

## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vom 26. Februar 2009 gegen den Bescheid des Finanzamtes Freistadt Rohrbach Urfahr vom 10. Februar 2009 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung einer Differenzzahlung für x, für die Zeit von Mai 2008 bis Dezember 2008 entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Für die Zeit von Mai 2008 bis Dezember 2008 wird eine Differenzzahlung in Höhe von € 1645,83 gewährt.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

### **Entscheidungsgründe**

Das Finanzamt hat mit Bescheid vom 10.2.2009 den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für die volljährige Tochter der Berufungswerberin für die Zeit von Mai 2008 bis Dezember 2008 abgewiesen.

Die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 regelt, welcher Mitgliedsstaat für ein und denselben Zeitraum für ein und denselben Familienangehörigen vorrangig zur Gewährung der im jeweiligen Hoheitsgebiet vorgesehenen Familienleistungen verpflichtet ist. Liegt die Beschäftigung und der Familienwohnsitz in einem Mitgliedsstaat, so kann in keinem anderen Mitgliedsstaat eine Familienleistung bezogen werden. Da die Berufungswerberin in der Slowakei beschäftigt sei und sich dort auch der Familienwohnsitz (laut slowakischer Behörde) befindet, sei der Antrag abzuweisen gewesen.

In der dagegen eingebrochenen Berufung vom 26.2.2009 wird im Wesentlichen angeführt, dass das Einkommen als freie Mitarbeiterin der y-Versicherung in der Slowakei sehr gering und v.a. unregelmäßig sei. Die Tätigkeit sei nur beibehalten worden, um der studierenden Tochter die Krankenversicherung zu gewährleisten. Durch die Legalisierung der Pflegetätigkeit in Österreich erhalte die Tochter in der Slowakei kein Stipendium mehr, was zu einer Verschlechterung der Einkommenslage geführt hätte.

Am 23.10.2009 erging ein Vorhalt des Unabhängigen Finanzsenates mit folgendem Inhalt an die Berufungsverwerberin.

*„In Ihrem Fall finden auch die Vorschriften der Verordnung EWG Nr. 1408/71 vom 14.6.1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, Anwendung, zumal sowohl Österreich als auch die Slowakei Mitgliedsstaaten der Europäischen Union sind.*

Gemäß Artikel 1 der VO EWG 1408/71 ist "Arbeitnehmer" oder "Selbständiger" ua 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.

Art 2 VO EWG 1408/71 lautet:

*„Diese Verordnung gilt für Arbeitnehmer und Selbständige ..., für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, soweit sie Staatsangehörige eines Mitgliedstaats sind..., 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 Mitgliedstaats, 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, ua die die Familienleistungen betreffen.

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.*

Nach der Entscheidung des EuGH v 24.2.2005, ZI C-543/03, ist Arbeitnehmer oder Selbständiger iSd VO EWG 1408/71, wer auch nur gegen ein einziges Risiko im Rahmen eines allgemeinen oder besonderen System der sozialen Sicherheit pflichtversichert oder freiwillig versichert ist, und zwar unabhängig vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses.

Der Arbeitnehmerbegriff der VO EWG 1408/71 hat nämlich 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 lediglich, ob jemand in einem für Arbeitnehmer oder Selbständige geschaffenen System der sozialen Sicherheit pflicht- oder freiwillig versichert ist.

Sie werden daher ersucht, innerhalb von drei Wochen ab Zustellung dieses Schreibens nachzuweisen, ob Sie in der Slowakei in einem für Arbeitnehmer oder Selbständige geschaffenen System der sozialen Sicherheit pflicht- oder freiwillig versichert sind.“

Von der Berufungswerberin wurde eine Bestätigung des slowakischen Sozialversicherungsträgers vpm 11.11.2009 nachgereicht, aus der hervorgeht, dass die Berufungswerberin „vom 1.5.2008 keine freiwillig Versicherte, keine pflichtversicherte selbständig Erwerbstätige für die Zwecke der Sozialversicherung sei“.

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

Nach § 2 Abs. 1 lit. a FLAG 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 normiert, dass Personen, die Anspruch auf eine gleichartige Beihilfe haben, keinen Anspruch auf österreichische Familienbeihilfe haben.

In § 4 Abs. 2 FLAG ist vorgesehen, dass österreichische Staatsbürger, die gemäß Abs. 1 und § 5 Abs 4 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 besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

In diesem Zusammenhang bestimmt jedoch § 53 Abs. 1 FLAG, dass Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt sind. 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. Nach Wittmann/Papacek, Der Familienlastenausgleich, Kommentar § 53, wird dadurch die Gebietsgleichstellung mit Österreich bezüglich des ständigen Aufenthaltes der Kinder im EWR bzw in der EU im Sinne der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen hervorgehoben.

Im Berufungsfall sind nicht nur die innerstaatlichen Bestimmungen des FLAG zu beachten. Vielmehr ist die Berufungswerberin als in Österreich Erwerbstätige von der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 idgF (id Folge "VO") umfasst. Die VO 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").

Im Berufungsfall finden auch die Vorschriften der Verordnung EWG Nr. 1408/71 vom 14.6.1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, Anwendung, zumal sowohl Österreich als auch die Slowakei Mitgliedsstaaten der Europäischen Union sind.

Gemäß Artikel 1 der VO EWG 1408/71 ist "Arbeitnehmer" oder "Selbständiger" ua 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.

Art 2 VO EWG 1408/71 lautet:

*"Diese Verordnung gilt für Arbeitnehmer und Selbständige ..., für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, soweit sie*

*Staatsangehörige eines Mitgliedstaats sind..., 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 Mitgliedstaats, 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, ua die die Familienleistungen betreffen.

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.*

Nach der Entscheidung des EuGH v 24.2.2005, ZI C-543/03, ist Arbeitnehmer oder Selbständiger iSd VO EWG 1408/71, wer auch nur gegen ein einziges Risiko im Rahmen eines allgemeinen oder besonderen System der sozialen Sicherheit pflichtversichert oder freiwillig versichert ist, und zwar unabhängig vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses.

Der Arbeitnehmerbegriff der VO EWG 1408/71 hat nämlich 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 lediglich, ob jemand in einem für Arbeitnehmer oder Selbständige geschaffenen System der sozialen Sicherheit pflicht- oder freiwillig versichert ist.

Von der Berufungswerberin wurde eine Bestätigung des slowakischen Sozialversicherungsträgers vpm 11.11.2009 nachgereicht, aus der hervorgeht, dass die Berufungswerberin „vom 1.5.2008 keine freiwillig Versicherte, keine pflichtversicherte selbständig Erwerbstätige für die Zwecke der Sozialversicherung sei“.

Laut Versicherungsdatenauszug der österreichischen Sozialversicherung ist die Berufungswerberin seit 1.5.2008 als gewerblich selbständige Erwerbstätige versichert. Sie gilt somit in Österreich als Arbeitnehmerin bzw. Selbständige iSd VO EWG 1408/71 und hat somit einen Anspruch auf Familienbeihilfe für ihre in der Slowakei studierende Tochter.

Weil der Berufungswerberin auch in der Slowakei ein Kindergeld in Höhe von 540.- SK monatlich gewährt wurde, ergibt sich ein Anspruch auf eine Differenzzahlung auf die Höhe der österreichischen Familienbeihilfe.

540.- SK entsprechen im Mai und Juni 2008 € 16,10, im Juli, August und September 2008 € 16,68, im Oktober bis Dezember 2008 € 17,81. Somit wurde in der Slowakei Kindergeld in Höhe von insgesamt € 135,67 bezogen.

In Österreich wäre in dieser Zeit ein Anspruch auf Familienbeihilfe incl Kinderabsetzbetrag in Höhe von insgesamt € 1.781,50 zugestanden (monatlich FB: € 152,70, KAB: € 50,90).

Somit ergibt sich eine Differenzzahlung in Höhe von € 1.645,83 (€ 1.781,50 abzüglich € 135,67).

Aus den angeführten Gründen war wie im Spruch zu entscheiden.

Linz, am 26. November 2009