



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der MP, K, C Strasse 29/30, vom 23. März 2010 gegen den Bescheid des Finanzamtes K., vertreten durch Herrn V, vom 3. März 2010 betreffend Familienbeihilfe entschieden:

Der Berufung wird stattgegeben und der angefochtene Differenzzahlungsbescheid gemäß § 289 Abs. 2 BAO dahingehend abgeändert, dass die Differenzzahlung (Familienbeihilfe) auch für die Monate Mai und Juni 2009 gewährt wird.

Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin MP, geboren 1968, ist Mutter der beiden Kinder mn, geboren 1990, und mk, geboren 1996, welche in der SI leben. Die Tochter studiert, der Sohn geht in der SI in die Grundschule.

Mit schriftlichem Antrag vom 18. Jänner 2010 (Formular Beih 38) beantragte die Berufungswerberin die Gewährung einer Differenzzahlung (österr. Familienbeihilfe) für das Jahr 2009.

Dem Antrag wurden eine Bestätigung der Sozialversicherung in der SI vom 8.12.2009, aus welcher sich ergibt, dass die Antragstellerin in der SI nicht sozialversichert ist, und ein Werkvertrag über Leistungen in der Personenbetreuung gemäß § 159 GewO beigelegt. Aus dem Werkvertrag ergibt sich, dass die Antragstellerin in K. die 24 Stunden-Betreuung für eine Person, welche an dieser Adresse wohnt, erbringt. Der Vertrag ist auf unbestimmte Zeit

abgeschlossen. Die Berufungswerberin ist an dieser Adresse mit ihren Nebenwohnsitz behördlich gemeldet.

Laut der ebenfalls beigelegten Familienstandsbescheinigung ist die Antragstellerin mit VP, geboren 1964, in der SI verheiratet. Der Ehegatte geht in der SI einer regelmäßigen Erwerbstätigkeit nach.

Aus der Bescheinigung (Formular E 111) ergibt sich, dass an den Kindesvater im Jahr 2009 in der SI für beide Kinder monatlich Familienleistungen in Höhe von insgesamt € 42,50 (€ 21,25 je Kind) ausbezahlt wurden.

Der Sohn besucht laut Bescheinigung die Grundschule in der SI. Die Tochter studiert seit 23. September 2009 an der Wirtschaftsuniversität.

Aus der Bestätigung der geleisteten Pflegedienste ergibt sich, dass die Antragstellerin vom 1.1. bis 21.4.2009 und 6.6. bis 31.12.2009 in Zweiwochenintervallen als Personenbetreuerin tätig war. Zwischen 21.4.2009 und 6.6.2009 unterbrach die Antragstellerin diese Tätigkeit.

Aufgrund dieser Sachlage gewährte das Finanzamt unter Anwendung der Verordnung EWG Nr. 1408/71 und der Durchführungsverordnung EWG Nr. 574/72 für beide Kinder eine Differenzzahlung, bestehend aus Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag, für die Monate Jänner bis April und Juli bis Dezember 2009. Für die Monate Mai und Juni 2009 wurde keine Differenzzahlung gewährt.

Mit Schriftsatz vom 23. März 2010 erhob die Antragstellerin Berufung und führte darin im Wesentlichen aus:

„Ich übe das freie Gewerbe der Personenbetreuung (§ 159 GewO 1994) aus und betreue in K. abwechselnd mit einer SI Kollegin an obiger Adresse, an der ich auch wohne, in zweiwöchigen Intervallen eine Alzheimerpatientin 24 Stunden täglich. In den (zweiwöchigen) Zeiträumen zwischen meiner Betreuungstätigkeit in K. lebe ich bei meiner Familie in der SI, wo ich keiner (selbständigen oder unselbständigen) Beschäftigung nachgehe. Dieser im ganzen Jahr 2009 praktizierte - und nach wie vor anhaltende - Arbeitsrhythmus war von 22.4. bis 5.6.2009 unterbrochen. Mein letzter aktiver Arbeitstag davor war der 21.4., der erste danach der 6.6.2009.

Während des gesamten Jahres 2009 und damit auch in dieser Zeit der Unterbrechung meiner Betreuungsarbeit war ich aber durchgehend in Österreich sozialversichert und habe auch die Versicherungsbeiträge bezahlt.

Beweis: angeschlossene Kopien des Gewerberegisterauszugs der BH VB vom 14. 3. 2008, einer Aufstellung der Beschäftigungszeiten 2009 und eines Kontoauszugs der Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft, Landesstelle T.“

Weiters führte die Bw. zur Sache aus:

„Art 10 (1)a) der DfVO regelt für den Fall des Zusammentreffens von Ansprüchen auf Familienleistungen oder -beihilfen für Arbeitnehmer und Selbständige, dass dieser Anspruch gegenüber einem Land, in dem der Bezug nicht von einer Versicherung, Beschäftigung oder selbständigen Tätigkeit abhängig ist, bis zur Höhe der geschuldeten Leistung ruht, wenn während desselben Zeitraums für dasselbe Familienmitglied Leistungen allein auf Grund der innerstaatlichen Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedsstaates geschuldet werden. Die sl Familienleistungen erhalte ich unabhängig von einer einschlägigen Tätigkeit in der Sl; die Rechtslage in meinem Heimatland unterscheidet sich insoweit von derjenigen in A, in dem ich ausschließlich meine gewerbliche Tätigkeit ausübe. Der Halbsatz „wenn während desselben Zeitraums ... geschuldet werden“ verweist auf nationalstaatliches (hier: österreichisches) Recht, sodass Art 10 (1)a) den Kollisionsfall inhaltlich nicht autonom regelt.

In diesem Sinn vertrete ich die Auffassung, dass ich Anspruch auf öst Familienbeihilfe auch für die Monate Mai und Juni 2009 habe, weil ich ja durchgehend - auch während dieser Monate - ausschließlich in A sozialversichert war. Für die Richtigkeit dieser Auffassung spricht, dass Kolleginnen von den Finanzämtern in K. und VB bei identischer Sachlage (Unterbrechung der Betreuungsarbeit durch 6 bis 7 Wochen und Fortsetzung Mitte des Folgemonats) sehr wohl öst.. Familienbeihilfe ohne Unterbrechung gewährt wurde.“

Das Finanzamt wies mit *Berufungsvorentscheidung vom 24. März 2010* die Berufung als unbegründet ab. Ausgehend von der Bestimmung des Artikels 13 der VO EWG Nr. 1408/71 stellte das Finanzamt fest, dass die Antragstellerin in Österreich einer selbständigen Beschäftigung nachgehe und daher das FLAG 1967 zur Anwendung gelange. Gemäß Artikel 73 der VO EWG 1408/71 sind die Familienangehörigen so zu behandeln, als würden sie in Österreich wohnen. Daraus leite sich grundsätzlich ein Anspruch auf öst Familienbeihilfe ab.

Im vorliegenden Fall würden jedoch die Ansprüche der Antragstellerin mit jenen des Ehemannes und Kindesvater, der aufgrund seines Beschäftigungsverhältnisses und seines Wohnsitzes in der Sl Anspruch auf Familienbeihilfe hat konkurrieren. In diesem Fall sei in 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) geregelt, dass Familienleistungen in einem Monat, in dem zwei Staaten nacheinander zuständig sind, nach Tagen oder im zeitlichen Verhältnis aufzuteilen sind (Art 10a lit d DVO).

Gemäß Art 10a lit d iVm Anhang 8 DVO würden 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 übernehmen. Mit der Sl sei ein Bezugszeitraum in Ausmaß von einem Kalendermonat vorgesehen.

Die Antragstellerin habe ihre Tätigkeit am 21. April 2009 beendet und erstmals am 6. Juni 2009 wiederum begonnen. Im vorliegenden Sachverhalt sei der Ehegatte der Antragstellerin seit Jänner 2009 durchgehend in der Sl einer Beschäftigung nachgegangen. Daher habe seine

Beschäftigung im Monat Juni bereits ab Monatsanfang bestanden. Die Erstbeschäftigung im Juni 2009 sei vom Ehegatten ausgeübt worden, sodass die SI gemäß Artikel 10a. lit d iVm Anhang 8 der DVO die gesamten Kosten für den Monat Juni 2009 zu tragen hätte. Da eine tatsächliche Beschäftigung für den Zeitraum 22. 4. bis 6.6.2009 nicht vorgelegen habe, sei ein Anspruch auf Differenzzahlung für die Monate Mai und Juni 2009 nicht gegeben.

Im Vorlageantrag wies die Bw. darauf hin, dass nach der Rechtsprechung des EUGH der Umstand der Versicherung unabhängig vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses für die Anwendung der EWR VO 1408/71 genüge.

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. 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 der Bw. studieren und gehen zur Schule. Sie leben in der SI, 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 die Bw. gemäß § 53 Abs 1 FLAG 1967 österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt.

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 (iF VO EWG 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 EWG 1408/71 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 EWG 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, 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 (EuGH Rs C-543/03, Dodl und Oberhollenzer, Slg 2005, I-05049).

Artikel 2 der VO EWG 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 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 Mitgliedstaates, 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.

Die Bw ist als Personenbetreuerin bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft pflichtversichert. Sie ist Staatsangehörige der SI, somit eines Mitgliedsstaates. Die Familienbeihilfe fällt unter den Begriff der "*Familienleistungen*" iSd VO EWG 1408/71. Demnach ist die VO sowohl in persönlicher als auch in sachlicher Hinsicht im vorliegenden Fall anwendbar.

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 ...;

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 Mitgliedstaates wohnt,...;

Diese Bestimmung erklärt somit den Beschäftigungsort 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.

Die Bw. war von Jänner bis April und Juni bis Dezember 2009 in Österreich selbständig als Pflegebetreuerin erwerbstätig und durchgehend kranken-, pensions- und unfallversichert (pflichtversichert). Sie war auch ununterbrochen für das freie Gewerbe Personenbetreuung gemeldet und übte diese Tätigkeit im Jahr 2009 aus, indem Sie ein und dieselbe Person im Rahmen einer 24 Stundenpflege im 14 Tagesintervallen in deren Haushalt betreute.

Strittig ist im vorliegenden Sachverhalt lediglich die Frage, ob der Berufungswerberin wegen der Nichtausübung dieser Tätigkeit im Monat Mai die Differenzzahlung für die Monate Mai und Juni 2009 zusteht. Das Finanzamt geht nämlich von der Beendigung zum 22.4.2009 und einem Neubeginn dieser Tätigkeit mit 6.6.2009 aus.

Wie bereits ausgeführt, hat der Arbeitnehmerbegriff der VO EWG 1408/71 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 (EuGH Rs C-543/03, Dodl und Oberhollenzer, Slg 2005, I-05049, UFS 28.01.2011, RV/0423.L/10).

Dies trifft uneingeschränkt auf die Berufungswerberin in Bezug auf die Monate Mai und Juni 2009 zu. Die Berufungswerberin betreute im Jahr 2009 durchgehend eine pflegebedürftige Person. Im Monat Mai ließ Sie einen 14-tägigen Betreuungsintervall aus, was schließlich eine sechswöchige Unterbrechung bewirkte.

Aufgrund der durchgehenden Pflichtversicherung bei der Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft gilt Sie in Österreich als Selbständige im Sinne der VO (EWG) 1408/71 und hat auch im Mai und Juni 2009 nach den Bestimmungen der EWG Verordnung Anspruch auf Familienleistungen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Klagenfurt am Wörthersee, am 3. März 2011