Beschäftigungsort zum grundsätzlichen Anknüpfungspunkt.

Nach Artikel 73 der VO 1408/71 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.

Der Bw ist in Österreich beschäftigt, demnach kommen gemäß Artikel 13 der VO 1408/71 die österreichischen Rechtsvorschriften, somit in diesem Fall das FLAG 1967 zur Anwendung.

Nach Artikel 73 der VO 1408/71 werden die Familienangehörigen des Bw so behandelt als würden sie in Österreich wohnen, weshalb grundsätzlich Anspruch auf österreichische Familienbeihilfe besteht.

Der Rechtsansicht des Finanzamts zufolge erfolgte im Jänner 2009 eine Kumulation der Ansprüche auf Familienleistung nach österreichischem und polnischem Recht. 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 Polen ist solch ein Bezugszeitraum in Ausmaß von einem Kalendermonat vorgesehen.

Die Erstbeschäftigung wird im Jänner 2009 (von der Ehegattin; aG ihrer Pflichtversicherung in der polnischen Krankenversicherung ist sie Arbeitnehmerin iSd VO 1408/71) im Ausland ausgeübt (es ist nämlich unerheblich, ob eine Erstbeschäftigung des Antragstellers oder des Partners vorliegt), weshalb nach der Rechtsansicht des Finanzamtes die ausschließliche Zuständigkeit zur Zahlung der Familienleistungen des Heimatstaates und kein Anspruch auf Differenzzahlung für Februar in Österreich bestünde.

Aufgrund der vorgebrachten Unterlagen wurde jedoch festgestellt, dass die Gattin des Bw von September 2008 bis Oktober 2009 keinen Anspruch auf polnische Beihilfe hatte, da die Einkommensgrenze für die Gewährung nach polnischem Recht überschritten wurde. Aus diesem Grund wurde auch für Februar 2009 bis Oktober 2009 durch das Finanzamt als Differenzzahlung der volle Betrag an österreichischer Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag gewährt.

Demnach gab es auch keinen Anspruch auf polnische Beihilfe im strittigen Monat Jänner 2009. Wenn in einem der beiden Mitgliedstaaten, entweder im Beschäftigungsstaat oder im Wohnsitzstaat, kein Anspruch auf Beihilfe aufgrund der innerstaatlichen Rechtsvorschriften besteht, kann es auch zu keiner Kumulierung von Ansprüchen kommen. Deswegen sind in einem Fall wie dem vorliegenden die "Antikumulierungs"-Regeln der VO 1408/71 sowie der DVO nicht anzuwenden. Im diesem Fall ist somit nach den Vorschriften des Artikels 73 der VO 1408/71 der Beschäftigungsstaat für die Familienleistungen ausschließlich zuständig.

Diese Rechtsauffassung ist aus dem Wortlaut und dem Sinn der anzuwendenden Rechtsvorschriften abzuleiten und entspricht der Judikatur des EuGH.

Gemäß Art 10a lit a DVO 574/72 entsprechen die Familienleistungen, die der Betreffende nach den Rechtsvorschriften jedes dieser Mitgliedstaaten beanspruchen kann, der Anzahl der nach den jeweiligen Rechtsvorschriften geschuldeten täglichen Leistungen.

Im vorliegenden Fall besteht wegen Überschreitens der Einkommensgrenze durch die Gattin des Bw in Polen kein Anspruch auf Familienleistungen. Es werden keine Familienleistungen geschuldet.

Dieser Artikel ist daher schon dem Wortlaut nach nicht anwendbar. Daher kann auch Art 10a lit d DVO nicht zur Anwendung gelangen, da diese Bestimmung eine *lex specialis* zu Art 10a lit a ist. Arg. Wortlaut des Art 10a lit d DVO: „Abweichend von Buchstabe a ...“.

Aber auch die isolierte Betrachtungsweise des Art 10a lit d DVO 574/72 spricht für die dargelegte Rechtsauffassung, ist doch dessen Wortlaut wie folgt:

„... übernimmt ... der Träger, der die Kosten der Familienleistungen aufgrund der ersten

Beschäftigung oder selbständigen Tätigkeit im Verlauf des Bezugszeitraums zu tragen hat, diese Kosten für den gesamten Zeitraum.“

Im vorliegenden Fall hat Polen keine Kosten zu tragen, da kein Anspruch besteht. Art 10a lit d DVO ist daher nicht anwendbar.

Grundsätzlich ist die Bestimmung des Art 10a DVO unter die „Antikumulierungs“-Regeln zu subsumieren und betrifft den Fall, dass für Arbeitnehmer oder Selbständige, für die während eines Zahlungszeitraumes, wie er für die Gewährung von Familienleistungen vorgesehen ist, nacheinander die Rechtsvorschriften zweier Mitgliedstaaten gelten.

Generell sollen die „Antikumulierungs“-Regeln der VO 1408/71 und DVO uA einerseits ungerechtfertigte Doppelleistungen vermeiden und andererseits sollen auch Nichtleistungen bei negativen Kompetenzkonflikten vermieden werden.

Nach der Judikatur des EuGH ist bei der Anwendung der „Antikumulierungs“-Regeln entscheidend, ob jemand einen Anspruch hat. Hat jemand in einem von zwei Mitgliedstaaten keinen Anspruch, so kommen nicht die Antikumulierungsregeln, sondern die Regeln der Art 13 und 73 der VO 1408/71 zum Tragen.

Siehe dazu EuGH vom 7.6.2005, C-543/03, Rs Dodl und Oberhollenzer. In diesem Fall, in dem es um einen negativen Kompetenzkonflikt zwischen zwei Mitgliedstaaten in Bezug auf Familienleistungen ging, führte der EuGH uA aus:

„48 Demnach ist festzustellen, dass die Klägerinnen der Ausgangsverfahren, die mit ihren Familienangehörigen in einem anderen Mitgliedstaat als dem Beschäftigungsstaat wohnen, nach Artikel 73 in Verbindung mit Artikel 13 Absatz 2 Buchstabe a der Verordnung Nr. 1408/71 in diesem letztgenannten Mitgliedstaat einen Anspruch auf Familienleistungen nach dem Gemeinschaftsrecht erwerben.

49 Jedoch ist klarzustellen, dass Artikel 73 zwar eine allgemeine, aber keine absolute Regel darstellt. Dem Anspruch ... sind die „Antikumulierungs“-Regeln der Verordnungen Nrn. 1408/71 und 574/72 gegenüberzustellen, wenn eine Kumulierung der Ansprüche nach den Rechtsvorschriften des Wohnstaats mit den Ansprüchen nach den Rechtsvorschriften des Beschäftigungsstaats eintreten kann.

63 Es ist jedoch klarzustellen, dass für den ... Fall, dass Frau Dodl keinen Anspruch auf das deutsche Erziehungsgeld hat, weil die in den deutschen Rechtsvorschriften festgelegte Einkommensgrenze überschritten wird, und auch ihr Ehemann, weil er voll erwerbstätig ist, keinen Anspruch hat, ihre Situation nur durch Artikel 73 der Verordnung Nr. 1408/71 geregelt würde, ohne dass auf die in dieser Verordnung und in der Verordnung Nr. 574/72 vorgesehenen „Antikumulierungs“-Regeln zurückzugreifen wäre.“

Der gegenständliche Fall ist nach diesen Regeln zu lösen. Es ist also zu prüfen, ob es gemäß der polnischen Rechtslage in der konkreten Situation des hier zu beurteilenden Falles

tatsächlich zu äquivalenten polnischen Leistungen kommen kann. Diese Prüfung hat ergeben, dass es zu keinen äquivalenten polnischen Leistungen kommen kann. Es kann keine Kumulierung der Ansprüche eintreten. Daher ist die Situation nur durch Art 73 der VO 1408/71 geregelt, ohne dass auf die „Antikumulierungs“-Regeln zurückzugreifen wäre. Siehe dazu auch das einschlägige Urteil des EuGH vom 20.5.2008, C-352/06, Rs Bosmann, in dem der EuGH hinsichtlich der Anwendbarkeit der „Antikumulierungs“-Regeln konsequent wieder an einen bestehenden Anspruch anknüpft. Da wegen des Alters der Kinder der Klägerin kein Anspruch auf Kindergeld im Beschäftigungsmitgliedstaat besteht, liegt kein Zusammentreffen von Ansprüchen auf Familienleistungen vor und es kommen nicht die speziellen Anknüpfungsregeln der VO 574/72, sondern die allgemeine Regel des Art 13 VO 1408/71 zur Anwendung (s Rz 24,25,26).

Auch der OGH stellt bei der Anwendbarkeit der „Antikumulierungs“-Regeln auf bestehende Ansprüche ab (siehe zB OGH vom 14.10.2008, 10 ObS 27/08f.).

Auf die einschlägigen Entscheidungen des UFS wird verwiesen (siehe UFS vom 9.12.2008, RV/2850-W/08; vom 18.11.2009, RV/1745-W/04; vom 13.1.2011, RV/2461-W/10; vom 15.9.2011, RV/2989-W/10 und vom 2.7.2013, RV/0531-W/13).

Ob im Sinne des Erkenntnisses des VwGH vom 19.6.2013, ZI 2011/16/0227, im vorliegenden Fall die Rechtsvorschriften zweier Mitgliedstaaten im Monat Jänner 2009 hintereinander gegolten haben und somit der Tatbestand des Art 10a der VO 574/72 überhaupt erfüllt ist, kann daher dahingestellt bleiben.

Der Bw hat eine Differenzzahlung für Jänner 2009 begehrt, welche ihm zusteht.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 6. August 2013