



UNABHÄNGIGER
FINANZSENAT

Außenstelle Wien
Senat 5

GZ. RV/3848-W/10

Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., Adr., gegen den Bescheid des Finanzamtes Baden Mödling betreffend Abweisung des Antrags auf Differenzzahlung an Familienbeihilfe für die Monate Juli 2009, August 2009 und September 2009 entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (Bw.), eine slowakische Staatsbürgerin, ist in der Personenbetreuung tätig. Im Februar 2010 stellte sie für ihre Töchter K., geb. am 1988 , und V., geb. am 1991, einen Antrag auf Differenzzahlung an Familienbeihilfe.

Das Finanzamt erließ nach Überprüfung des Anspruches am 20. Mai 2010 einen Differenzzahlungsbescheid und gewährte die Differenzzahlungen inkl. Kinderabsetzbetrag für die Monate Jänner 2009 bis Juni 2009 und Oktober 2009 bis Dezember 2009.

Die Bw. brachte gegen den Bescheid fristgerecht Berufung ein und führte begründend aus:

„Seit ich mein Gewerbe als Personenbetreuerin in Österreich gegründet habe (22.7.2008), ist mein Gewerbe ununterbrochen aktiv.

Seit 3.8.2009 Verlegung Standort des Gewerbes auf die Adresse: Caritas, Wien

Seit 25.9.2009 Verlegung Standort des Gewerbes auf die Adresse: NÖ, G-Gasse

Mit Ergänzungersuchen vom 5. Juli 2010 ersuchte das Finanzamt die Bw. um Beantwortung folgender Fragen:

„Sie waren vom 22.07.2008 bis 15.08.2009 bei Frau H. X3 als Betreuerin tätig. Ab 15.09.2009 sind Sie bei Frau T. als Betreuerin tätig.

Schriftliche Bestätigung von wann bis wann die Betreuungstätigkeit bei Frau R. stattgefunden hat. Vorlage des Betreuungsvertrages und schriftliche Bestätigung über die Dauer der Betreuungstätigkeit durch einen etwaigen Sachwalter oder eine dritte Person lt. Betreuungsvertrag.

Information: Die Anmeldung des Gewerbes alleine ohne tatsächlich als Betreuerin tätig zu sein reicht für den Anspruch auf Familienbeihilfe nicht aus.“

Das Schreiben wurde von der Bw. wie folgt beantwortet:

„gestatten Sie mir bitte Ihnen zu erklären, warum ich im Jahre 2009 (Juli, August, September) unregelmäßig arbeitete.

*In der Arbeit einer Pflegerin gibt es Situationen, wenn sie wie unten angeführt arbeitet:
nach dem Bedarf des Klienten:*

bei der stationären Behandlung, nach dem Heimeintritt

der Klient stirbt plötzlich

der Klient ist mit der Arbeit der Pflegerin unzufrieden.

Es gibt auch Situationen, wenn die Pflegerin in den vereinbarten Terminen nicht arbeiten kann:

Krankheit, unerwartete Operation

Kurbadantritt

Familienereignisse (Unfall, Tod einer nahe stehenden Person)

Klientenwechsel (falls die Pflegerin mit dem Klienten unzufrieden ist)

In solchen Fällen arbeiten die Pflegerinnen nach Vereinbarung mit dem Klienten, mit der Familie. Es ist wichtig für den Klienten ununterbrochene Pflege sicherzustellen! Stirbt der Klient oder ist er mit der Pflegerin unzufrieden, muss sie auf eine neue Stelle warten, was manchmal auch mehrere Wochen dauert. Der Verein kann in kurzer Zeit keine entsprechende Stelle finden. Im Jahre 2009 habe ich 2 x auf eine neue Stelle gewartet. Juli – ich habe Kurort für Bewegungsapparat absolviert. Ich habe den Kurort bereits im Januar 2009 erledigt und die Vertretung hat meine Kollegin – eine andere Pflegerin übernommen. Mein Klient ist inzwischen gestorben. Eine neue Stelle hat mir Caritas Wien mit Antritt vom 3.8.2009 vermittelt.

August – Antritt zur Familie X1 3.8.2009 – 18.8.2009. Der Klient war mit meiner Arbeit sehr zufrieden, die Tochter von Frau R. forderte jedoch nach dem ersten Turnus eine andere Pflegerin.

Ich habe also wieder auf die Vermittlung einer neuen Stelle gewartet.

September – Caritas Wien hat mir eine Stelle bei Familie X2 mit Antritt vom 15.9. für den ersten Turnus vermittelt. Ich arbeite seither für Familie X2 und sie sind sehr zufrieden. Ich bin auch zufrieden...

Turnus:

1. 9.1.09 – 22.1.09
 2. 23.1.09 – 29.1.09
 3. 13.2.09 – 26.2.09
 4. 13.3.09 – 26.3.09
 5. 10.4.09 – 23.4.09
 6. 8.5.09 – 21.5.09
 7. 5.6. – 15.6.09
 8. 3.8. – 17.8.09
 9. 15.9. – 28.9.09
 10. 13.10. – 26.10.09
 11. 9.11. – 22.11.09
 12. 7.12. – 22.12.09
- ..."

Das Finanzamt erließ am 5. Juli 2010 einen Zurückweisungsbescheid, den es damit begründete, dass der Differenzzahlungsbescheid vom 21.05.2010 sich nur auf die Zeiträume 01.01.2010 – 30.06.2010 und 01.10.2010 – 31.12.2010 beziehe. Eine Abweisung für den Zeitraum 01.07.2010 – 30.09.2010 sei mit diesem Bescheid nicht erfolgt. Da für den Zeitraum 01.07.2010 – 30.09.2010 noch kein abweisender Bescheid erlassen worden sei, müsse die gegenständliche Berufung zurückgewiesen werden.

Das Finanzamt erließ in der Folge am 25. August 2010 einen Bescheid, mit dem es den Antrag der Bw. auf Gewährung der Differenzzahlung für die Monate Juli bis September 2009 mit folgender Begründung abwies:

„Die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 regelt, welcher Mitgliedstaat für ein und denselben Zeitraum für ein und denselben Familienangehörigen vorrangig zur Gewährung der im jeweiligen Hoheitsgebiet vorgesehenen Familienleistungen verpflichtet ist.

Vorrangig muss grundsätzlich jener Mitgliedstaat die Familienleistungen gewähren, in dem eine Erwerbstätigkeit ausgeübt wird. Sind die Elternteile in verschiedenen Mitgliedstaaten erwerbstätig, trifft die vorrangige Verpflichtung zur Gewährung der Familienleistungen jenen Mitgliedstaat, in dessen Gebiet die Familienangehörigen wohnen. Sind die Familienleistungen im anderen Mitgliedstaat höher, besteht dort jedenfalls ein Anspruch auf Gewährung des Differenzbetrages (Artikel 76 Absatz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 in Verbindung mit Art. 10 der DVO 574/72).

Wird in jenem Mitgliedstaat, der vorrangig zur Gewährung von Familienleistungen verpflichtet ist, kein Antrag gestellt, so kann der Andere Mitgliedstaat dennoch jene Leistungen, die bei Antragstellung gewährt worden wären, bei der Berechnung der Differenzzahlung berücksichtigen (Artikel 76 Absatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71.)

Nach Art. 10a DVO sind Familienleistungen in einem Monat, in dem zwei Staaten nacheinander zuständig sind, nach Tagen oder im zeitlichen Verhältnis aufzuteilen.

Nach Art. 10a lit. d + 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 der Slowakei wurde ein Bezugszeitraum von einem Monat festgelegt.

Sie haben im Juli 2009 in Österreich keine Erwerbstätigkeit ausgeübt. Vom 3.8.2009 – 18.8.2009 haben Sie Frau R. gepflegt. Ab 15.9.2009 bis laufend pflegen Sie Frau M. X2 . Für Juli 2009 besteht mangels tatsächlicher Ausübung einer Tätigkeit kein Anspruch auf Differenzzahlung.

In den ersten Monaten August und September 2009 hat jeweils Ihr Gatte in der Slowakei die erste Beschäftigung ausgeübt. Die Meldung bei der Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft alleine reicht für den Anspruch auf Differenzzahlung nicht aus, vielmehr muss die Beschäftigung tatsächlich ausgeübt werden."

Die Bw. erhab gegen den Bescheid mit Schreiben vom 14. September 2010 mit der Bezeichnung „Berufung (Differenzzahlungsbescheid Nr. ... vom 26. August 2010)“ mit folgender Begründung Berufung:

„In Ihrem Brief teilen Sie mir mit, dass die Beschäftigung tatsächlich ausgeübt werden muss und die Meldung bei der SVA für den Anspruch auf Differenzzahlung nicht ausreicht.

*Mein Gatte hat die erste Beschäftigung ausgeübt. Er ist bei einer slowakischen Firma angestellt. Ich habe auf selbständiger Basis vom *3.8. bis 15.9.2010* bei Frau X1 * gearbeitet und ab *15.9.2010* bin ich laufend auch als selbständige Personenbetreuerin tätig, und zwar bei Frau X2. Aus Ihrem Schreiben ist es mir deswegen nicht ganz klar, warum ich nicht den Anspruch auf Differenzzahlung habe.*

- die Korrektur: 3.8.2009 – 18.8.2009, 15.9.2009 – 28.9.2009

Vom 3.8.2009 - 18.8.2009 habe ich ein Turnus pro Monat August gearbeitet. Habe ich Frau R. gepflegt.

Ab 15.9.2009 – 28.9.2009 wieder ein Turnus pro Monat September, bis laufend pflege ich Frau M. X2.

die Folge: 13.10.2009 – 26.10.2009 Turnus pro Oktober 2009

9.11.2009 – 22.11.2009 Turnus pro November 2009

7.12.2009 – 20.12.2009 Turnus pro Dezember 2009.

In den Monaten August und September 2009 habe ich ein Turnus pro Monat gearbeitet, wie Turnuse pro Monaten Oktober, November, Dezember 2009..."

Am 24. September 2010 langte beim Finanzamt folgendes Schreiben mittels Fax ein:

„Berufung (Differenzzahlungsbescheid Nr. ... – Abweisungsbescheid)

Ich kann nicht Abweisungsbescheid vom 26.8.2010 akzeptieren. Das ist die Diskriminierung meine Arbeit. ich habe im Juli 2009 keine Stelle gehabt, das akzeptiere ich, dass ich keine Geld bekommen habe. Aber im August habe ich normal 2 Wochen Turnus gearbeitet, seit 3.8.2009 – 17.8.2009. Ich könnte nicht seit 1. August 2009 arbeiten, 1. August war Samstag, 2. August war Sonntag. Montag 3.8.2009 bin ich zu Frau X1 eingetreten. Montag 3.8.2009 war der erste Arbeitstag im Monat August. Von 15.9.2009 – 28.9.2009 – zwei Wochen Turnus gearbeitet habe. August und September 2009 sind zwei normal Turnus, wie im Oktober, November, Dezember 2009..."

Wenn bin ich seriös im August und September zwei Turnuse gearbeitet habe, dafür verlange ich die Differenzzahlung für meine Töchter K. ..., V. ... für August 2009, September 2009.

Suchen Sie bitte auch die seriöse Lösung; Ich meine, sind Sie dafür uns Menschen in Österreich zu helfen. Ich bin in Österreich legal, ich wende mich noch mit mein Problem an andere Stelle, Ämter – ich möchte Ihre Entscheidung wissen, und auch mit dem Rechtsanwalt konsultieren, um mehrere Informationen zu haben."

Das Finanzamt erließ am 8. Oktober 2010 eine Berufungsvorentscheidung und wies die Berufung vom 14. September 2010 gegen den Abweisungsbescheid betreffend Differenzzahlung für den Zeitraum 1. Juli 2009 bis 30. September 2009 mit folgender Begründung ab:

"Die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 regelt, welcher Mitgliedstaat für ein und denselben Zeitraum für ein und denselben Familienangehörigen vorrangig zur Gewährung der im jeweiligen Hoheitsgebiet vorgesehenen Familienleistungen verpflichtet ist.

Vorrangig muss grundsätzlich jener Mitgliedstaat die Familienleistungen gewähren, in dem eine Erwerbstätigkeit ausgeübt wird.

Sind die Elternteile in verschiedenen Mitgliedstaaten erwerbstätig, trifft die vorrangige Verpflichtung zur Gewährung der Familienleistungen jenen Mitgliedstaat, in dessen Gebiet die Familienangehörigen wohnen.

Sind die Familienleistungen im anderen Mitgliedstaat höher, besteht dort gegebenenfalls ein Anspruch auf Gewährung des Differenzbetrages (Artikel 76 Absatz 1 der Verordnung (EWG)

Nr. 1408/71 in Verbindung mit Artikel 10 der Durchführungsverordnung (DVO) 574/72.

Nach Artikel 10a DVO sind Familienleistungen in einem Monat, in dem zwei Staaten nacheinander zuständig sind, nach Tagen oder im zeitlichen Verhältnis aufzuteilen. Nach Artikel 10a lit. d und 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 der Slowakei wurde ein Bezugszeitraum von einem Monat festgelegt. Sie haben im Juli 2009 in Österreich keine Erwerbstätigkeit ausgeübt. Vom 03.08.2009 – 18.08.2009 haben Sie Frau R. betreut. Ab 15.09.2009 bis laufend pflegen Sie Frau M. X2.

Für Juli 2009 besteht mangels tatsächlicher Ausübung einer Pflegetätigkeit in Österreich kein Anspruch auf Differenzzahlung. In den Monaten August und September 2009 hat jeweils Ihr Gatte in der Slowakei die erste Beschäftigung im jeweiligen Monat ausgeübt.

Nach den Prioritätsregeln gemäß Art. 10a lit. d und Anhang 8 der DVO hat in den Monaten August 2009 und September 2009 nur Ihr Gatte Anspruch auf die slowakischen Familienleistungen. Ein Anspruch auf Differenzzahlung in Österreich besteht für diese Monate nicht. Durchgehender Anspruch auf Differenzzahlung bei einem 14-tägigen Turnus besteht nur dann wenn die Betreuung ein und derselben Person laut Werkvertrag ausgeübt wird. Wird die Betreuungstätigkeit laut einem Personenbetreuungsvertrag, aus welchem Grund auch immer beendet und ein neuer Personenbetreuungsvertrag abgeschlossen, greift im ersten Monat immer die Prioritätsregel gem. Art. 10a lit. d und Anhang 8, es sei denn die Betreuung laut Werkvertrag beginnt bereits am ersten Tag eines Monats."

Die Bw. brachte einen Vorlageantrag ein und führte darin aus wie folgt:

"... Mit Berufungsvorentscheidung vom 14.10.2010 haben Sie mir mitgeteilt, dass die Berufung vom 14.10.2010 als unbegründet abgewiesen wird.

In der Begründung wird auf die Artikel der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 und auf die Artikel der Durchführungsverordnung (DVO) 574/72 verwiesen und zwar:

1. auf den Artikel 10a der DVO über Aufteilung der Familienleistungen im zeitlichen Verhältnis, wenn eine Person in einem Monat den Rechtsvorschriften zweier Staaten unterliegt und diese zwei Staaten für die Familienleistungen nacheinander zuständig sind. In dem Fall, nach Artikel 10a lit. d und Anhang 8 DVO, übernehmen die Staaten, mit denen ein Bezugszeitraum festgelegt worden ist, die Kosten der Familienleistungen auf Grund der ersten Beschäftigung/selbständigen Tätigkeit für den gesamten Bezugszeitraum.

Seit 12.07.2008 bin ich in Österreich als selbständige Personenbetreuerin tätig. Mein Gewerbe war die ganze Zeit und ist immer noch aktiv. Solange ich in Österreich ein rechtmäßiges Gewerbe habe, unterliege ich den österreichischen Rechtsvorschriften. In der Slowakei war ich die ganze Zeit nicht erwerbstätig. Um den slowakischen Rechtsvorschriften zu unterliegen,

müsste ich das Gewerbe in Österreich entweder ruhendmelden oder abmelden. Im Juli 2009 habe ich leider keine Stelle gehabt.

Sie schreiben, dass mangels tatsächlicher Ausübung einer Pflegetätigkeit in Österreich kein Anspruch auf Differenzzahlung besteht.

Gem. § 1 Abs. 4 GewO gilt als regelmäßige Tätigkeit auch eine einmalige Handlung, wenn nach den Umständen des Falles auf die Absicht der Wiederholung geschlossen werden kann. Sowohl im August als auch im September habe ich wieder die gewerbliche Tätigkeit ausgeübt. Demzufolge habe ich gem. Verordnung Nr. 1408/71 Artikel 13 Abs. 2 lit. b die ganze Zeit (einschließlich Juli) den österreichischen Rechtsvorschriften unterliegen und ihre Begründung gem. Artikel 10a der DVO und gem. Artikel 10a lit. d und Anhang 8 DVO findet in meinem Fall keine Anwendung.

2. Sie haben angeführt:

Im August 2009 (03.08.2009 – 18.08.2009) habe ich Fr. R. betreut und im September 2009 (ab 15.09.2009 bis laufend) betreue ich Fr. M. X2. Den Anspruch auf Differenzzahlung der Familienbeihilfe für August und September wurde aus dem Grund abgewiesen, dass ich die Betreuung ohne Werkvertrag ausgeübt habe.

Rechtsgrundlage für die selbständige Personenbetreuung wurde durch § 159, sowie die Qualitätssicherung für die Personenbetreuung durch § 160 der Gewerbeordnung geschaffen. Die Gewerbebetreibenden haben gem. § 160 Abs. 2 Z 1 mit der betreuungsbedürftigen Person oder deren gesetzlichem Vertreter eine Vereinbarung betreffend Handlungsleitlinien für den Alltag und den Notfall abzuschließen. Es wird aber nicht angeführt, dass die Vereinbarung unbedingt schriftlich abgeschlossen werden muss. Im August 2009 habe ich Fr. R. betreut. Als Bestätigung meiner Betreuungstätigkeit bei Fr. R. habe ich Ihnen eine Honorarnote für den Zeitraum ab 03.08.2009 bis 18.08.2009 vorgelegt. Ihrer Begründung nach, muss die Betreuungstätigkeit nur durch einen schriftlich abgeschlossenen Werkvertrag ausgeübt werden. Daraus geht hervor, dass die Betreuungstätigkeit, ohne einen schriftlich abgeschlossenen Werkvertrag, wird nicht rechtmäßig ausgeübt. Es muss sich also um Schwarzarbeit handeln, was ich nicht nachvollziehen kann, denn ich besitze ein rechtmäßiges Gewerbe. Nachweis meiner pflegerischen Tätigkeit für September 2009 ist bereits vorgelegter schriftlich abgeschlossener Werkvertrag über Betreuung von Fr. M. X2.

3. Sie habe weiter angeführt, dass der Anspruch auf Familienleistungen nicht besteht, wenn die Betreuungstätigkeit laut einem Werkvertrag, aus welchem Grund auch immer, beendet wird und besteht erst dann, wenn ein neuer Personenbetreuungsvertrag abgeschlossen wird. Im ersten Monat greift immer die Prioritätsregeln gem. Artikel 10a lit. d und Anhang 8 der DVO, es sei denn, die Betreuung laut Werkvertrag beginnt bereits am ersten Tag des Monats.

Die Prioritätsregeln gem. Artikel 10a lit. d und Anhang 8 der DVO findet keine Anwendung, denn, wie bereits oben erwähnt, ich unterliege gem. Verordnung Nr. 1408/71 Artikel 13 Abs 2 lit. b ununterbrochen den österreichischen Rechtsvorschriften und es ist nicht maßgebend, ob die Pflegetätigkeit ab 1 oder ab 15 Tag des Monats beginnt.

Auf Grund der gegebenen Sach- und Rechtslage beantrage ich den Abweisungsbescheid vom 26.8.2010 aufzuheben und dem Antrag auf Differenzzahlung der Familienbeihilfe vom 10.2.2010 für meine zwei Kinder D. V. geb. 1991 und D. K. geb. 1988 ab Juli bis September 2009 stattzugeben."

Über die Berufung wurde erwogen:

Folgender Sachverhalt steht fest.

Die Bw., ihr Ehegatte und die beiden Kinder V. und K. sind slowakische Staatsbürger und haben ihren ständigen Aufenthalt am Familienwohnsitz in der Slowakei. Dort befindet sich der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Bw.

Die Bw meldete das Gewerbe "Personenbetreuung" am 22. Juli 2008 im Inland an.

Die Pflichtversicherung der Bw bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft LSt Wien als gewerblich selbständig Erwerbstätige begann mit 22. Juli 2008 und endete am 30.9.2009.

Die Pflichtversicherung der Bw bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft LSt NÖ als gewerblich selbständig Erwerbstätige begann mit 1. Oktober 2009 und dauerte zumindest bis Juli 2010 an.

Die Bw unterlag daher seit 22.Juli 2008 bis zumindest Juli 2010 und somit während des gesamten Streitzeitraums ununterbrochen der Pflichtversicherung bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft. Die Pflichtversicherung bestand in der GSVG-Krankenversicherung, GSVG-Pensionsversicherung und ASVG-Unfallversicherung. Die entsprechenden Beiträge wurden eingezahlt.

Die Bw war während des gesamten Streitzeitraums für das freie Gewerbe Personenbetreuung gemeldet und übte diese Tätigkeit insofern aus, als sie von 3.8.2009 bis zum 17.8.2009 Fr. X1 und ab 15.9.2009 Fr. X2 betreute. Vor dem Streitzeitraum hatte die Bw. vom 22.7.2008 bis 15.6.2009 Fr. X3 betreut.

Der Ehegatte der Bw. hat im Streitzeitraum eine berufliche Tätigkeit in der Slowakei ausgeübt. Die Töchter der Bw. besuchten im Streitzeitraum eine Schule bzw. Hochschule in der Slowakei. Für sie wurde im Streitzeitraum slowakische Familienbeihilfe bezogen.

Die Bw hat bei den zu betreuenden Personen jeweils einen Nebenwohnsitz angemeldet.

Der Sachverhalt ist unstrittig und beruht insbesondere auf folgenden, für das Verfahren relevanten, im Akt erliegenden Unterlagen:

- Auszug aus dem Gewerberegister vom 22. Juli 2008: Anmeldung des Gewerbes am 22. Juli 2008
- Anzeige bei der Landeskammer der gewerblichen Wirtschaft gem. § 93 GewO
- Schreiben an die BH Mödling über die Verlegung des Betriebes an den Standort NÖ ,G-Gasse
- Auszug aus dem Melderegister: Nebenwohnsitz vom 5.8.2009 – 16.9.2009 in WienXY, ab 16.9.2009 Nebenwohnsitz in NÖ, G-Gasse.
- Sozialversicherungsauszug vom 4. März 2010: Die Bw. war als gewerblich selbständige Erwerbstätige in Österreich seit 1.7.2008 bis laufend sozialversichert.
- Auftragsbestätigungen über bezahlte Versicherungsbeiträge für den Streitzeitraum
- Werkvertrag über Leistungen in der Personenbetreuung gemäß § 159 GewO vom 25. Juli 2008 betreffend die Betreuung von Frau X3
- Werkvertrag über Leistungen in der Personenbetreuung gemäß § 159 GewO vom 19. September 2009 betreffend die Betreuung von Frau X2
- Rechnungskopien betreffend die Personenbetreuung von Frau X3 für die Monate Jänner 2009 bis Juni 2009
- Kassa-Eingang vom 28. September 2009 und vom 26. Oktober 2009 für die Personenbetreuung von Frau X2
- Angebot der Bw. an Frau X1 betreffend Leistungen der Personenbetreuung vom 3. August 2009 bis 17. August 2009
- Honorarnote der Bw. betreffend die 14-tägige Betreuung von Frau X1 vom 17. August 2009
- Bestätigung des Gemeindeamtes in Slowakei , dass die Töchter K. und V. mit den Eltern im gemeinsamen Haushalt wohnen
- Bestätigung von W X1 vom 5.8.2010, dass die Bw. im Zeitraum 3.8.2009 bis 17.8.2009 die Betreuungstätigkeiten bei seiner Ehefrau R. ausgeübt hat
- Formulare E 401, E 402 und E 411 betreffend Gewährung von Familienleistungen in der Slowakei und Bescheinigungen über die Fortsetzung der Schul- oder Hochschulausbildung für die Gewährung von Familienleistungen
- E-Mail des Steuerberaters der Bw, wonach diese ihren österreichischen Wohnsitz derzeit (Mai 2012) in Adr., habe

Rechtlich ist auszuführen wie folgt:

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 § 2 Abs. 2 lit. b leg. cit. haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist, 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.

Gemäß § 2 Abs. 8 FLAG haben Personen nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben. Eine Person hat den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.

§ 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. Nach § 4 Abs. 6 FLAG 1967 gilt die Ausgleichszahlung, mit Ausnahme der Bestimmungen über die Höhe der Familienbeihilfe, als Familienbeihilfe i.S. dieses Bundesgesetzes.

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. Dabei ist der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des EWR nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten.

Die Töchter der Bw. sind bei der Bw. am Familienwohnsitz in der Slowakei haushaltszugehörig. Sie haben ihren ständigen Aufenthalt in der Slowakei, weshalb grundsätzlich der Anspruch auf Familienbeihilfe gemäß § 5 Abs. 3 FLAG 1967 ausgeschlossen wäre. Da die Bw. aber slowakische Staatsbürgerin und somit EWR-Bürgerin ist, ist sie gemäß § 53 Abs. 1 FLAG 1967 österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt.

Unbestritten ist, dass die Bw. für die beiden Töchter dem Grunde nach Anspruch auf Familienbeihilfe i.S. des § 2 FLAG 1967 hätte. Dementsprechend hat die Amtspartei der Bw. die Differenzzahlung an Familienbeihilfe für die Zeiten vor und nach dem Streitzeitraum, nämlich für Jänner 2009 bis Juni 2009 und für Oktober 2009 bis Dezember 2009, gewährt.

Im Berufungsfall sind nicht nur die innerstaatlichen Bestimmungen des FLAG 1967 zu beachten. Vielmehr ist die im Streitzeitraum anzuwendende 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 i.d.g.F. (in der Folge „VO“) 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 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.

Der Arbeitnehmerbegriff der VO hat einen gemeinschaftsspezifischen Inhalt und wird vom EuGH sozialversicherungsrechtlich und nicht arbeitsrechtlich definiert. Demnach ist jede Person als Arbeitnehmer bzw. Selbständer anzusehen, die, unabhängig davon, ob sie eine Erwerbstätigkeit ausübt oder nicht, die Versicherteneigenschaft nach den für die soziale Sicherheit geltenden Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten besitzt. Entscheidend ist, ob jemand in einem für Arbeitnehmer oder Selbständige geschaffenen System der sozialen Sicherheit pflicht- oder freiwillig versichert ist (siehe *EuGH Rs. C-543/03, Dodl und Oberholzenzer, Slg 2005, I-05049*).

Artikel 2 der VO 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 haben Personen, die im Gebiet eines Mitgliedsstaats wohnen und für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten auf Grund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates, wie die Staatsangehörigen dieses Staates, soweit besondere Bestimmungen dieser Verordnung nicht anderes vorsehen.

Gemäß Artikel 4 der VO gilt diese Verordnung für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, uA die, die Familienleistungen betreffen.

Die Bw ist als Personenbetreuerin bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft pflichtversichert. Sie ist Staatsangehörige der Slowakei, somit eines Mitgliedsstaates. Die Familienbeihilfe fällt unter den Begriff der "Familienleistungen" iSd VO. Demnach ist die VO sowohl in persönlicher als auch in sachlicher Hinsicht im vorliegenden Fall anwendbar.

Artikel 13 der VO 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 ...;
- b)eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaates eine selbständige Tätigkeit ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Staates und zwar auch dann, wenn Sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates wohnt,...;

Diese Bestimmung erklärt somit den Beschäftigungsstandort zum grundsätzlichen Anknüpfungspunkt.

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.

Wie bereits ausgeführt, hat der Arbeitnehmerbegriff der VO 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, ob jemand in einem für Arbeitnehmer oder Selbständige geschaffenen System der sozialen Sicherheit pflicht- oder freiwillig versichert ist (siehe *EuGH Rs C-543/03, Dodl und Oberholzenzer, Slg 2005, I-05049*).

Dies trifft auf die Bw. zu. Auf Grund der im gesamten Streitzeitraum, nämlich in den Monaten Juli, August und September durchgehend bestehenden Pflichtversicherung bei der Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft gilt die Bw in diesen Zeiträumen als

Selbständige i.S. der VO und hat daher insoweit grundsätzlich Anspruch auf Familienleistungen nach Artikel 73 der VO. Auf die tatsächliche Ausübung der Tätigkeit kommt es dabei nicht an. (Siehe *EuGH C-543/03 Tenor*:

„1. Eine Person besitzt die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71..., wenn sie auch nur gegen ein einziges Risiko im Rahmen eines der in Artikel 1 Buchstabe a dieser Verordnung genannten allgemeinen oder besonderen Systeme der sozialen Sicherheit pflichtversichert oder freiwillig versichert ist, und zwar unabhängig vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses.“

Die hier vorgenommene rechtliche Beurteilung entspricht der ständigen Rechtsprechung des UFS. Siehe die Entscheidungen im Bereich der VO 1408/71 auf dem Gebiet der selbständigen Personenbetreuung vom 24.10.2008, *RV/1388-W/08*; 28.1.2011, *RV/0423-L/10*; 3.3.2011, *RV/0129-K/10*; 21.3.2012, *RV/3203-W/11*.

Die Ansprüche der Bw. konkurrieren allerdings mit jenen ihres Ehegatten, der in der Slowakei beschäftigt ist. Für die Kinder der Bw. wurden auch in der Slowakei der österreichischen Familienbeihilfe vergleichbare Familienleistungen bezogen. Diese sind grundsätzlich nicht von einer Erwerbstätigkeit abhängig, sondern knüpfen vorrangig an einen Wohnsitz bzw. Aufenthalt in der Slowakei an. Es besteht daher das Risiko einer Kumulierung des Anspruchs aus Artikel 73 der VO auf österreichische Familienbeihilfe und des Anspruchs auf Familienleistungen nach den innerstaatlichen Rechtsvorschriften des Wohnstaats, der nicht von einer Voraussetzung in Bezug auf die Erwerbstätigkeit abhängt.

In diesem Fall ist nach dem Erkenntnis des *EuGH, ZI C-543/03, Christine Dodl, Petra Oberhollenzer*, Art. 10 der Durchführungsverordnung (EWG) Nr. 574/72 (in der Folge: "DVO") anzuwenden. Demnach gilt: Räumen die Rechtsvorschriften des Beschäftigungsmittelstaats und die des Wohnmitgliedstaats eines Arbeitnehmers 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 DVO grundsätzlich der Beschäftigungsmittelstaat. Übt jedoch eine Person, die das Kind betreut, eine Erwerbstätigkeit i.S. der VO im Wohnmitgliedstaat aus, so sind die Familienleistungen nach Artikel 10 Absatz 1 Buchstabe b Ziffer i der DVO 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 Beschäftigungsmittelstaat bis zur Höhe der in den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats vorgesehenen Familienleistungen.

Wie oben festgestellt, hat der Ehegatte der Bw im gesamten Streitzeitraum eine berufliche Tätigkeit ausgeübt und ist somit Erwerbstätiger i.S. der VO. Im vorliegenden Fall ist daher

gemäß Art. 10 Abs. 1 Buchstabe b Z i der DVO der Wohnmitgliedstaat Slowakei im Streitzeitraum für die Gewährung von Familienleistungen wie der Kinderbeihilfe (Kindergeld) vorrangig zuständig.

In diesem Fall ruht im nachrangig zuständigen Beschäftigungsmitgliedstaat Österreich die Gewährung der Familienleistungen bis zur Höhe der im Wohnmitgliedstaat Slowakei vorgesehenen Familienleistungen.

In Österreich besteht daher Anspruch auf eine Differenzzahlung.

Art. 10 a DVO ist nicht anwendbar. Voraussetzung für dessen Anwendbarkeit ist die nacheinander gegebene Zuständigkeit von zwei Staaten für Familienleistungen in einem Monat. Diese Voraussetzung ist hier nicht gegeben. Die Bw. hat ihr Gewerbe am 22. Juli 2008 angemeldet. Die Anmeldung blieb bis zummindest Juli 2010 ununterbrochen aufrecht. Dementsprechend unterlag sie ununterbrochen und somit jeweils vom 1.-30./31. der Monate Juli, August und September im Jahr 2009 der Pflichtversicherung in der Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft. Daher unterlag sie im gesamten Streitzeitraum vom 1. Juli bis 30.September 2009 den österreichischen Rechtsvorschriften. (Entscheidend ist in diesem Zusammenhang die Geltung der Rechtsvorschriften siehe Wortlaut Art. 10 a DVO:
„... 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, ...“.

Der Ehegatte der Bw. unterlag hingegen im Streitzeitraum auf Grund seiner im gesamten Jahr 2009 bestehenden Erwerbstätigkeit im gesamten Streitzeitraum den slowakischen Rechtsvorschriften.

Somit waren im gesamten Streitzeitraum grundsätzlich sowohl Österreich als auch die Slowakei gleichzeitig und nicht nacheinander zuständig, sodass Art. 10 a DVO nicht zur Anwendung gelangt.

Gemäß § 10 FLAG 1967 wird die Familienbeihilfe für jedes Monat gewährt, in dem die Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt werden. Die Ausgleichs(Differenz)zahlung gilt als Familienbeihilfe i.S. des FLAG 1967.

Für die Monate Juli, August und September 2009 besteht Anspruch auf die Differenzzahlung.

Der Abweisungsbescheid des Finanzamtes erging daher nicht zu Recht.

Es war spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 29. Mai 2012