

## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der VJ, vom 30. Mai 2009 gegen den Bescheid des Finanzamtes Feldkirch vom 5. Mai 2009 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe für den Zeitraum 1. Jänner 2009 bis 31. Jänner 2009 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

In ihrer Berufung führte die Berufungsverberin aus, sie sei bis 31.12.2008 bei der Firma HI GmbH beschäftigt gewesen. Für den Zeitraum von 1.1.2009 bis 7.1.2009 sei ein Anspruch auf Arbeitslosenentgelt gemäß AMFG vorgelegen. Ab 7.1.2009 habe sie ihre Tätigkeit bei der DD-GmbH ausgeübt. Aufgrund ihrer durchgehenden Beschäftigung sei der Staat Österreich vorrangig zur Gewährung von Familienleistungen verpflichtet.

Gleichzeitig nahm sie Bezug auf den ebenfalls ergangenen Ausgleichszahlungsbescheid, in welchem als zur Auszahlung einer ausländischen Beihilfe verpflichtetes Land das FL genannt wurde. Sollte ein Ausgleichszahlungsbescheid überhaupt erforderlich sein, so wäre er auf das Land S, den tatsächlichen Arbeitsort ihres Gatten, auszustellen.

In seiner abweisenden Berufungsentscheidung führte das Finanzamt aus: Gemäß Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 müsse grundsätzlich jener Mitgliedstaat die Familienleistungen gewähren, in dem eine Erwerbstätigkeit ausgeübt werde. Bei

Erwerbstätigkeit der Elternteile in verschiedenen Mitgliedstaaten treffe die vorrangige Verpflichtung zur Gewährung der Familienleistungen jenen Mitgliedstaat, in dessen Gebiet die Familienangehörigen wohnten. Bei höheren Leistungen im anderen Mitgliedstaat bestehe dort gegebenenfalls ein Anspruch auf Gewährung des Differenzbetrages.

Bezugszeitraum für den Anspruch auf Familienbeihilfe sei ein Kalendermonat. Die Berufungswerberin habe im Inland von 1.1.2009 bis 7.1.2009 über keine aufrechte Beschäftigung verfügt bzw. kein Arbeitslosenentgelt bezogen. Erst ab 7.1.2009 habe sie wieder bei der inländischen DD- GmbH eine Tätigkeit aufgenommen. Aufgrund der ersten Beschäftigung im Monat Jänner habe daher der ausländische Staat S die Familienleistungen zu entrichten.

Da die Berufungswerberin von 1.1.2009 bis 31.1.2009 kein Arbeitslosenentgelt bezogen habe, sei sie in dieser Zeit nicht pflichtversichert gewesen. In Österreich bestehe Anspruch auf Ausgleichszahlung.

Der Berufung gegen den Ausgleichszahlungsbescheid wurde Folge gegeben. Die Neuberechnung der Ausgleichszahlung erfolgte unter Zugrundelegung von seitens der S zu entrichtenden Familienleistungen.

In dem in der Folge durch die Berufungswerberin eingebrachten und als Vorlageantrag gewerteten Schriftsatz erläuterte diese, die S lehne die in Streit stehende Zahlung mit der Begründung ab, dass vom Antragsteller das Nichtbestehen eines Anspruches auf Arbeitslosenentgelt seiner Gattin nachzuweisen sei. Das AMS D habe hiezu angegeben, eine nachträgliche Geltendmachung bzw. Gewährung eines Arbeitslosenentgeltes sei nicht möglich. Nur im Falle der Einreichung einer Bestätigung, dass kein Anspruch auf Arbeitslosenentgelt bestehe, sei die S er Behörde bereit, die Familienbeihilfe, wenn auch nur anteilig für den Zeitraum 1.1.2009 bis 6.1.2009, zu bezahlen.

Die Referentin des Unabhängigen Finanzsenates richtete nachstehendes Ergänzungsersuchen an die Berufungswerberin:

*Bitte legen Sie eine Bestätigung des AMS darüber vor, dass Sie für die Zeit von 1.1.2009 bis 6.1.2009 eine Leistung nach dem Arbeitslosenversicherungsgesetz **a) erhalten haben**, oder **b) nicht erhalten haben**.*

*Teilen Sie im Fall **b)** mit, warum Ihnen kein Arbeitslosengeld ausbezahlt wurde.*

In ihrem Antwortschreiben führte die Berufungswerberin aus, sie habe **kein Arbeitslosenentgelt** erhalten. Ein entsprechender Antrag ihrerseits sei nicht eingebracht worden,

- 
- weil es sich um einen Nichtbeschäftigtezeitraum von lediglich 6 Tagen gehandelt habe,
  - weil ein Arbeitslosenentgelt in Form einer monetären Abgeltung aufgrund der von ihr selbst ausgesprochenen Kündigung (Kündigung durch den Dienstnehmer) ohnehin nicht zugestanden wäre.

Im Übrigen sei die Einbringung eines nachträglichen Antrages nicht möglich.

Beigelegt war ein Schreiben des AMS D, in dem die Unmöglichkeit eines rückwirkenden Antrages bestätigt wurde.

Im Rahmen einer telefonischen Rücksprache der Referentin des Unabhängigen Finanzsenates mit einer Repräsentantin des AMS D gab diese an, die Berufungsberberin habe kein Arbeitslosenentgelt erhalten, weil sie dies nicht beantragt habe. Die Vorschrift besagt, dass der Versicherte sich binnen einer Woche nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses beim AMS zu melden habe. Richtig sei, dass bei "Selbstkündigung" eine Sperrfrist von 28 Tagen bestehe, nach Ablauf dieser Zeit werde dann allenfalls das Arbeitslosenentgelt ausbezahlt.

Grundsätzlich habe Anspruch auf Arbeitslosenentgelt eine Person, die mehr als 25 Jahre alt sei und innerhalb der letzten 2 Jahre 52 Wochen voll versichert gewesen sei.

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

Nach § 2 Abs. 1 lit. a FLAG 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, für minderjährige Kinder Anspruch auf Familienbeihilfe.

§ 4 Abs. 1 FLAG 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....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.

Die Berufungsberberin ist in Österreich beschäftigt, wo sich auch der Wohnsitz der Familie samt drei Kindern befindet. Der Gatte der Berufungsberberin übt eine Berufstätigkeit in der Schweiz aus. Aufgrund dieser besonderen Konstellation sind nicht nur die innerstaatlichen Bestimmungen des FLAG 1967 zu beachten. Vielmehr sind die *Verordnung des Rates (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 vom 14. Juni 1971 idgF (in der Folge: VO) sowie die *Verordnung (EWG) Nr. 574/72 des Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71* (in der Folge: DVO) in die Gesamtbetrachtung einzubeziehen. Die genannten und ursprünglich nur die Staaten des EWR umfassenden Verordnungen erlangten durch ein Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 1. Juni 2002, BGBI. III Nr. 133/2002, auch für die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit mit der Schweiz Anwendbarkeit (Wittmann-Papacek, Kommentar zum Familienlastenausgleich, E. Weber Verlag GmbH, Teil 2, Abschnitt D, S 2 ff).

Gemäß **Artikel 1 der VO** ist "Arbeitnehmer" 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.

**Artikel 76 der VO** besagt, dass, falls für ein und denselben Zeitraum für ein und denselben Familienangehörigen in den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaates, in dessen Gebiet die Familienangehörigen wohnen, Familienleistungen aufgrund der Ausübung einer Erwerbstätigkeit vorgesehen sind, der Anspruch auf die nach den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaates gegebenenfalls gemäß Artikel 73 bzw. 74 geschuldeten Familienleistungen bis zu dem in den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaates vorgesehenen Betrag ruht.

**Nach Artikel 73** hat ein Arbeitnehmer oder Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates unterliegt, ...., für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des ersten Staates, als ob diese Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnten.

Gemäß **Artikel 13 Abs. 2 lit. a der VO** unterliegt eine Person, die in einem Mitgliedstaat abhängig beschäftigt ist, den Rechtsvorschriften dieses Staates, und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Staates wohnt.

Der Arbeitnehmerbegriff der VO hat einen gemeinschaftsspezifischen Inhalt und wird vom EuGH sozialversicherungsrechtlich und nicht arbeitsrechtlich definiert. Demnach ist jede Person als Arbeitnehmer bzw. als 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 (vgl. UFS 7.9.2009, RV/2491-W/09).

Nach dem im Akt aufliegenden Versicherungsdatenauszug der Österreichischen Sozialversicherung war die Berufungswerberin von 1.1.2009 bis 6.1.2009 sozialversicherungsrechtlich nicht erfasst. Erst ab 7.1.2009 scheint eine Meldung als Angestellte der DD- GmbH auf. Am 1.1.2009 kommt ihr daher die ArbeitnehmerInneneigenschaft iS der VO nicht zu. Erst ab 7.1. würden entsprechend Artikel 76 der VO die Voraussetzungen für die Zuerkennung von österreichischen Familienleistungen vorliegen. Allerdings wird hier die Konkurrenz ihrer Ansprüche mit denen ihres Gatten virulent. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung ist die **Erstbeschäftigung** in einem Bezugszeitraum (Monat) entscheidend. Da der Gatte der Berufungswerberin laut Aktenlage seit 1. April 1998 durchgehend bei seinem Schweizer Arbeitgeber beschäftigt ist, endet das im Artikel 76 vorgesehen Ruhen seiner Ansprüche auf die nach den Rechtsvorschriften der Schweiz geschuldeten Familienleistungen im Zeitpunkt der Nicht-Mehr-Ausübung einer Erwerbstätigkeit durch seine Gattin bzw. der nicht mehr vorliegenden Arbeitnehmerinneneigenschaft seiner Gattin. Gemäß Artikel 73 der VO sind die anspruchsgrundlegenden Kinder so zu behandeln, als ob sie in der Schweiz wohnten.

Familienleistungen sind in einem Monat, in dem zwei Staaten nacheinander zuständig sind, nach Tagen oder im zeitlichen Verhältnis aufzuteilen (Artikel 10a lit. a DVO). Nach Artikel 10a lit. d iVm Anhang 8 DVO übernehmen aber die Staaten, mit denen ein Bezugszeitraum festgelegt worden ist, die Kosten der Familienleistungen aufgrund der ersten Beschäftigung für den gesamten Bezugszeitraum. Seitens der Schweiz wurde im Anhang 8 der DVO keine Eintragung vorgenommen. Jedoch wurde im bilateralen *Abkommen zwischen der Republik Österreich und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über soziale Sicherheit* vom 1.1.1969, das auch nach In-Geltung-Setzung der VO und der DVO für die Schweiz ab 1.6.2002 in Kraft bleibt, verfügt: "*Aus verwaltungstechnischen Gründen ist jedoch-bis zum Ergehen anderslautender Weisungen- die Familienbeihilfe für den gesamten Monatszeitraum, in dem eine Beschäftigung beginnt oder endet, auszuzahlen, sofern nicht für den gesamten gleichen Monatszeitraum eine schweizerische Familienzulage gewährt wird/wurde.*"

Ist bei konkurrierenden Ansprüchen daher aufgrund der Erstbeschäftigung im Bezugszeitraum (Monat) die Schweiz zur Entrichtung der Familienzulage aufgerufen, so findet keine tageweise Aliquotierung statt, sondern es hat die Auszahlung für den gesamten Monat durch die Schweiz zu erfolgen. Genauso wäre im Falle der Erstbeschäftigung in Österreich aufgrund des Gegenseitigkeitsprinzips die Familienbeihilfe für den ganzen Monat von Österreich zu tragen.

Insgesamt war daher wie im Spruch zu entscheiden.

---

Feldkirch, am 7. Jänner 2010