



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der bw, vom 2. August 2010 gegen den Bescheid des Finanzamtes fa vom 22. Juli 2010 betreffend Differenzzahlung nach Art 76 EWG-VO 1408/71 und Durchführungsverordnung (EWG) Nr. 574/72 für den Zeitraum 1. Juli 2009 bis 30. Oktober 2009 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Mit Antrag vom 29. April 2010 begehrte die Berufungswerberin (Bw) die Zuerkennung von Familienbeihilfe für ihr namentlich genanntes Kind ab 1. Juni 2009.

Mit Bescheid vom 22. Juli 2010 wurde der Bw eine Differenzzahlung nach der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 und Durchführungsverordnung (EWG) Nr. 574/72 inklusive Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum Juli bis Oktober 2009 in Höhe von insgesamt € 912,10 gewährt und hiezu begründend ausgeführt:

„Da der Kindesvater im Wohnland des Kindes erwerbstätig ist, besteht ein vorrangiger Anspruch auf Familienleistungen in der I1 (EuGH v. 26.11.2009, Rs C-363/08). Für den Juni 2009 kann keine Differenzzahlung gewährt werden, da die erste Beschäftigung in der I1 war und daher die I1 ausschließlich zuständig ist für die Gewährung der Familienleistungen. Ab dem 28. 10. 2009 bis 31. 12. 2009 waren Sie nicht in Österreich erwerbstätig.“

Gegen obgenannten Bescheid berief die Bw rechtzeitig mit ihrer Eingabe vom 2. August 2010 und führte aus, dass der Familienvater in der I1 keinen Anspruch auf Familienbeihilfe habe, da die Ehe mit ihr geschieden ist. Sie habe in der Zeit von Juni bis einschließlich Dezember 2009 ebenfalls keinen Anspruch auf Familienbeihilfe in der I1, da sie in dieser Zeit keine Beschäftigung in der I1 nachweisen kann. Sie sei von 23. Juni bis 17. Dezember 2009 in o1 erwerbstätig und auch gemeldet (Meldeschein, Rechnungen) gewesen. Sie beantrage daher die Auszahlung der Familienbeihilfe für die Monate Juni bis einschließlich Dezember 2009 (7 Monate) ohne Abzug – es sei von ihr in der genannten Zeit keine Kinder/Familienbeihilfe in der I1 bezogen worden. Sie bitte um Berücksichtigung dieser Fakten und entsprechende Änderung des Differenzzahlungsbescheides.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 16. Mai 2011 wurde die Berufung als unbegründet abgewiesen und hiezu ausgeführt:

„Das Finanzamt hat Ihnen aufgrund Ihres Antrages betreffend Gewährung von Familienbeihilfe

lediglich eine Differenzzahlung unter Berücksichtigung der Ansprüche auf familienbezogene Leistungen Ihres Heimatstaates I1 für die Monate Juli 2009 - Oktober 2009 gewährt.

Dazu hat es begründend ausgeführt, dass Ihnen nur diese Differenzzahlung nach der Verordnung (bis zum 30.04.2010 Verordnung EWG) Nr. 1408/71 und der Durchführungsverordnung (EWG) Nr. 574/72, ab 01. Mai 2010 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 und Durchführungsverordnung (EG) Nr. 987/2009 gewährt werden könne, da der Kindesvater im Wohnland des Kindes k I1 erwerbstätig ist. Somit bestehe ein Vorrang auf familienbezogene Leistungen im Mitgliedsstaat I1 (siehe dazu Urteil des EuGH vom 26.11.2009, Rs C-363/08). Für den Juni 2009 könne auch keine Differenzzahlung gewährt werden, da die erste Beschäftigung in der I1 war und daher die I1 für die Gewährung von familienbezogenen Leistungen ausschließlich zuständig ist. Ab dem 28.10.2009 - 31.12.2009 waren sie nicht in Österreich erwerbstätig.

Dagegen haben Sie Berufung eingelegt und ausgeführt, dass der Kindesvater in der I1 keinen Anspruch auf Familienbeihilfe habe, da die Ehe geschieden sei. In der Zeit von Juni bis einschließlich Dezember 2009 hätten Sie keinen Anspruch auf Familienbeihilfe in der I1, da Sie in dieser Zeit keine Beschäftigung in der I1 nachweisen könnten. In der Zeit vom 23.06.2009 bis einschließlich 17.12.2009 seien Sie in o1 erwerbstätig und gemeldet gewesen (siehe Meldeschein und Rechnungen). Der Berufung waren Rechnungen für Pflegedienste ab dem 19.06.2009 - bis zum 28.10.2009 im durchschnittlichen 18 Tagerhythmus beigelegt. Eine weitere Rechnung betrifft den Zeitraum 25.11.2009 - 19.12.2009, wobei Frau n1 bereits am 00.12.2009 verstorben ist.

Sie würden daher die Familienbeihilfe für die Monate 06/2009 - 12/2009 beantragen.

Nach § 2 Abs 1 lit a Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (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.

§ 4 Abs 1 FLAG 1967 normiert, dass Personen, die Anspruch auf eine gleichartige ausländische

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.

Die Familienbeihilfe wird vom Beginn des Monats gewährt, in dem die Voraussetzungen für den

Anspruch erfüllt werden. Der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschlussgrund hinzukommt (§ 10 Abs 2 leg.cit).

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 ggstdl. Fall sind jedoch nicht nur die innerstaatlichen Bestimmungen des FLAG 1967 zu beachten. Vielmehr sind Sie als in Österreich selbständig Erwerbstätige (Pflegerin) mit Familienwohnsitz in einem anderen Mitgliedsstaat der Europäischen Union 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“).

Da die ggstdl. Berufungsschrift ausschließlich Zeiträume vor dem 01.05.2010 betrifft ist auch nur die VO (EWG) 1401/78 vom 14.06.1971 zu beachten.

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.

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 Mitgliedsstaats. Welche Rechtsvorschriften diese sind, bestimmt sich nach diesem Titel.

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. Aus den Bestimmungen der VO (EWG) 1408/71 iZm den Bestimmungen des FLAG ergibt sich, dass für Sie grundsätzlich Anspruch auf Familienleistungen (Differenzzahlungen) im "Beschäftigungsland" (Österreich) für Ihr in Ausbildung befindliches Kind, auch wenn sie sich und Ihr Kind ständig im Ausland aufhalten, besteht. Diese Ansprüche können jedoch mit jenen des Vaters konkurrieren, wenn er in der I1 **Anspruch** auf Familienleistungen, die der Familienbeihilfe vergleichbar sind, hat.

Entscheidend ist nach der VO **der Anspruch** (Siehe VwGH 9.6.1978, ZI 1019/77; 23.5.2007, ZI

2006/13/0074). Dieser Anspruch besteht unabhängig von einer Erwerbstätigkeit, denn es handelt sich um Leistungen für alle Personen, deren Kinder bei ihnen haushaltszugehörig sind. Da im vorliegenden Fall wegen der Erwerbstätigkeit des Kindesvaters in der I1 in der I1 ein Anspruch gegeben ist, ist 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 (ad Kindergeld) gegeben.

In diesem Fall ist nach dem Erk des EuGH, ZI C-543/03, Christine Dodl, Petra Oberhollenzer, 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 und dies bedeutet:

Räumen die Rechtsvorschriften des Beschäftigungsmitgliedstaats und die des Wohnmitgliedstaats eines Arbeitnehmers/Selbständigen 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 DVO 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.

Der Artikel 10a der VO (EWG) Nr. 574/72 des Rates vom 21. März 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- und abwandern (Vorschriften für Arbeitnehmer oder Selbständige, für die während ein und desselben Zeitraums oder eines Teils eines Zeitraums nacheinander Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten galten) lautet:

Galten für einen Arbeitnehmer oder Selbständigen während eines Zahlungszeitraums, wie er in

den Rechtsvorschriften eines oder zweier beteiligter Mitgliedstaaten für die Gewährung von Familienleistungen vorgesehen ist, nacheinander die Rechtsvorschriften zweier Mitgliedstaaten,

so sind folgende Vorschriften anzuwenden:

- a) Die Familienleistungen, die der Betreffende nach den Rechtsvorschriften jedes dieser Mitgliedstaaten beanspruchen kann, entsprechen der Anzahl der nach den jeweiligen Rechtsvorschriften geschuldeten täglichen Leistungen. Sehen die Rechtsvorschriften dieser Mitgliedstaaten keine täglichen Familienleistungen vor, so werden die Familienleistungen im Verhältnis der Dauer gewährt, während der für die betreffende Person die Rechtsvorschriften eines jeden Mitgliedstaats unter Berücksichtigung des in den jeweiligen Rechtsvorschriften festgelegten Zeitraums galten.
- b) Hat ein Träger während eines Zeitraums Familienleistungen gewährt, in dem diese von einem anderen Träger hätten gewährt werden müssen, so rechnen diese Träger sie untereinander ab.
- c) Werden die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats zurückgelegten Zeiten der Beschäftigung oder selbständigen Tätigkeit in anderen Einheiten ausgedrückt als denjenigen, die zur Berechnung der Familienleistungen nach den für den Arbeitnehmer oder Selbständigen während desselben Zeitraums ebenfalls geltenden Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats dienen, so erfolgt die Umrechnung für die Anwendung der Buchstaben a) und b) nach Artikel 15 Absatz 3 der Durchführungsverordnung.
- d) Abweichend von Buchstabe a) übernimmt im Rahmen der in Anhang 8 der Durchführungsverordnung genannten Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten 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 Anhang 8 zur dieser Verordnung ist geregelt, dass in Beziehungen zwischen Österreich und

der I1 ein Bezugszeitraum von einem Kalendermonat gilt.

Eine Erwerbstätigkeit iSd VO liegt vor, wenn diese tatsächlich ausgeübt wird, rechtmäßig ist und dafür ein (angemessenes) Entgelt entrichtet wird.

Im ggstdl. Fall ist der Kindesvater unstrittig in der I1 erwerbstätig und das Kind k lebt und studiert unter Ihrer Obsorge in der I1.

Der Österreichische Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 02.02.2010, ZI. 2009/15/0204 folgendes erkannt:

Der EuGH hat in seinem Urteil vom 26. November 2009, C- 363/08, darüber für Recht erkannt:

1. Art. 73 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, in der durch die Verordnung (EG) Nr. 118/97 des Rates vom 2. Dezember 1996 geänderten und aktualisierten Fassung ist dahin auszulegen, dass eine geschiedene Person, die von dem zuständigen Träger des Mitgliedstaats, in dem sie gewohnt hat und in dem ihr früherer Ehegatte weiterhin lebt und

arbeitet, Familienbeihilfe erhalten hat, für ihr Kind, sofern es als Familienangehöriger des früheren Ehegatten im Sinne von Art. 1 Buchstabe f Z. i dieser Verordnung anerkannt ist, den Anspruch auf diese Beihilfe beibehält, obwohl sie diesen Staat verlässt, um sich mit ihrem Kind

in einem anderen Mitgliedstaat niederzulassen, in dem sie nicht berufstätig ist, und obwohl der

frühere Ehegatte die betreffende Beihilfe in seinem Wohnmitgliedstaat beziehen könnte.

2. Übt eine Person, die sich in einer Situation wie derjenigen der Beschwerdeführerin des Ausgangsverfahrens befindet, im Mitgliedstaat ihres Wohnsitzes eine Berufstätigkeit aus, die tatsächlich einen Anspruch auf Familienleistungen begründet, so ruht gemäß Art. 76 der Verordnung Nr. 1408/71 in der durch die Verordnung Nr. 118/97 geänderten und aktualisierten

Fassung der Anspruch auf die nach den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaates, in dem ihr früherer Ehegatte berufstätig ist, geschuldeten Familienleistungen bis zur Höhe des in den Rechtsvorschriften ihres Wohnmitgliedstaates vorgesehenen Betrags.

Der Verwaltungsgerichtshof hat über die Beschwerde erwogen:

Der Beschwerdeführerin wurde für ihre Tochter N. im Streitzeitraum die Familienbeihilfe

gewährt. Ihr früherer Ehemann wohnt in Österreich, ist hier berufstätig, ist als Vater N zu deren Unterhalt verpflichtet und ist dieser Unterhaltspflicht nicht nachgekommen. Das Kind, für

welches die Leistung gewährt wurde, ist auch im Sinne der VO Familienangehöriger des geschiedenen Ehemannes der Beschwerdeführerin. Der Beschwerdefall fällt somit in den Anwendungsbereich der VO. Nach Punkt 1 des Tenors des Urteiles des EuGH hat die Beschwerdeführerin unter den hier gegebenen Umständen den Anspruch auf die Beihilfe beibehalten, solange sie in Griechenland nicht berufstätig ist. Bis zur Aufnahme einer Berufstätigkeit der Beschwerdeführerin in Griechenland bestand ihr Anspruch zu Recht mit der Folge, dass die Rückforderung der Leistung rechtswidrig ist.

Nach Punkt 2 des Tenors des Urteils des EuGH ist ab dem Zeitpunkt der Aufnahme einer Berufstätigkeit der Beschwerdeführerin in Griechenland zunächst zu prüfen, ob diese Tätigkeit in Griechenland einen Anspruch auf Familienleistungen nach dem Recht Griechenlands begründet. Begründet diese Tätigkeit in Griechenland keinen Anspruch auf Familienleistungen nach griechischem Recht, so hat diese Tätigkeit keinen Einfluss auf den Anspruch der Beschwerdeführerin auf die österreichische Familienleistung und wäre auch in diesem Fall die Rückforderung der gegenständlichen Leistung für diesen Zeitraum rechtswidrig. Würde die Berufstätigkeit der Beschwerdeführerin in Griechenland einen Anspruch auf Familienleistungen nach griechischem Recht begründen, würde dies zu einem Ruhen des Anspruches auf Familienbeihilfe bis zur Höhe des nach den griechischen Vorschriften vorgesehenen Betrages führen. Erreichte die Familienleistung nach den griechischen Vorschriften die Höhe der gegenständlichen Familienleistung, würde diese zur Gänze geruht haben und wäre in diesem Zeitraum der Rückforderungsanspruch begründet. Wäre die griechische Familienleistung niedriger als die tatsächlich von Österreich gewährte Familienleistung, würde nur in diesem Ausmaß die Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbetrag ruhen und in diesem Ausmaß rückforderbar sein.

Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und darauf aufbauend die des Österreichischen Verwaltungsgerichtshofes bedeutet für den ggstdl. Fall folgendes: Aufgrund der Familienbetrachtungsweise (leibliche Eltern und gemeinsames Kind) der VO(EWG) Nr. 1408/71 und der VO (EG) Nr. 118/97 besteht durch die Erwerbstätigkeit des Kindesvaters in der I2 ein Anspruch in diesem Mitgliedsstaat und Österreich hat "nur" mehr eine sog. Differenzzahlung zu leisten.

Da in der Zwischenzeit die neue VO (EG) Nr. 883/2004 und die VO (EG) Nr. 987/2009 in Kraft getreten sind, hat die Österreichische Finanzverwaltung ein sog. "legal advice" (Rechtsauskunft) der Europäischen Kommission erbeten und unter der Nummer Legal advice 98452/10/SK die Antwort dazu erhalten (siehe Beilage 1 und 2 Originaltext in Englischer

Sprache und eine Übersetzung des FA fa - keine amtliche, offizielle Übersetzung, dient nur zur Information über den wesentlichen Inhalt).

Aus dieser "legal advice" der Europäischen Kommission ergibt sich für die Österreichische Finanzverwaltung eindeutig und zweifelsfrei, dass in Österreich nur ein Anspruch auf die sog. Differenzzahlung besteht und der Kindesvater als erwerbstätiger Familienangehöriger einen Anspruch auf familienbezogene Leistungen für seine Tochter k in der 1 2 vermittelt.

Um Sie vor möglichen Rechtsnachteilen zu schützen, empfiehlt Ihnen das Finanzamt fa, diese Berufungsvorentscheidung den 1 Behörden zu übergeben und falls diese die Rechtsauffassung der Republik Österreich nicht teilen sollten, nach den innerstaatlichen Bestimmungen einen Antrag auf familienbezogene Leistungen zu stellen, dagegen Einspruch zu erheben und eine ausführliche Begründung zu beantragen. Die Meinungsverschiedenheiten zwischen den Mitgliedsstaaten werden dann von Österreich nach Kenntnis an die Europäische Verwaltungskommission herangetragen werden. An welchen Elternteil letztlich die familienbezogenen Leistungen der I2 ausbezahlt sind, bestimmt sich nach innerstaatlichen Vorschriften.

Es wird Ihnen noch mitgeteilt, dass die I3 als Wohnsitzstaat des Kindes vorläufig nach den innerstaatlichen Vorschriften die familienbezogenen Leistungen zu bezahlen hat.

Für die Ihnen noch zustehenden Differenzzahlungen der Monate 11/2009 und 12/2009 ergehen gesonderte Bescheide. Da Sie am 01.06.2009 in Österreich nicht erwerbstätig, der Kindesvater aber in der I1 erwerbstätig gewesen ist, liegt die erste Beschäftigung in der I1 und in Österreich besteht kein Anspruch auf familienbezogene Leistungen für den Monat 06/2009."

Mit Schriftsatz vom 25. Mai 2011 berief die Bw zum zweiten Mal gegen die Entscheidung des Finanzamtes und führte aus, dass sie mit Urteil des Amtsgerichtes vom 19. Jänner 2006 geschieden worden sei. Der Familienvater habe keinen Anspruch auf Familienbeihilfe, da die Ehe mit ihr geschieden sei. Sie gab die jeweiligen Wohnadressen ihres geschiedenen Mannes und ihrer Tochter, welche in Ihrem Haushalt lebt, namentlich an. Sie habe in der Zeit von Juni bis einschließlich Dezember 2009 ebenfalls keinen Anspruch auf Familienbeihilfe in der I1 gehabt, da sie in dieser Zeit keine Beschäftigung in der I1 nachweisen kann. Sie arbeite in der Zeit vom 10. März 2008 bis jetzt als Betreuerin nur in Österreich. Sie sei vom 19. Juni bis 19. Dezember 2009 in o1 erwerbstätig und auch vom 23. Juni bis 17. Dezember 2009 gemeldet gewesen (siehe Rechnungen und Meldeschein). Sie bitte daher um Auszahlung der

Familienbeihilfe für die Monate Juni bis einschließlich Dezember 2009 ohne Abzug. Es sei von ihr in der genannten Zeit keine Kinder/Familienbeihilfe bezogen worden.

Laut Vorlagebericht vom 6. Juni 2011 ergeben sich folgende Streitpunkte:

„Strittig ist, ob Österreich allein für familienbezogene Leistungen zuständig ist, wenn der Hauptwohnsitz der beiden Elternteile und des gemeinsamen Kindes in der I2 und die Mutter mit mehreren verschiedenen langen Personenbetreuungsverträgen in Österreich erwerbstätig ist. Nach Ansicht des Finanzamtes ist der in der I2 erwerbstätige geschiedene Kindesvater nach der Rechtsprechung des Österreichischen Verwaltungsgerichtshofes und der beiliegenden „legal advice“ der Europäischen Kommission als ein Familienangehöriger zu betrachten und vermittelt daher nach EU-Gemeinschaftsrecht einen Anspruch auf familienbezogene Leistungen im Heimatstaat der Eltern und des gemeinsamen Kindes. An wen die familienbezogenen Leistungen auszuzahlen sind, bestimmt sich nach den innerstaatlichen Vorschriften. Aus der Zusammenstellung der Berufungswerberin der einzelnen Rechnungen des Jahres 2009 ergibt sich für das Finanzamt eindeutig und zweifelsfrei, dass die Berufungswerberin zum Stichtag 01.06.2009 in Österreich aufgrund des Wechsels der zu betreuenden Person nicht erwerbstätig war und daher der einzige Beschäftigungsstaat (siehe Kindesvater) die I3 war. Ob die Berufungswerberin der Empfehlung des Finanzamtes nachgekommen ist und diese Berufungsvorentscheidung als auch die „legal advice“ den 1 Behörden vorgelegt bzw. einen Antrag auf „Kindergeld“ in ihrem Heimatstaat gestellt hat oder nicht, geht aus dem Vorlageantrag leider nicht hervor.“

Über die Berufung wurde erwogen:

Im vorliegenden Berufungsfall ist folgender Sachverhalt unstrittig:

Die Ehe der Bw wurde wie aus dem Akteninhalt hervorgeht im Jahre 2006 geschieden. Ihre Tochter lebt und studiert in der I1 an der angegebenen Adresse. Auch der Kindesvater lebt in der I1 und ist dort erwerbstätig. Die Bw war in den Monaten Juni bis Dezember 2009 aufgrund verschiedener Betreuungsverträge in Österreich tätig. Der Lebensmittelpunkt liegt ebenfalls in der I1.

Die Abgabenbehörde zweiter Instanz hat lediglich über den Bescheidzeitraum 1. Juli bis 31. Oktober 2009 zu entscheiden. Strittig ist hierbei, inwieweit das Berufungsvorbringen, nicht nur eine Differenzzahlung sondern „die gesamte Familienbeihilfe“ ohne Abzug zu erhalten, bei gegebener Sach- und Rechtslage rechtlich begründet ist.

Das Finanzamt hat sich mit dem vorliegenden Sachverhalt und den diesbezüglich anzuwendenden Rechtsvorschriften in seiner Berufungsvorentscheidung vom 16. Mai 2011 intensiv auseinandergesetzt und verbleibt der Abgabenbehörde zweiter Instanz eigentlich nur

sich der Rechtsargumente des Finanzamtes anzuschließen, weshalb der Inhalt der Berufungsvorentscheidung auch zum Inhalt dieser Entscheidung erhoben werden kann. Wie bereits auf Seite 3 der Berufungsvorentscheidung (BVE) ausgeführt, ist die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 idgF (id Folge „VO“) auf den hier vorliegenden Berufungsfall anzuwenden. Auf die genauen in der BVE aufgezählten diesbezüglichen Bestimmungen wird daher verwiesen. Wie auf Seite 4 der BVE schlüssig argumentiert, ist nach der VO **der Anspruch** entscheidend, welcher unabhängig von einer Erwerbstätigkeit besteht. Das Finanzamt verweist auf die Kumulierung des Anspruches aus Art 73 der VO EWG 1408/71 (österreichische Familienbeihilfe) und des Anspruches auf Familienleistungen nach innerstaatlichen Rechtsvorschriften des Wohnstaates I1. Auf die diesbezüglichen Ausführungen zum Erk des EuGH, ZI C-543/03, Christine Dodl, Petra Oberhollenzer, Art 10 der VO EWG 574/72 darf verwiesen werden (Ruhe der Familienleistungen des Beschäftigungsmitgliedstaates – hier Österreich - bis zur Höhe der in den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaates vorgesehenen Familienleistungen – hier I1). Wie auf Seite 7 der BVE beschrieben ist das Kind, für welches die Leistung gewährt werden soll, auch im Sinne der VO Familienangehöriger des geschiedenen Ehegatten. Der gegenständliche Berufungsfall fällt somit unbestrittenermaßen in den Anwendungsbereich der VO. Wie vom Finanzamt ausgeführt und auch von der Abgabenbehörde zweiter Instanz geprüft, besteht entgegen der Rechtsmeinung der Bw aufgrund der Familienbetrachtungsweise (leibliche Eltern und gemeinsames Kind) und der Erwerbstätigkeit des Kindesvaters in der I1 ein Anspruch in diesem Mitgliedsstaat und Österreich hat darauf aufbauend eine Differenzzahlung laut Bescheid vom 22. Juli 2010 zu leisten.

Auch die vom Finanzamt zusätzlich ins Treffen geführte Rechtsauskunft der Europäischen Kommission vom 2. März 2011 weist in diese Richtung, wenn sie abschließend zum vorgetragenen Sachverhalt (Vater ist in der I1 erwerbstätig, wo auch sein Kind ansässig ist; die Mutter ist in Österreich beschäftigt) festhält, dass die I1 der primär zuständige Mitgliedstaat für Familienleistungen ist und Österreich nur sekundär zuständig ist und die Differenzzahlung gewährleisten soll, wenn die Leistung in Österreich höher ist.

Der Berufung war aufgrund vorstehender Ausführungen insgesamt kein Erfolg beschieden und es war somit wie im Spruch ausgeführt zu entscheiden.

Feldkirch, am 28. Oktober 2011