



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., Adresse, gegen den Bescheid des Finanzamtes X. vom 17. Juni 2010 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Differenzzahlung ab Oktober 2009 entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben. Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

### Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (im Folgenden Bw.) beantragte am 22. März 2010 die Zuerkennung der Familienbeihilfe für ihren Sohn S. V. ab dessen Geburt. Aus den vorgelegten Unterlagen war ersichtlich, dass die Bw. in Österreich ab April 2008 selbständig tätig war und für den am ttmjj geborenen Sohn auch in der Slowakei Familienleistungen bezogen wurden.

Das Finanzamt wies den Antrag der Bw. „auf Differenzzahlung“ mit Bescheid vom 17. Juni 2010 ab Oktober 2009 mit folgender Begründung ab:

*„Anspruchsvoraussetzung für die Familienbeihilfe bei selbständiger Tätigkeit ist die tatsächliche Ausübung dieser Tätigkeit. Die laufende Einzahlung der Sozialversicherungsbeiträge allein löst keinen Familienbeihilfenanspruch in Österreich für Ihr in der Slowakei lebendes Kind aus. Für die Auszahlung der Familienleistungen ist daher ausschließlich die Slowakei zuständig.“*

In der gegen den Abweisungsbescheid eingebrachten Berufung brachte die Bw. im Wesentlichen vor, sie habe die gewerbliche Tätigkeit nicht still gelegt, sie werde nach dem Mutterschaftsurlaub ihre gewerbliche Tätigkeit weiter ausüben; sie und der Sohn seien in Österreich auch mit Nebenwohnsitz angemeldet.

Das Finanzamt wies die Berufung mit Berufungsvorentscheidung als unbegründet ab und führt dazu aus:

*„Gemäß Art. 73 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit haben Arbeitnehmer oder Selbständige, die den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates unterliegen, für ihre Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedsstaates wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des ersten Staates.*

*Eine Mutterschutz- oder Karenzzeit ist nur dann einer obgenannten Beschäftigung gleichgestellt, wenn eine nach dem Mutterschutzgesetz gleichgestellte Situation vorliegt.*

*Dies gilt für die Zeit nach der Geburt, sofern vor der Geburt tatsächlich eine selbständige Erwerbstätigkeit in Österreich ausgeübt wurde und daraus Wochengeld bezogen wurde.*

*Da Sie in Österreich kein Wochengeld bezogen haben, ist daher die Gleichstellung der Mutterschutz- und Karenzzeit mit einer selbständigen Tätigkeit ausgeschlossen.*

*Im Übrigen wird auf die Begründung des angefochtenen Bescheides verwiesen.*

Im Vorlageantrag verwies die Bw. u.a. auf den Beschluss Nr. 207 der Verwaltungskommission der Europäischen Gemeinschaften für die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer vom 7.4.2006, wonach als Ausübung einer Erwerbstätigkeit/Berufstätigkeit auch unbezahlter Urlaub zum Zwecke der Kindererziehung gelte, solange dieser Urlaub nach den einschlägigen Rechtsvorschriften einer Erwerbstätigkeit gleichgestellt sei.

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

Folgender Sachverhalt ist im gegenständlichen Fall laut Aktenlage (u.a. Formulare E401 und E411, Personenbetreuungsvertrag, Kontoauszüge der SVA) vorgelegen:

Die Bw. ist slowakische Staatsbürgerin,

- arbeitete in Österreich als Personenbetreuerin (Pflegerin) laut vorgelegtem Vertrag seit 1.4.2008 (Honorarhöhe jeweils für 14 Tage durchschnittlich € 700),
- hat im Oktober 2009 ein Kind geboren,
- bezahlte laut den vorgelegten Kontoauszügen auch nach der Geburt des Kindes Unfall-Pensions- Krankenversicherungsbeiträge an die SVA d. gewerblichen Wirtschaft,
- war laut Versicherungsdatenauszug von 1.4. 2008 bis 31.10.2010 als gewerblich selbständig Erwerbstätige in Österreich bei der SVA d. gewerbl. Wirtschaft gemeldet, die Beiträge wurden bis September 2010 bezahlt,
- hat den Familienwohntort in der Slowakei (Wohnadresse der Bw. laut Antragsformular und Formular E411 in der Slowakei gleichlautend mit Wohnort des Kindes in der Slowakei),
- war in der Slowakei seit 2006 nicht berufstätig,
- war laut vorgelegter Meldebestätigung ab 11.3.2008 in Österreich (bei dem zu pflegenden Ehepaar) mit Nebenwohnsitz gemeldet,

Laut den vom zuständigen Träger in der Slowakei ausgefüllten Formularen (E411 vom 20.1.2010 und vom 24.6.2011) ist der Vater des Kindes (KV)

- mit der Bw. nicht verheiratet,
- wohnt nicht an der gleichen Adresse wie die Bw. und
- übt seit 7.10.2008 eine nichtselbständige Beschäftigung in der Slowakei aus (Dienstgeber

AG),

- wurden für das Kind aufgrund der Erwerbstätigkeit des Kindesvaters im Oktober und November 2009 je € 21,25 an Familienleistung ausbezahlt,

Laut dem vom zuständigen Träger in der Slowakei übermittelten Formular E001 vom 24.6.2011 wird für die endgültige Klärung (weitere Auszahlung) der Familienleistungen in der Slowakei noch die Information betreffend die Gewährung von Familienbeihilfe (Differenzzahlung) in Österreich benötigt.

Gemäß § 53 Abs. 1 FLAG sind Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum, soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt (Beitritt der Slowakei zur EU mit 1.5.2004). Hierbei ist der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraums nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten.

Bei gegebenem Sachverhalt (zwei Mitgliedstaaten sind berührt) ist die Bestimmungen der Verordnung (EWG) 1408/71 bis Ende April 2010 sowie ab 1. Mai 2010 die Verordnung (EG) 883/2004 unmittelbar anwendbar.

Nach Art. 4 Abs. 1 Buchstabe h gilt die VO 1408/71 für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, welche Familienleistungen betreffen. Die österreichische Familienbeihilfe ist eine Familienleistung im Sinn des Art. 1 Buchstabe u der Verordnung 1408/71 (vgl. VwGH19. 04.2007, 2004/15/0049).

Art. 13 der Verordnung Nr. 1408/71 bestimmt, dass Personen, für die diese Verordnung gilt, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaates unterliegen. Soweit die hier nicht in Betracht kommenden Art. 14 bis 17 der zitierten Verordnung nicht etwas anderes bestimmen, gilt gemäß Art. 13 Abs. 2 Folgendes:

*b) Eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats eine selbständige Tätigkeit ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Staates, und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnt, ...*

*f) eine Person, die den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats nicht weiterhin unterliegt, ohne dass die Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaates gemäß einer der Vorschriften in den vorhergehenden Buchstaben (oder einer der Ausnahmen oder Sonderregelungen der Artikel 14 bis 17) auf sie anwendbar würden, unterliegt den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaates, in dessen Gebiet sie wohnt, nach Maßgabe allein dieser Rechtsvorschriften.*

Die Bw. verweist im Vorlageantrag u.a. auf den Beschluss Nr. 207 der Verwaltungskommission der Europäischen Gemeinschaften für die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer vom 7.4.2006, der wie folgt lautet (auszugsweise Wiedergabe):

*„1. Für die Anwendung des Artikels 76 und des Artikels 79 Absatz 3 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 sind Familienleistungen oder -beihilfen „aufgrund der Ausübung einer Erwerbstätigkeit“ oder „wegen Ausübung einer Erwerbstätigkeit“ wie folgt zu zahlen:*

*a) wegen Ausübung einer Erwerbstätigkeit als Arbeitnehmer oder Selbständiger sowie*

*b) während Zeiten einer vorübergehenden Unterbrechung dieser Erwerbstätigkeit*

*i) wegen Mutterschaft, solange Arbeitsentgelt oder andere Leistungen als Renten in Zusammenhang mit diesen Versicherungsfällen zu zahlen sind, oder*

*iii) während unbezahltem Urlaub zum Zweck der Kindererziehung, solange dieser Urlaub nach den einschlägigen Rechtsvorschriften einer Erwerbstätigkeit gleichgestellt ist.*

*2. Bei Anwendung des Artikels 10 Absatz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 ist der Passus „Wird eine Berufstätigkeit ausgeübt“ wie folgt zu verstehen:*

*a) die tatsächliche Ausübung einer Erwerbstätigkeit als Arbeitnehmer oder Selbständiger sowie*

*b) die vorübergehende Unterbrechung dieser Erwerbstätigkeit*

*i) wegen ..Mutterschaft, ... , solange Arbeitsentgelt oder andere Leistungen als Renten in Zusammenhang mit diesen Versicherungsfällen zu zahlen sind, oder ...*

*iii) während unbezahltem Urlaub zum Zweck der Kindererziehung, solange dieser Urlaub nach den einschlägigen Rechtsvorschriften einer Erwerbstätigkeit gleichgestellt ist."*

Die vorübergehende Unterbrechung der Erwerbstätigkeit wegen Mutterschaft ist somit einer Erwerbstätigkeit gleichzuhalten, wenn Arbeitsentgelt oder andere Leistungen als Renten in Zusammenhang mit diesen Versicherungsfällen zu zahlen sind oder während unbezahltem Urlaub zum Zweck der Kindererziehung solange dadurch eine nach den einschlägigen Rechtsvorschriften der selbständigen Erwerbstätigkeit gleichgestellte Situation vorliegt.

Auf Grund der Bestimmungen des § 2 Abs.1 Z.1 des gewerblichen Sozialversicherungsgesetzes (GSVG) sind, soweit es sich um natürliche Personen handelt, die Mitglieder der Kammern der gewerblichen Wirtschaft in der Krankenversicherung und in der Pensionsversicherung pflichtversichert. Laut § 3 Abs.3 Z.4 GSVG sind pflichtversichert in der Pensionsversicherung auch Personen, die ihr Kind in den ersten 48 Kalendermonaten nach der Geburt tatsächlich und überwiegend erziehen, wenn sie zuletzt nach dem GSVG pensionsversichert waren.

Nach dem Vorbringen der Bw. wurde die gewerbliche Tätigkeit nach der Geburt des Kindes nicht stillgelegt und wird das Gewerbe nach dem Mutterschaftsurlaub auch weiter ausgeübt werden. Die Bw. war laut den vorgelegten Unterlagen und laut Versicherungsdatenauszug vom 9.5.2012 bei der SVA der gewerblichen Wirtschaft bis Ende Oktober 2010 als gewerblich selbständige Erwerbstätige gemeldet und hat bis Ende September 2010 die Beiträge auch bezahlt. Laut telefonischer Auskunft der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft hat die Bw. das Gewerbe erst mit Oktober 2010 ruhend gemeldet und war davor nach § 2 Abs.1 Z.1 GSVG pflichtversichert.

Nach Art. 1 Buchstabe a) Ziffer i) der im vorliegenden Fall noch bis Ende April 2010 maßgeblichen Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 ist Arbeitnehmer oder Selbständiger iSd VO, wer auch nur gegen ein einziges Risiko im Rahmen eines allgemeinen oder besonderen System der sozialen Sicherheit pflichtversichert versichert 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 pflichtversichert ist.

Da die Bw. nach § 2 GSVG pflichtversichert war, fällt sie als Selbständige iSd Art. 1 Buchstabe a) Ziffer i) der Verordnung Nr. 1408/71 jedenfalls gemäß Art. 2 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71 in den Anwendungsbereich dieser Verordnung, auch ohne diese gewerbliche Tätigkeit ausgeübt zu haben (vgl. VwGH 26.01.2012, 2011/16/0263).

Im gegenständlichen Fall steht somit fest, dass die Bw. als slowakische Staatsbürgerin in einem für Selbständige geschaffenen System der sozialen Sicherheit in Österreich ab April 2008 pflichtversichert war und die Pflichtversicherung jedenfalls bis September 2010 durchgehend aufrecht war.

Nach Art. 73 hat ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates unterliegt, vorbehaltlich der Bestimmungen in Anhang VI, 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.

Nach Art. 75 Abs. 1 werden Familienleistungen in dem in Artikel 73 genannten Fall vom zuständigen Träger des Staates gewährt, dessen Rechtsvorschriften für den Arbeitnehmer oder den Selbständigen gelten. Sie werden nach den für diese Träger geltenden Bestimmungen unabhängig davon gezahlt, ob die natürliche oder juristische Person, an die sie zu zahlen sind, im Gebiet des zuständigen Staates oder in dem eines anderen Mitgliedstaates wohnt oder sich dort aufhält.

Soweit die Bw. selbst nach den slowakischen Rechtsvorschriften aufgrund ihres Wohnsitzes in der Slowakei Anspruch auf Familienleistungen hat, ist im Übrigen nach dem bereits zitierten Beschluss Nr. 207 der Kommission vom 7.4.2006 der Begriff „Berufstätigkeit“ nach Art. 10 der VO 574/72 gleich wie der Begriff „Ausübung einer Erwerbstätigkeit“ nach Art. 76 der VO 1408/71 auszulegen.

Somit hat die Bw. für den Zeitraum bis Ende April 2010 (Anwendbarkeit der Verordnung Nr. 1408/71) nach diesen unmittelbar anwendbaren unionsrechtlichen Bestimmungen für ihren in der Slowakei lebenden Sohn Anspruch auf Familienleistungen in Österreich.

Diese Ansprüche konkurrieren allerdings mit jenen des Vaters, der in der Slowakei eine nichtselbständige Beschäftigung ausübt. Seine Ansprüche auf Familienleistungen sind ebenfalls durch eine Beschäftigung ausgelöst. In diesem Fall sind die Prioritätsregeln der VO - für den Fall der Kumulierung von Ansprüchen auf Familienleistungen gemäß den Rechtsvorschriften des zuständigen Staates und denen des Staates, in dem die Familienangehörigen wohnen - heranzuziehen.

Artikel 76 Absatz 1 der Verordnung lautet:

*Sind für ein und denselben Zeitraum für ein und denselben Familienangehörigen in den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet die Familienangehörigen wohnen, Familienleistungen aufgrund der Ausübung einer Erwerbstätigkeit vorgesehen, so ruht der Anspruch auf die nach den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats gegebenenfalls nach den Artikeln 73 bzw. 74 geschuldeten Familienleistungen bis zu dem in den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaats vorgesehenen Betrag.*

Damit ergibt sich, dass die Bw. für den Zeitraum bis Ende April 2010 unter Berücksichtigung der Kumulierungsregelung des Art. 76 der VO 1408/71 Anspruch auf Differenzzahlung für ihren in der Slowakei lebenden Sohn hat.

Für den Zeitraum ab Mai 2010 ist die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (VO 883/2004) maßgeblich. Diese Verordnung gilt nach Art. 2 für alle Staatsangehörige eines Mitgliedstaats für die die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, sowie für ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen. Gemäß Artikel 1 Buchstabe b der VO 883/2004 bezeichnet der Ausdruck "selbstständige Erwerbstätigkeit" jede Tätigkeit oder gleichgestellte Situation, die für die Zwecke der Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit des Mitgliedstaats, in dem die Tätigkeit ausgeübt wird oder die gleichgestellte Situation vorliegt, als solche gilt.

Die Berufungswerberin hat laut eigenen Angaben nach der Geburt des Kindes in Österreich die selbstständige Beschäftigung nicht tatsächlich ausgeübt. Ob für die Zeit der Kinderbetreuung ab Mai 2010 eine gleichgestellte Situation nach den Rechtsvorschriften des Art. 68 der VO 883/2004 vorlag, ist im vorliegenden Fall jedoch nicht weiter zu prüfen, da – wenn die Umsetzung der VO 883/2004 mit 1.5.2010 dazu führt, dass es im Vergleich zur VO 1408/71 zu einem Wechsel der anzuwendenden Rechtsvorschriften kommen würde, die VO 883/2004 in Art. 87 Abs. 8 entsprechende Übergangsregelungen vorsieht:

*Gelten für eine Person infolge der VO 883/2004 die Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaates als desjenigen, der durch die VO 1408/71 bestimmt wurde, so bleiben die ursprünglich ermittelten Rechtsvorschriften so lange anwendbar, bis sich der vorliegende Sachverhalt ändert. Kommt es zu keiner Sachverhaltsänderung, sind die jeweils nach der VO 1408/71 ermittelten nationalen Rechtsvorschriften für einen Zeitraum von höchstens zehn Jahren ab Inkrafttreten der VO 883/2004 weiter anzuwenden.*

Im vorliegenden Fall liegt eine Änderung des Sachverhaltes ab Oktober 2010 vor, weil die Bw. das Gewerbe mit Oktober 2010 ruhend gemeldet und die Sozialversicherungsbeiträge nur bis Ende September 2010 bezahlt hat.

Da sich die zeitliche Wirksamkeit des angefochtenen Bescheides vom 17. Juni 2010 (Abweisung „ab Oktober 2009“) ebenfalls nur auf den Zeitraum bis zum Eintritt einer Änderung der Sach- oder Rechtslage erstreckt (siehe VwGH 29.09.2004, 2000/13/0103), erübrigt sich im Berufungsfall eine Auseinandersetzung mit den Rechtsvorschriften der VO 883/2004.

Es war daher nach den vorstehenden Ausführungen wie im Spruch zu entscheiden.

Wien, am 1. August 2012