



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vom 5. Mai 2011 gegen den Bescheid des Finanzamtes Grieskirchen Wels vom 14. April 2011 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Ausgleichszahlung für die Monate Jänner 2010, April 2010 und Juli bis Oktober 2010 entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Die Differenzzahlung wird für die Monate Jänner, April und Juli bis Oktober 2010 gewährt.

### Entscheidungsgründe

Das Finanzamt hat mit Bescheid vom 14.4.2011 die Ausgleichszahlung für das Kalenderjahr 2010 für die Monate Februar und März, Mai und Juni, sowie November und Dezember in Höhe von € 2.215,32 gewährt.

Die dagegen eingebrachte Berufung vom 5.5.2011 wird wie folgt begründet.

„Aus dem Ausgleichszahlungsbescheid geht hervor, dass mir die Ausgleichzahlung der Familienbeihilfe, ohne Begründung, nur für 6 Monate im Jahr 2010 gewährt wurde. Ich habe aber die Ausgleichzahlung der Familienbeihilfe für alle 12 Monate beantragt.

Seit 20.04.2009 bin ich in Österreich als selbständige Personenbetreuerin tätig. Mein Gewerbe war die ganze Zeit und ist immer noch aktiv. In der Slowakei war ich weder beschäftigt, noch habe ich Einkünfte erzielt. Ich unterlag und ich unterliege weiterhin auf Grund meiner gewerblichen Tätigkeit in Österreich gem. Verordnung (EG) Nr. 883/2004

Artikel 11 Abs. 3 lit. a nur den österreichischen Rechtsvorschriften. Demzufolge habe ich gem. Verordnung (EG) Nr. 883/2004 Artikel 68 Abs. 2 Anspruch auf Unterschiedsbetrag in der Höhe, des über die Höhe der slowakischen Familienbeihilfe hinausgehenden Betrags, für den, auf Grund der Beschäftigung meines Ehemannes im Wohnstaat des Kindes, die Slowakei zuständig ist.

Auf Grund der gegebenen Sach-.und Rechtslage beantrage ich die Ausgleichszahlung der Familienbeihilfe für die Monate, für die ich die Ausgleichzahlung noch nicht bekommen habe. Es handelt sich um Monate Jänner, April, Juli, August, September und Oktober 2010. Alle notwendigen Unterlagen für die Gewährung der Ausgleichzahlung habe ich bereits eingereicht. Notwendigerweise werde ich weitere Unterlagen nachreichen.“

Ergänzend zur Berufung teilte die Berufungswerberin auf Grund eines Vorhaltes des Finanzamtes vom 18.5.2011 mit Schriftstück vom 6.6.2011 Nachstehendes mit.

„Ich nehme Bezug auf Ihr Schreiben vom 18. Mai 2011 innerhalb offener Frist, ergänze weitere Angaben zu meiner Berufung und lege folgende Unterlagen bei:

Sache:

Honorarnote für den Zeitraum von 22.12.2009 bis 10.1.2010 und von 23.03.2010 bis 28.04.2010

In der Zeit zwischen 22.12.2009 und 10.1.2010 habe ich nicht gearbeitet. Am 21.12.2010 habe ich einen 2-wöchigen Turnus beendet und in der angegebenen Zeit habe ich mich in der Slowakei aufgehalten. Am 10.01.2010 habe ich einen weiteren 2-wöchigen Turnus bei Fr. E. aufgenommen. In der Zeit von 23.3.2010 bis 28.04.2010 habe ich nicht gearbeitet, denn ich war auf der Suche nach einer neuen Stelle.

Sache:

Pflegschaftsverträge für R. und O.

Ich habe mit Herr R. und Herr O. keinen schriftlichen sondern einen mündlichen Vertrag abgeschlossen. Gem. § 883 ABGB kann ein Vertrag entweder mündlich oder auch schriftlich errichtet werden. 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 ist aber nicht angeführt, dass die Vereinbarung unbedingt schriftlich abgeschlossen werden muss.

Sache: Honorarnote für den Zeitraum von 29.06.2010 bis 25.07.2010 und von 16.09.2010 bis 13.10.2010

In den angegebenen Zeiträumen habe ich nicht gearbeitet, denn ich war ebenfalls auf der Suche nach einem neuen Kunden.

Zu Ihrer Anmerkung, dass es für den Anspruch auf die Familienbeihilfe notwendig ist, dass ich bei einem Wechsel der Pflegeperson zum 1. des jeweiligen Monats eine tatsächliche Pflege ausüben muss, führe ich Folgendes an:

Ihre Anmerkung entbehrt jeglicher rechtlichen Grundlage.

Begründung:

Seit 20.04.2009 bin ich in Österreich als selbständige Personenbetreuerin tätig. Mein Gewerbe war die ganze Zeit aktiv und ist immer noch aktiv. Auch in der Zeit, als ich auf der Suche nach einer neuen Stelle war.

(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. Was natürlich auch mein Fall war).

In der Slowakei war ich weder beschäftigt, noch habe ich Einkünfte erzielt. Ich unterlag und ich unterliege weiterhin auf Grund meiner gewerblichen Tätigkeit in Österreich gem.

Verordnung (EG) Nr. 883/2004 Artikel 11 Abs. 3 lit. a nur den österreichischen Rechtsvorschriften. Demzufolge habe ich gem. Verordnung (EG) Nr. 883/2004 Artikel 68 Abs. 2 den Anspruch auf Unterschiedsbetrag in der Höhe, des über die Höhe der slowakischen Familienbeihilfe hinausgehenden Betrags, für den, auf Grund der Beschäftigung meines Ehemannes im Wohnstaat des Kindes, die Slowakei zuständig ist. Die Zuständigkeit für die Gewährung der Familienbeihilfe habe bereits in der Berufung ausgeführt.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 20.7.2011 hat das Finanzamt die Berufung als unbegründet abgewiesen.

Begründung:

„Nach Art. 10a lit. d + Anhang 8 der Durchführungsverordnung 987/2009 übernehmen die Staaten, mit denen ein Bezugszeitraum (dazu gehört auch die Slowakei) festgelegt worden ist, die Kosten der Familienleistungen auf Grund der ersten Beschäftigung/selbständigen Tätigkeit für den gesamten Bezugszeitraum. In den Monaten Jänner, Februar, Juli bis Oktober 2010 wurde die Erstbeschäftigung von Ihrem Gatten in der Slowakei ausgeübt. Für diese Monate liegt die Zuständigkeit zur Zahlung der Familienleistungen ausschließlich beim Heimatstaat, es besteht kein Anspruch auf eine Differenzzahlung. Für den Betreuungszeitraum 26. Juli bis 12 August 2010 (bei Herrn R.) besteht ebenfalls kein Familienbeihilfenanspruch, da Herr RR keinen Anspruch auf Pflegegeld der Stufe 3 hatte. Der Familienbeihilfenanspruch ist demnach nur gegeben, wenn nach dem Beschäftigungsausmaß von einer tatsächlichen und nachhaltigen Pflege im Sinne der einschlägigen Rechtsvorschriften ausgegangen werden kann.“

Im Vorlageantrag vom 2.8.2011 wird Folgendes ausgeführt.

„Zum Abs. 1 und zum Abs. 2 in der Begründung der Berufungsvorentscheidung führe ich an:

Die von Ihnen angeführte Regel der Erstbeschäftigung für die angeführten Monate ist in meinem Fall nicht anzuwenden, denn ich hatte in Österreich das ganze Jahr 2010 im Besitz ein aktives und rechtmäßiges Gewerbe und ich unterlag gern. Verordnung (EG) Nr. 883/2004 Artikel 11 Abs. 3 lit. a ununterbrochen nur den österreichischen Rechtsvorschriften. Die Regel der Erstbeschäftigung ist nur dann anzuwenden, wenn sich die Zuständigkeit für die Gewährung der Familienleistungen auf Grund der Änderung der anzuwendenden Rechtsvorschriften ändert, was nicht mein Fall war, denn ich habe im Jahr 2010 ununterbrochen nur den österreichischen Rechtsvorschriften unterliegen. Die Zuständigkeit hätte sich nur in dem Fall geändert, hätte ich meine Gewerbeberechtigung in Österreich entweder ruhend gemeldet oder zurückgelegt.

Für die Gewährung der Familienleistungen ist entscheidend, Rechtsvorschriften welches Staates anzuwenden sind. Über die anzuwendenden Rechtsvorschriften entscheidet der zuständige Träger der Sozialen Sicherheit des Mitgliedstaats. In meinem Fall ist das die SVA der gewerblichen Wirtschaft. Auf Grund der anzuwendenden Rechtsvorschriften habe ich die Beiträge zur SVA der gewerblichen Wirtschaft und für die Zwecke der Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit des Mitgliedstaats geleistet. Gem. Verordnung (EG) Nr. 883/2004 Artikel 68 Abs. 2 hatte ich den Anspruch auf Unterschiedsbetrag in der Höhe, des über die Höhe der slowakischen Familienbeihilfe hinausgehenden Betrags, für den, auf Grund der Erwerbstätigkeit meines Ehemannes im Wohnland des Kindes, im Jahr 2010 die Slowakei zuständig war.

Zum Abs. 3 in der Begründung der Berufungsvorentscheidung führe ich an:

Für den Anspruch auf die Familienleistungen ist nicht maßgebend, ob die zu pflegende Person den Anspruch auf Pflegegeld der Pflegestufe 3 hat. Für den Anspruch auf die Familienleistungen sind die anzuwendende Rechtsvorschriften gem. Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit und Verordnung (EG) Nr. 987/2009 Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit entscheidend.

Rechtsgrundlage für die Personenbetreuung wurde durch das Hausbetreuungsgesetz -HBeG geschaffen. § 1 Abs. 2 HBeG regelt die Bestimmungen nur für die Arbeitsverhältnisse zwischen der Betreuungskraft und der zu betreuenden Person oder einem/einer ihrer Angehörigen usw., wenn die zu betreuende Person:

- Anspruch auf Pflegegeld ab der Pflegestufe 3 gemäß dem Bundespflegegeldgesetz (BPGG), BGBl. Nr. 110/1993, oder gemäß den Pflegegeldgesetzen der Bundesländer oder eine gleichartige Leistung im selben Ausmaß hat oder
- die zu betreuende Person Anspruch auf Pflegegeld der Pflegestufen 1 oder 2 gemäß dem BPGG oder gemäß den Pflegegeldgesetzen der Bundesländer oder eine gleichartige Leistung im selben Ausmaß hat und für diese Person wegen einer nachweislichen Demenzerkrankung dennoch ein ständiger Betreuungsbedarf besteht usw.

Rechtsgrundlage für die selbständige Personenbetreuung (betrifft auch mich) wurde durch die Änderung der Gewerbeordnung 1994 (§ 159, § 160) geschaffen. Für die selbständigen Personenbetreuer gelten Bestimmungen gem. § 1 Abs. 2 HBeG nicht.

Auf Grund der gegebenen Sach-und Rechtslage beantrage ich den Ausgleichzahlungsbescheid vom 14.04.2011 aufzuheben und die Ausgleichzahlung der Familienhilfe für Jänner, April, Juli, August, September und Oktober 2010 zu gewähren.“

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

Nach § 2 Abs. 1 lit. a Familienlastenausgleichsgesetz 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.

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.

Im Berufungsfall sind nicht nur die innerstaatlichen gesetzlichen Bestimmungen sondern auch die Verordnungen (EWG) Nr. 1408/17 und Nr. 574/72 zu beachten. Diese waren für Unionsbürger bis Ende April 2010 anzuwenden. Danach würde für Unionsbürger die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit gelten.

Jedoch sieht die VO 883/2004 in Art. 87 Abs. 8 entsprechende Übergangsregelungen vor, 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. 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 nicht vor. Somit sind aber auch ab Mai 2010 die Rechtsvorschriften der VO (EWG) Nr. 1408/71 anzuwenden.

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. 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 (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 Berufungswerberin ist seit 1.4.2009 als gewerblich selbständige Erwerbstätige 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.

Dies trifft auf die Berufungswerberin zu. Auf Grund durchgehend bestehenden Pflichtversicherung bei der Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft gilt die Berufungswerberin 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.

Die Ansprüche der Berufungswerberin konkurrieren allerdings mit jenen ihres Ehegatten, der in der Slowakei beschäftigt ist. Für die Kinder der Berufungswerberin wurden auch in der Slowakei der österreichischen Familienbeihilfe vergleichbare Familienleistungen bezogen.

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 Beschäftigungsmitgliedstaats 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 Abs. 1 Buchstabe a der DVO grundsätzlich der Beschäftigungsmitgliedstaat. Übt jedoch eine Person, die das Kind betreut, eine Erwerbstätigkeit i.S. der VO im Wohnmitgliedstaat aus, so sind die Familienleistungen nach Artikel 10 Abs. 1 Buchstabe b Z 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 Beschäftigungsmitgliedstaat bis zur Höhe der in den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats vorgesehenen Familienleistungen.

Wie oben festgestellt, hat der Ehegatte der Berufungswerberin 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.

Es war daher wie im Spruch angeführt zu entscheiden.

Linz, am 11. Februar 2013