



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., Slowakei, gegen den Bescheid des Finanzamtes Neunkirchen Wr. Neustadt betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum April 2009 bis Dezember 2010 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (Bw) ist slowakische Staatsbürgerin. Sie arbeitet in Österreich in der Personenbetreuung; in der Slowakei war sie im Jahr 2009 in den Monaten Februar, Mai, Juli, Oktober und November, und im Jahr 2010 in den Monaten Mai, Juni, Juli, August und November in einer Klinik beschäftigt.

Strittig ist, ob ihr im Streitzeitraum für ihren sich in Berufsausbildung befindlichen Sohn X, geb 1990, die Differenzzahlung zur Familienbeihilfe zusteht.

Das Finanzamt forderte mit Bescheid vom 13. April 2012 die für den Streitzeitraum bezogenen Beträge mit folgender Begründung zurück:

"Die EU/EWR-Verordnung 987/2009 regelt, welcher Staat für die Familienleistungen zuständig ist. Wenn eine Person in zwei Mitgliedstaaten erwerbstätig ist und in einem dieser Staaten auch wohnt, unterliegt sie den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaates, in dem sie wohnt.

Da Sie in der Slowakei wohnen und sowohl in der Slowakei als auch in Österreich eine selbständige Tätigkeit ausüben, ist die Slowakei ab 1.4.2009 vorrangig zur Auszahlung der Familienbeihilfe verpflichtet."

Die Bw erhob gegen den Rückforderungsbescheid mit folgender Begründung Berufung:

"...2) Familienleistungen aufgrund des Sekundärrechts der Europäischen Union

Ihren Bescheid begründen Sie mit der Verordnung (EG) Nr. 987/2009. Sie gehen davon aus, dass "wenn eine Person in zwei Mitgliedstaaten erwerbstätig ist und in einem dieser Staaten auch wohnt; unterliegt sie den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaates". Die Verordnung (EG) Nr. 987/2009 dient lediglich zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit. Die Voraussetzungen für die Sozialleistungen werden daher näher durch die Verordnung (EG) 883/2004 festgesetzt.

Die Verordnung (EG) 883/2004 definiert im Artikel 1 lit. a den Begriff der "Beschäftigung" und in lit. b den Begriff der "selbständigen Erwerbstätigkeit".

a) Beschäftigung

Unter der Beschäftigung ist ,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" zu verstehen. Der Begriff der Beschäftigung ist anknüpfend an den Begriff des Arbeitnehmers bzw. Arbeitsverhältnisses zu verstehen. Der Inhalt des Begriffes der Beschäftigung ist durch die Verordnung (EG) 883/2004 nicht eigenständig, sondern vielmehr durch Verweisung auf das Sozialrecht des Mitgliedstaates definiert, das auf den jeweiligen Sachverhalt anzuwenden ist. Als Beschäftigung ist anzusehen, wenn jemand in einem für Beschäftigung geschaffenen System sozialer Sicherheit pflichtversichert ist.

Das slowakische Recht regelt den Begriff der Beschäftigungstätigkeit im Rahmen des Systems sozialer Sicherheit im Gesetz Nr. 461/2003 Z.z. über die soziale Versicherung. Gemäß § 4 dieses Gesetzes ist ein Arbeitnehmer eine natürliche Person, die in einem Rechtsverhältnis steht, welches ihr das Recht auf ein regelmäßiges Einkommen begründet. Hier verweist das Gesetz auf eine unselbständige Tätigkeit im Sinne des § 3 dieses Gesetzes. Das Gesetz führt in § 4 weiter aus: Als ein Arbeitnehmer wird nicht eine natürliche Person verstanden, die in einem Rechtsverhältnis steht, das aufgrund einer Vereinbarung über die Tätigkeit, die außerhalb des Arbeitsverhältnisses ausgeübt wird, begründet wird. Unter die Vereinbarungen über die Tätigkeit, die außerhalb des Arbeitsverhältnisses ausgeübt werden, fallen: a) die Vereinbarung über die Ausübung einer Tätigkeit (§ 226 des Arbeitsgesetzes), b) die Vereinbarung über die Arbeitstätigkeit (§ 228a des Arbeitsgesetzes) und c) die Vereinbarung über die Brigadetätigkeit der Studenten (§§ 227 und 228 des Arbeitsgesetzes. Diese drei Vereinbarungen haben eine besondere Stellung im slowakischen Recht. Personen, die eine Tätigkeit aufgrund dieser Vereinbarungen ausüben, haben kein Recht auf einen Urlaub, kein Recht auf das Krankengeld, kein Anspruch auf den Mindestlohn und was für diese Begründung wichtig ist -diese Vereinbarungen begründen keine Pflichtversicherung, weder Kranken- noch Sozialversicherung (mit der Ausnahme der Unfall- und Garantieverversicherung).

Aufgrund der am 01.04.2009 geschlossenen Vereinbarung über die Arbeitstätigkeit mit der Krankenhaus, s.r.o. in D. war ich daher nicht in der Slowakei kranken- und sozialversichert. Dies können Sie auch aus den eingereichten Bestätigungen 2009 und 2010 von der Krankenhaus, s.r.o. entnehmen. Aus dem oben erwähnten folgt, dass die Tätigkeit aufgrund dieser Vereinbarung nicht als eine Beschäftigung in Sinne der Verordnung (EG) 883/2004 und der Verordnung (EG) 987/2009 zu verstehen ist.

b) Selbständige Tätigkeit

Unter dem Begriff der "selbstständigen Erwerbstätigkeit" wird im Sinne der Verordnung (EG) 833/2004 „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“ verstanden. Die Einstufung einer Person als Selbständiger richtet sich nach dem nationalen System der sozialen Sicherheit, dem diese Person angeschlossen ist und dessen Definition allein maßgebend sind (vgl. Urteil des EuGH vom 30.01.1997 -Rs C-221/95, Slg. 1997 I-609 -Herwein, Hervillier).

Nach § 5 des slowakischen Gesetzes über die soziale Versicherung Nr. 461/2003 Z.z. wird unter der selbständig tätigen Person eine natürliche Person verstanden, die im Sinne des § 31 Gesetzes über die Steuer-und Gebührenverwaltung Nr. 511/1992 Zb. i.V.m. § 67 der Steuerordnung Nr. 563/2009 Z.z. i.V.m. mit dem § 3 Abs. 1 lit. bund Abs. 2 und 3 des Gesetzes über die soziale Versicherung Nr. 461/2003 Z.Z. steuer-und sozialpflichtig ist. Hierunter fallen vor allem Tätigkeiten aufgrund eines Gewerbes im Sinne des Gewerbegesetzes Nr. 455/1991 Z.Z. Ein solches Gewerbe bzw. eine Erlaubnis, die eine selbständige Tätigkeit begründen würde, besitze ich in der Slowakei nicht. Nach dem slowakischen Recht bin ich daher in der Slowakei wegen der abgeschlossenen Vereinbarung vom 01.04.2009 nicht als eine selbständig tätige Person einzustufen.

Eine selbständige Tätigkeit übe ich aufgrund einer Gewerbe ausschließlich in Österreich und zwar ausschließlich aufgrund der österreichischen Rechtsvorschriften.

c) Mittelpunkt der Tätigkeit bzw. die wesentliche Tätigkeit

Aus den eingereichten Bestätigungen kommt eindeutig hervor, dass der Mittelpunkt bzw. der wesentliche Teil meiner Tätigkeit in Österreich liegt. Für den Mittelpunkt der Tätigkeit bzw. für den wesentlichen Teil sind folgende Orientierungskriterien heranzuziehen: Umsatz, Arbeitszeit, Anzahl der erbrachten Dienstleistungen und/oder Einkommen. Die Tätigkeit in der Slowakei aufgrund der Vereinbarung vom 01.04.2009 hat -was diese Kriterien betrifft –im Vergleich mit der Ausübung der selbständigen Tätigkeit in Österreich einen minimalen Charakter.

Das wichtigste Kriterium für die Beurteilung der Unrichtigkeit Ihres Bescheides ist das von dem europäischen Recht verlangte System der sozialen Sicherheit. Wie oben ausgeführt, bin ich in der Slowakei nicht sozialversichert, da ich hier keine solche Tätigkeit ausübe, die eine Sozialversicherung und Versteuerung begründet. Nach dem slowakischen Recht bin ich weder als ein Arbeitnehmer, noch als eine selbständig tätige Person betrachtet.

Lediglich nach dem österreichischen Recht bin ich eine selbständig tätige Person, die in Österreich aufgrund eines Gewerbes tätig ist. Nur in Österreich bin ich sozial-und steuerpflichtig, weshalb für die Erbringung der Familienleistungen, wie der Familienbeihilfe (FB) und des Kinderabsetzbetrages (KAB), ausschließlich die österreichischen sozialrechtlichen Vorschriften anwendbar sind.

3) Zusammenfassung

Aus dem oben ausgeführten folgt daher, dass:

a) ich die Familienleistungen in Höhe von EUR 4.283,37 zu Recht erhalten habe; b) die sozialen Leistungen lediglich nach den Rechtsvorschriften des Staates zu

beurteilen sind, in dem ich den Mittelpunkt meiner Tätigkeit habe und in dem ich

sozial-und steuerpflichtig bin und nicht nach den Rechtsvorschriften des

Wohnmitgliedstaates und c) ich in der Slowakei weder in einem Arbeitsverhältnis stehe, noch eine selbständige Tätigkeit ausübe.

Ihr Bescheid beruht daher auf der falschen Beurteilung der Sachlage sowie der falschen Anwendung der europäischen Rechtsvorschriften. Ich beantrage hiermit die Aufhebung dieses Bescheides..."

Das Finanzamt wies die Berufung mit Berufungsvorentscheidung vom 24. September 2012 mit folgender Begründung ab:

"Die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 und die DVO 987/09 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.

Laut Bestätigung der slowakischen Sozialversicherung sind Sie ab 1.4.2009 in der Slowakei beschäftigt.

Im Berufswege wurden die slowakischen Steuerbescheide 2009 und 2010 abverlangt. In diesen Bescheiden sind die Einnahmen und die vorgeschriebenen Steuern ersichtlich. Die Beschäftigung in der Slowakei und in Österreich ist daher als erwiesen anzusehen.

In Ihrem Fall ist daher der Wohnsitzstaat (Slowakei) vorrangig zur Auszahlung der Familienbeihilfe verpflichtet und die Berufung war abzuweisen."

Die Bw stellte einen Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz, dies mit folgender Begründung:

"...1) Anwendung der richtigen EU-Verordnungen

In Ihrer Berufungsvorentscheidung stützen Sie sich auf die Verordnungen (EWG) Nr. 1408/71 und auf die Verordnung Nr. 987/2009, ohne auf ihren unterschiedlichen zeitlichen und sachlichen Anwendungsbereich näher zuzugehen. Die Verordnung Nr. 1408/71 i.V.m. ihrer Durchführungsverordnung Nr. 574/72 galten bis zum 1.5.2010, wann sie durch die Verordnung Nr. 883/2004 i.V.m. ihrer Durchführungsverordnung Nr. 987/2009 ersetzt wurden. Fraglich ist, ob überhaupt die alte Verordnung Nr. 1408/1971 rückwirkend auf den Zeitraum bis zum 1.5.2010 in Anspruch genommen werden kann, da die neuen Verordnungen Nr. 883/2004 i.V.m. Nr. 987/2009 keine solche ex tunc Regelungen enthalten. Interessanterweise haben Sie in Ihrem Bescheid von 13.04.2012 die Verordnung Nr. 1408/71 keineswegs erwähnt, was nicht für eine Klarheit bezüglich der Anwendung der EU-Verordnungen Ihrerseits spricht.

2) Priorität der Ansprüche

Ihre Begründung stützen Sie offensichtlich auf die Prioritätsregelung des Art. 76 der alten Verordnung Nr. 1408/1971, die besagt, dass:

"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 gemäß Artikel 73 bzw. 74 geschuldeten Familienleistungen bis zu dem in den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaats vorgesehenen Betrag."

Diese Regelung setzt voraus, dass bereits die Familienleistungen in der Slowakei genommen wurden oder ein Anspruch entstanden ist. Dies ist aber nicht der Fall. Daher ist diese Norm nicht anwendbar, weshalb der Art. 73 den Vorrang hat, nach dem:

"Ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegt, hat, 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 aktuelle Verordnung Nr. 883/2004 befasst sich ebenfalls mit der Kumulation der Ansprüche. Art. 68 Abs. 1 Verordnung 883/2004 stellt seinem Wortlaut nach Prioritätsregeln für den Fall auf, dass derselbe Zeitraum und derselbe Familienangehörige betroffen sind. Er legt eine Rangfolge fest, wenn Familienleistungen in verschiedenen Mitgliedstaaten aus unterschiedlichen Gründen zu gewähren sind. Gründe in diesem Sinn sind entweder eine Beschäftigung bzw. selbstständige Erwerbstätigkeit, der Bezug einer Rente sowie der Wohnort. Erste Priorität haben die durch eine Beschäftigung oder selbstständige Erwerbstätigkeit ausgelösten Ansprüche, an zweiter Stelle stehen die durch einen Rentenbezug ausgelösten Ansprüche, an dritter Stelle die durch den Wohnsitz ausgelösten Ansprüche.

Vgl. dazu auch ausführlich –Vießmann/Merkel: Die europarechtliche Koordinierung von Familienleistungen nach der Verordnung (EG) Nr. 883/2004, NZS 2012, 572ff. -Anlage 1

Dementsprechend haben die durch eine Beschäftigung oder selbstständige Erwerbstätigkeit ausgelösten Ansprüche den Vorrang von der Regelung der Ansprüche nach dem Wohnsitz.

3) Erwerbstätigkeit oder Beschäftigung und ihre Beurteilung nach dem slowakischen Recht

Wie Sie bereits richtig erkannt haben, vorrangig muss jener Mitgliedstaat die Familienleistungen gewähren, in dem eine Erwerbstätigkeit ausgeübt wird. Den Begriff der Beschäftigung und der selbstständigen Erwerbstätigkeit definiert lediglich die aktuelle Verordnung 883/2004 in Art. 1 lit. a und b.

a) Unter der Beschäftigung ist „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“ zu verstehen. Der Begriff der Beschäftigung ist anknüpfend an den Begriff des Arbeitnehmers bzw. Arbeitsverhältnisses zu verstehen.

Der Inhalt des Begriffes der Beschäftigung ist durch die Verordnung (EG) 883/2004 bzw. 1408/1971 nicht eigenständig, sondern vielmehr durch Verweisung auf das Sozialrecht des Mitgliedstaates definiert, das auf den jeweiligen Sachverhalt anzuwenden ist (vgl. Entscheidung des OGH 12.04.2005 10 Ob 36/05z).

Als Beschäftigung ist anzusehen, wenn jemand in einem für Beschäftigung geschaffenen System sozialer Sicherheit pflichtversichert oder zumindest freiwillig versichert ist. Vgl. dazu z.B. Urteil des EuGH, Rs. C-543/03, Slg. 2005, I-5049; Rn. 34 (Dodl/Oberhollenzer) -Die Arbeitnehmereigenschaft besitzt demnach, wer im Rahmen eines der allgemeinen oder besonderen Systeme der sozialen Sicherheit pflichtversichert oder freiwillig versichert ist ...); Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufg. 2011, Rn. 6-7, Anlage 2.

Das slowakische Recht regelt den Begriff der Beschäftigungstätigkeit im Rahmen des Systems sozialer Sicherheit im Gesetz Nr. 461/2003 Z.z. über die soziale Versicherung. Gemäß § 4

dieses Gesetzes ist ein Arbeitnehmer eine natürliche Person, die in einem Rechtsverhältnis steht, welches ihr das Recht auf ein regelmäßiges Einkommen begründet. Hier verweist das Gesetz auf eine unselbständige Tätigkeit im Sinne des § 3 dieses Gesetzes. Das Gesetz führt in § 4 weiter aus: Als ein Arbeitnehmer wird nicht eine natürliche Person verstanden, die in einem Rechtsverhältnis steht, das aufgrund einer Vereinbarung über die Tätigkeit, die außerhalb des Arbeitsverhältnisses ausgeübt wird, begründet wird. Unter die Vereinbarungen über die Tätigkeit, die außerhalb des Arbeitsverhältnisses ausgeübt werden, fallen: a) die Vereinbarung über die Ausübung einer Tätigkeit (§ 226 des Arbeitsgesetzes), b) die Vereinbarung über die Arbeitstätigkeit (§ 228a des Arbeitsgesetzes) und c) die Vereinbarung über die Brigadetätigkeit der Studenten (§§ 227 und 228 des Arbeitsgesetzes. Diese drei Vereinbarungen haben eine besondere Stellung im slowakischen Recht. Personen, die eine Tätigkeit aufgrund dieser Vereinbarungen ausüben, haben kein Recht auf einen Urlaub, kein Recht auf das Krankengeld, kein Anspruch auf den Mindestlohn und was für diese Begründung wichtig ist -diese Vereinbarungen begründen keine Pflichtversicherung, weder Kranken- noch Sozialversicherung (mit der Ausnahme der Unfall- und Garantievorsicherung). In Ihrer Berufungsvorentscheidung erwähnen Sie, dass Sie aufgrund der Steuerbescheide 2009 und 2010 davon ausgehen, dass eine Beschäftigung erwiesen war. Nicht nur, dass Sie mit dieser Aussage die Rechtslage nach dem slowakischen Recht missachten und absolut gar nicht in Betracht ziehen, sondern Sie interpretieren auch die Steuerbescheide falsch. Dass in Österreich ein solches Institut der Vereinbarungen über In den Bescheiden steht unter der Nr. 3 ausdrücklich geschrieben, dass mir keine gesetzliche Pflicht entstanden ist, jegliche Art der Versicherung zu zahlen, weder die Sozialversicherung noch die Krankenversicherung, die normalerweise bei einer Beschäftigung berechnet werden musste. Da ich keine Sozialabgaben leisten musste, kann ich von der Slowakischen Republik auch keine Leistungen erhalten, d.h. mir stehen keine Familienleistungen zu.

b) Unter dem Begriff der "selbstständigen Erwerbstätigkeit" wird im Sinne der Verordnung (EG) 833/2004 „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" verstanden. Die Einstufung einer Person als Selbständiger richtet sich nach dem nationalen System der sozialen Sicherheit, dem diese Person angeschlossen ist und dessen Definition allein maßgebend sind (vgl. Urteil des EuGH vom 30.01.1997 -Rs C-221/95, Slg. 1997 I-609 -Herwein, Hervillier). Nach § 5 des slowakischen Gesetzes über die soziale Versicherung Nr. 461/2003 Z.z. wird unter der selbständig tätigen Person eine natürliche Person verstanden, die im Sinne des § 31 Gesetzes über die Steuer- und Gebührenverwaltung Nr. 511/1992 Zb. i.V.m. § 67 der Steuerordnung Nr. 563/2009 Z.z. i.V.m. mit dem § 3 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 und 3 des Gesetzes über die soziale Versicherung Nr. 461/2003 Z.z. steuer- und sozialpflichtig ist. Hierunter fallen vor allem Tätigkeiten aufgrund eines Gewerbes im Sinne des Gewerbegesetzes Nr. 455/1991 Z.z. Ein solches Gewerbe bzw. eine Erlaubnis, die eine selbständige Tätigkeit begründen würde, besitze ich in der Slowakei nicht und ebenfalls bin ich in der Slowakei nicht sozialpflichtig. Nach dem slowakischen Recht bin ich daher in der Slowakei wegen der abgeschlossenen Vereinbarung vom 01.04.2009 nicht als eine selbständig tätige Person einzustufen.

Eine selbständige Tätigkeit übe ich aufgrund eines Gewerbes ausschließlich in Österreich und zwar ausschließlich aufgrund der österreichischen Rechtsvorschriften.

ba) Mittelpunkt der Tätigkeit bzw. die wesentliche Tätigkeit

Aus den eingereichten Bestätigungen kommt eindeutig hervor, dass der Mittelpunkt bzw. der wesentliche Teil meiner Tätigkeit in Österreich liegt. Für den Mittelpunkt der Tätigkeit bzw. für den wesentlichen Teil sind folgende Orientierungskriterien heranzuziehen: Umsatz, Arbeitszeit, Anzahl der erbrachten Dienstleistungen und/oder Einkommen. Die Tätigkeit in der Slowakei aufgrund der Vereinbarung vom 01.04.2009 hat -was diese Kriterien betrifft -im Vergleich mit der Ausübung der selbständigen Tätigkeit in Österreich einen minimalen Charakter.

bb) System der sozialen Sicherheit

Das wichtigste Kriterium für die Beurteilung der Unrichtigkeit Ihres Bescheides ist das von dem europäischen Recht verlangte System der sozialen Sicherheit. Wie oben ausgeführt, bin ich in der Slowakei nicht sozialversichert, da ich hier keine solche Tätigkeit ausübe, die lediglich nach dem österreichischen Recht bin ich eine selbständig tätige Person, die in Österreich aufgrund eines Gewerbes tätig ist. Nur in Österreich bin ich sozial- und steuerpflichtig, weshalb für die Erbringung der Familienleistungen, wie der Familienbeihilfe (FB) und des Kinderabsetzbetrages (KAB), ausschließlich die österreichischen sozialrechtlichen Vorschriften anwendbar sind.

4) SOLVIT

Vor der Stellung dieses Antrages habe ich mir auch eine rechtliche Meinung bei der Agentur IHR EUROPA-BERATUNG und bei der SOLVIT Slovakia eingeholt, die letztgenannte hat meine Unterlagen zu SOLVIT Österreich weitergeleitet. Diese wird sie umgehend kontaktieren.

5) Zusammenfassung

- a) meine Berufung wird auf grund Ihrer Berufungsvorentscheidung nicht als erledigt betrachtet;*
- b) Ihre rechtliche Würdigung in Ihrer Berufungsvorentscheidung ist nicht richtig;*
- c) die Anwendung der EU-Verordnungen ist nicht korrekt -vor allem aus der Sicht des zeitlichen Anwendungsbereiches;*
- d) bei Ihrer rechtlichen Würdigung haben Sie gar nicht die Auslegung des Begriffes Beschäftigung I Erwerbstätigkeit nach dem slowakischen Recht in Betracht gezogen, wodurch Sie auch die EuGH/OGH-Rechtsprechung missachten;*
- e) bei den Begriffen Beschäftigung I Erwerbstätigkeit kommt es immer auf das wichtige Element der Versicherung an. Ich war in der Slowakei keineswegs sozialversichert;*
- f) die Beurteilung der Prioritätsregelung der Ansprüche ist auch nicht korrekt;*
- g) eine Beschäftigung I Erwerbstätigkeit bestand nach dem slowakischen Recht nicht;*
- h) die Familienleistungen in Höhe von EUR 4.283,37 habe ich zu Recht erhalten..."*

Über die Berufung wurde erwogen:

Folgender Sachverhalt wird der Entscheidung zu Grunde gelegt:

Die Bw ist slowakische Staatsbürgerin.

Sie arbeitet in Österreich seit 2008 selbständig in der Personenbetreuung; die Einnahmen aus dieser gewerblichen Tätigkeit betrugen im Jahr 2011 € 8.055,--.

Die Bw ist im Gewerberegister der Stadt X. seit 10.3.2008 als Personenbetreuerin erfasst und wird bei der Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft seit 1.3.2008 als gewerblich selbständig Erwerbstätige geführt.

Diese Tätigkeit wird von der Bw ausschließlich in Österreich ausgeführt.

Darüber hinaus ist die Bw in der Slowakei seit 1.4.2009 in einem Krankenhaus als Krankenschwester aG einer „Vereinbarung über die Arbeitstätigkeit“ unbefristet erwerbstätig. Aus dieser Beschäftigung erzielte sie Einkünfte in den Monaten Februar, Mai, Juli, Oktober und November im Jahr 2009 iHv insgesamt € 1.143,07,-- und in den Monaten Mai, Juni, Juli, August und November im Jahr 2010 iHv insgesamt € 1.140,94,--. Auf Grund dieser Tätigkeit

ist die Bw als Angestellte in der gesetzlichen Sozialversicherung registriert und hat eine gesetzliche Unfall- und Garantievversicherung. Ihr Arbeitgeber hat für diese Tätigkeit Lohnsteuer einbehalten und abgeführt.

Diese Tätigkeit wird von der Bw ausschließlich in der Slowakei ausgeführt.

Die Bw ist verheiratet und lebt mit ihrem Ehegatten und dem sich noch in Berufsausbildung befindlichen Sohn in der Slowakei. Sie hat in der Slowakei den Mittelpunkt der Lebensinteressen.

Die Bw ist seit 8. Oktober 2009 mit einem Nebenwohnsitz in Österreich gemeldet.

Der Gatte der Bw übte im Streitzeitraum eine nichtselbständige Tätigkeit in der Slowakei aus und bezog für das Kind slowakische Familienbeihilfe.

Der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Bw befindet sich in der Slowakei.

Der festgestellte Sachverhalt beruht auf folgender Beweiswürdigung:

Die Ausführungen über die Tätigkeit der Bw als Personenbetreuerin im Inland sind unbestritten. Die Höhe der Einkünfte im Jahr 2011 beruht auf den vorliegenden Empfangsbestätigungen über die von der betreuten Person an die Bw geleisteten Zahlungen.

Das Arbeitsverhältnis der Bw in der Slowakei und die diesbezüglichen Ausführungen sind durch die vorliegende Bescheinigung der Sozialversicherung, Zweigstelle Z. vom 27. Jänner 2012, wonach die Bw seit 1. April 2009 in der Sozialen Versicherung als Angestellte registriert ist, durch die Bescheinigung des Arbeitgebers, wonach die Bw aG der Vereinbarung über die Arbeitstätigkeit als Krankenschwester tätig ist und durch die Bescheinigungen des slowakischen Arbeitgebers (der Poliklinik in D.) für 2009 und 2010 (ähnlich einem Jahreslohnzettel), aus denen die „abhängige Tätigkeit“, die Höhe der Einnahmen, die Monate der Auszahlungen und die „Abschlagssteuer“ ersichtlich sind, erwiesen. Dass die Bw eine gesetzliche Unfall- und Garantievversicherung hat, beruht auf dem slowakischen Gesetz Nr. 461/2003 über die soziale Versicherung (idfd Streitzeitraum gF siehe auch unten „rechtliche Beurteilung“) und wird auch von der Bw bestätigt, wenn sie im Vorlageantrag ausführt: *„diese Vereinbarungen begründen keine Pflichtversicherung, weder Kranken- noch Sozialversicherung (mit der Ausnahme der Unfall- und Garantievversicherung).“*

Die persönlichen Verhältnisse der Bw und ihres Gatten sind unbestritten, ebenso wie der Bezug der slowakischen Familienbeihilfe.

Dass sich der Mittelpunkt der Lebensinteressen in der Slowakei befindet, ist aus dem slowakischen Hauptwohnsitz der Bw iVm dem ebendort befindlichen Familienwohnsitz (Bestätigung durch Formular E 401) ersichtlich.

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 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. Nach § 2 Abs 8 FLAG 1967 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.

Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben gemäß § 3 Abs 1 FLAG 1967 nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl I Nr 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhalten. Anspruch auf Familienbeihilfe besteht nach § 3 Abs 2 leg cit für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 NAG rechtmäßig in Österreich aufhalten. § 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 1967 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 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.

Bei gemeinschaftsrechtlichen Sachverhalten werden die innerstaatlichen Normen durch die gemeinschaftsrechtlichen Regelungen überlagert. Die für den Bereich der Familienbeihilfe anzuwendende Wanderarbeitnehmerverordnung hat allgemeine Geltung, ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedsstaat ("*Durchgriffswirkung*"). Die Verordnung geht dem nationalen Recht in ihrer Anwendung vor ("*Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts*").

Daher finden die auf Wohnortklauseln beruhenden Bestimmungen des § 2 Abs 1 FLAG 1967, des § 2 Abs 8 FLAG 1967 und des § 5 Abs 3 FLAG 1967 zufolge des Anwendungsvorrangs der Wanderarbeitnehmerverordnung im vorliegenden Fall keine Anwendung.

Auch die Bestimmungen des § 3 Abs 1 und 2 FLAG 1967 finden wegen des in der Wanderarbeitnehmerverordnung normierten Gleichbehandlungsgrundsatzes für Personen, für die diese VO1 gilt, somit auf die Bw und ihre Familienangehörigen keine Anwendung.

Im Berufungsfall sind daher nicht nur die innerstaatlichen Bestimmungen des FLAG 1967 zu beachten.

Vielmehr ist die Bw als in Österreich selbständig und in der Slowakei angestellte Erwerbstätige bis 30. April 2010 von der Verordnung (EWG) Nr 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 idgF (id Folge "*VO 1*") sowie ab 1. Mai 2010 von der Verordnung (EG) Nr 883/2004 des europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme über soziale Sicherheit (id Folge "*VO 2*") erfasst.

Zur Klarstellung des Geltungsbereichs: Die VO2 gilt ihrem Art 91 zufolge ab dem Tag des Inkrafttretens der Durchführungsverordnung. Die Verordnung (EG) Nr 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der VO 2 trat ihrem Art 97 zufolge am 1. Mai 2010 in Kraft. Somit gilt die VO2 ab 1. Mai 2010 und ist demzufolge für den Streitzeitraum Mai bis Dezember 2010 anzuwenden. Für den Streitzeitraum April 2009 bis April 2010 ist hingegen die VO1 anzuwenden.

Streitzeitraum April 2009 bis April 2010:

Gemäß Artikel 1 der VO1 ist "*Arbeitnehmer*" 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.

Der Arbeitnehmerbegriff der VO1 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 Oberhollenzer, Slg 2005, I-05049*).

Artikel 2 der VO1 regelt den persönlichen Geltungsbereich. Demnach gilt diese VO1 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 VO1 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 VO1 gilt diese Verordnung für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, uA die, die Familienleistungen betreffen.

Die Bw ist als Personenbetreuerin nach den innerstaatlichen österreichischen Rechtsvorschriften bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft pflichtversichert. Sie ist iSd Art 1 der VO1 selbständig erwerbstätig.

Die Bw ist als Krankenschwester in der Slowakei nach den innerstaatlichen slowakischen Rechtsvorschriften bei der Sozialversicherung pflichtversichert.

Die Rechtsansicht der Bw, wonach in der Slowakei keine Pflichtversicherung iSd VO1 vorliege, wird vom UFS nicht geteilt.

In der Slowakei besteht in der Sozialversicherung – ähnlich wie in Österreich – eine gesetzliche Pflichtversicherung. Das Sozialversicherungsrecht in der Slowakei regelt das Gesetz Nr 461/2003 über die Sozialversicherung idgF. Gemäß § 2 leg cit deckt die Pflichtversicherung in der Sozialversicherung folgende Bereiche ab:

- Krankenversicherung
- Alters- und Invalidenversicherung
- Unfallversicherung
- Garantversicherung

- Arbeitslosenversicherung
- Reservefonds der Sozialversicherung

Die Bw hat mit dem Arbeitgeber eine „*Vereinbarung über die Arbeitstätigkeit*“ gemäß 228a des Arbeitsgesetzes, Gesetz Nr 311/2001 idgF, abgeschlossen. Es handelt sich bei derartigen Vereinbarungen um kleine, vereinfachte Arbeitsverträge, die in der Slowakei aG der geringen Lohnnebenkosten weit verbreitet waren. Gemäß Arbeitsgesetz berechtigen diese zu einer Arbeitsleistung von maximal 10 Stunden pro Woche. Sie können befristet oder unbefristet abgeschlossen werden. Die aG einer derartigen Vereinbarung tätigen Mitarbeiter gelten nur für Zwecke der Unfall- und Garantiever sicherung als Arbeitnehmer. Insoweit sind sie von der gesetzlichen Sozialversicherung erfasst. Dementsprechend stellte auch die Bescheinigung der Sozialversicherung, Zweigstelle Z., fest, dass die Bw seit 1. April 2009 in der Sozialen Versicherung als Angestellte registriert ist. Dass es sich bei der bestehenden Unfall- und Garantiever sicherung um „*Zweige eines Systems der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer*“ handelt, ergibt sich aus dem Gesetz über die Sozialversicherung und ist unbestritten. Aus der Unfallversicherung werden einmalige und wiederholte Ausgleichszahlungen bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten bezahlt. Aus der Garantiever sicherung werden die Ansprüche der Arbeitnehmer im Falle der Insolvenz des Arbeitgebers ausbezahlt. Richtig ist, dass die der Tätigkeit zu Grunde liegende „*Vereinbarung über die Arbeitszeit*“ keine gesetzliche Kranken- und/oder Pensionsversicherung bedingt. Dies ist aber nach der VO1 und der dazu ergangenen Judikatur des EuGH und der österreichischen Höchstgerichte nicht entscheidend. Es reicht bereits die Pflichtversicherung in einem Zweig eines Systems der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer oder Selbständige aus. Dass die Bw in der Slowakei nichtselbständig tätig ist, ergibt sich aus der abgeschlossenen Vereinbarung über die Arbeitstätigkeit, deren Voraussetzung die grundsätzliche Arbeitnehmereigenschaft ist, aus der ausgeübten Tätigkeit als Krankenschwester in einem Spital, aus den vorgelegten Bescheinigungen des Arbeitgebers „über die Einnahmen der physischen Person aus der abhängigen Tätigkeit“ und der einbehaltenen Abzugssteuer sowie aus der Bescheinigung der Sozialen Versicherung, Zweigstelle Z. , wonach die Bw als „*Angestellte*“ registriert sei. Steuerrechtlich handelt es sich um ein Dienstverhältnis, aus dem Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit bezogen werden. Entscheidend iSd VO1 ist aber die Versicherteneigenschaft.

Bemerkt wird, dass derartige Dienstverhältnisse aG der „Vereinbarungen über die Arbeitstätigkeit“ seit 1.1.2013 zur Gänze der Versicherungspflicht unterliegen dh derartige Dienstnehmer gelten (mit einigen wenigen Ausnahmen) nicht nur als Arbeitnehmer zu Zwecken der Unfall- und Garantiever sicherung, sondern sie gelten auch als Arbeitnehmer zu Zwecken der öffentlichen Krankenversicherung, Rentenversicherung, Arbeitslosenversicherung und Lohnfortzahlungsver sicherung. Dies bedeutet, dass auch vorher bezüglich dieser

Vereinbarungen grs von einem Dienstverhältnis auszugehen ist, das jedoch vereinfachten Bedingungen unterlag.

Die Arbeitnehmereigenschaft des Art 1 lit a der VO1 betreffend wird auf die ständige Judikatur des EuGH, zB auf das *Erkenntnis vom 26.11.2009, C-363/08, Rs Slanina*, verwiesen, in dem ausgeführt wird, iW seien somit drei Kriterien zu erfüllen:

- Die Einbeziehung als Versicherter in das soziale Sicherungssystem eines Mitgliedstaates als Pflicht- oder freiwillig Versicherter;
- Die Unterscheidbarkeit einer solchen Person in diesem System als Arbeitnehmer, Selbständiger, Beamter oder Studierender;
- Sowie die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates oder Familienangehörigkeit eines Staatsangehörigen.

Somit betrachtet der EuGH jede Person, die auch nur gegen ein einziges Risiko bei einem der in Art 1 lit a der VO1 genannten, allgemeinen oder besonderen Systemen der sozialen Sicherheit unabhängig vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses pflichtversichert oder freiwillig versichert ist, als Arbeitnehmer.

Auch der VwGH (*siehe Erk 2.2.2010, ZI 2009/15/0204; 25.1.2006, ZI 2006/14/0105*) und der OGH folgen dieser Judikatur. Verwiesen wird zB auf das Erk des OGH vom 28.5.2002, ZI 4 Ob117/02p, in dem die geringfügige Beschäftigung als Hauswirtschafterin zur Debatte stand. Diese geringfügige Beschäftigung führte nur in einem Teilbereich, nämlich in der Unfallversicherung, zu einer Pflichtversicherung. Der OGH stellte fest, dass Arbeitnehmer iSd VO1 auch ein Teilzeitbeschäftigter sei, selbst wenn er die Beschäftigung nur für zwei Stunden an zwei Tagen ausübt (*siehe EuGH Rs C-2/89 - Kits van Heijningen, Slg 1990, I-1755*). Bei dieser Auslegung umfasse der Arbeitnehmerbegriff auch Geringverdienende, selbst wenn sie auf ergänzende Sozialleistungen angewiesen sind. Der Umstand einer fehlenden gesetzlichen Vollversicherungspflicht stehe aber einer Beurteilung geringfügig Beschäftigter als Arbeitnehmer im Sinn der VO1 nicht entgegen. Abgestellt werde hier schon nach dem klaren und eindeutigen Wortlaut der Definition nicht auf eine umfassende Vollversicherung, die sämtliche Zweige des Sozialsystems umfasst; schon die Pflichtversicherung gegen auch nur ein Risiko genüge demnach zur Begründung der Arbeitnehmereigenschaft. Diesem Erfordernis sei im Fall geringfügiger Beschäftigung gemäß § 5 Abs 1 Z 2 ASVG demnach schon dadurch Genüge getan, dass geringfügig Beschäftigte im Rahmen der Unfallversicherung gegen das Risiko von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten pflichtversichert seien, ohne dass es weiter darauf ankäme, ob sie daneben zugunsten einer freiwilligen Selbstversicherung in weiteren Zweigen der Sozialversicherung optiert hätten.

Die geringfügig Beschäftigte sei daher Arbeitnehmer iSd Art 1 der VO1.

Siehe auch *UFS vom 26.7.2011, RV/1046/-W/11*: In diesem Fall wurde die aG eines Deutschkurses des Arbeitsmarktservices (nur) unfallversicherte Bw als Arbeitnehmerin iSd VO1 betrachtet;

Im ggstdl Fall liegt ein mit den Entscheidungen des OGH und des UFS vergleichbarer Sachverhalt vor. Die Bw hat aG ihrer Tätigkeit in der Slowakei keine umfassende Vollversicherung, sondern ist nur in Teilbereichen – Unfallversicherung, Garantieversicherung – pflichtversichert.

Es entspricht daher der Judikatur des EuGH, der österreichischen Höchstgerichte und des UFS, dass die Bw aG ihrer Tätigkeit in der Slowakei Arbeitnehmer iSd VO1 ist.

Sie ist aber auch aG ihrer selbständigen Tätigkeit in Österreich unbestritten Arbeitnehmer iSd VO1.

Die Familienbeihilfe fällt unter den Begriff der "*Familienleistungen*" iSd VO1. Demnach ist die VO1 sowohl in persönlicher als auch in sachlicher Hinsicht im vorliegenden Fall auf die Bw anwendbar.

Artikel 13 der VO1 bestimmt uA: *"(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,...;"

Der in Art 13 Abs 1 normierte Grundsatz (allgemeine Regelung) der VO1 besagt, dass eine Person den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats unterliegt (vgl. *Csaszar* in *Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG (Gamlitzer Kommentar), § 53 Rz 104*), dh dass für eine Person festzustellen ist, welcher Mitgliedstaat (in Bezug auf diese Person: ausschließlich) zur Erbringung von Familienleistungen zuständig ist.

Dies ist im Falle einer Tätigkeit in (nur) einem Mitgliedstaat gemäß Art 13 Abs 2 der VO1 der Beschäftigungsstaat.

Für Fälle wie den ggstdl – selbständige Tätigkeit in einem Mitgliedstaat, nichtselbständige Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat – ist Art 14c der VO1 (Sonderregelung) heranzuziehen. Dieser lautet:

„Art. 14c Sonderregelung für Personen, die im Gebiet verschiedener Mitgliedstaaten gleichzeitig eine abhängige Beschäftigung und eine selbstständige Tätigkeit ausüben

Eine Person, die im Gebiet verschiedener Mitgliedstaaten gleichzeitig eine abhängige Beschäftigung und eine selbstständige Tätigkeit ausübt, unterliegt:

- a) vorbehaltlich Buchstabe b) den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet sie eine abhängige Beschäftigung ausübt, oder, falls sie eine solche Beschäftigung im Gebiet von zwei oder mehr Mitgliedstaaten ausübt, den nach Artikel 14 Nummer 2 oder Nummer 3 bestimmten Rechtsvorschriften;*
- b) in den in Anhang VII aufgeführten Fällen den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet sie eine abhängige Beschäftigung ausübt, wobei diese Rechtsvorschriften nach Artikel 14 Nummer 2 oder Nummer 3 bestimmt werden, falls sie eine solche Beschäftigung im Gebiet von zwei oder mehr Mitgliedstaaten ausübt, und – den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet sie eine selbstständige Tätigkeit ausübt, wobei diese Rechtsvorschriften nach Artikel 14a Nummern 2, 3 oder 4 bestimmt werden, falls sie eine solche Tätigkeit im Gebiet von zwei oder mehr Mitgliedstaaten ausübt."*

Buchstabe b) gelangt nicht zur Anwendung, da ggstdl Fall in Anhang VII der VO1 nicht angeführt ist und die Beschäftigung bzw selbständige Tätigkeit auch nicht in 2 oder mehr Mitgliedstaaten ausgeübt wird.

Es gelangt daher Art 14 lit a der VO1 zur Anwendung. Demnach ist im Falle der gleichzeitigen Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit und einer nichtselbständigen Erwerbstätigkeit („Beschäftigung“) jener Mitgliedstaat zur Erbringung von Familienleistungen zuständig, in welchem die nichtselbständige Erwerbstätigkeit ausgeübt wird. Die Beschäftigung geht somit der selbständigen Erwerbstätigkeit vor (vgl Czarzar/Lenneis/Wanke, FLAG, „Gamlitzer Kommentar“, § 53 Rz 156; UFSW, GZ RV/1568-W/09 vom 01.07.2011 für den Fall einer selbständigen Tätigkeit in Österreich und einer nichtselbständigen Tätigkeit in der Slowakei).

Da die nichtselbständige Erwerbstätigkeit von der Bw (ausschließlich) in der Slowakei ausgeübt wird, unterliegt die Bw den Rechtsvorschriften der Slowakei und ist dieser Mitgliedstaat zur Zahlung von Familienleistungen ausschließlich zuständig.

Da der Ehegatte der Bw ebenfalls ausschließlich in der Slowakei nichtselbständig tätig ist, unterliegt auch er den Rechtsvorschriften der Slowakei und ist dieser Mitgliedstaat zur Zahlung von Familienleistungen ausschließlich zuständig.

Dementsprechend wurde für das Kind auch die slowakische Familienbeihilfe bezogen.

Eine Differenzzahlung betreffend Familienbeihilfe nach der VO1 kommt nur dort in Betracht, wo ein Mitgliedstaat vorrangig und ein anderer Mitgliedstaat nachrangig zur Erbringung von

Familienleistungen verpflichtet ist, die nachrangigen Familienleistungen aber höher als die vorrangigen sind (vgl. *Czaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, „Gamlitzer Kommentar“, § 53 Rz 179*). Dies ist nur dann der Fall, wenn für die Familienleistungen nach den allgemeinen Zuständigkeitsbestimmungen unterschiedliche Mitgliedstaaten zuständig sind, also etwa wenn einem Elternteil Familienleistungen nach dem Recht des Beschäftigungslandes zustehen, während der andere Elternteil für dasselbe Kind im Wohnland ebenfalls Anspruch auf Familienleistungen hat (vgl. *Czaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, „Gamlitzer Kommentar“, § 53 Rz 194; BFH 24.3.2006, III R 41/05*) oder weil die Eltern in unterschiedlichen Mitgliedstaaten einer Erwerbstätigkeit nachgehen und dies die Zuständigkeit unterschiedlicher Mitgliedstaaten auslöst.

Eine Differenzzahlung nach den Bestimmungen der VO1 iZm der Durchführungsverordnung (EWG) Nr 574/72 ist im ggstdl Fall – beide Elternteile unterliegen ausschließlich den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats, nämlich der Slowakei – nicht vorgesehen. Hier bleibt es bei den Zuständigkeitsregeln der Art 13ff der VO1. Eine Differenzzahlung nach Gemeinschaftsrecht kann nämlich nur dann zu leisten sein, wenn die Ansprüche nach Gemeinschaftsrecht gegen zwei oder mehrere unterschiedliche Mitgliedstaaten gerichtet sind. Eine Ausgleichszahlung nach österreichischem Recht (§ 4 FLAG 1967) könnte zwar eine Person betreffen, die selbst Anspruch auf eine ausländische Beihilfe hat, diese Ausgleichszahlung setzt aber einen Familienbeihilfenanspruch (allein) nach österreichischem Recht voraus. Da sich das Kind nicht ständig iSd § 5 Abs 3 FLAG 1967 im Inland aufhält und die Bw den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen iSd § 2 Abs 8 FLAG 1967 nicht im Inland hat, ist ein Familienbeihilfenanspruch nach den Bestimmungen des FLAG 1967 nicht gegeben. Bemerkt wird, dass ein solcher auch nach § 53 FLAG 1967 nicht besteht. Diese Norm verweist vielmehr auf die gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen und erfordert somit einen Anspruch nach der Wanderarbeitnehmerverordnung. (Arg Gesetzestext: „nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen“; vgl. auch *Czaszar/Lenneis/Wanke, FLAG „Gamlitzer Kommentar“, § 4 Rz 9; VwGH 24.6.2010, 2009/16/0131*).

Da somit die slowakischen Rechtsvorschriften sowohl auf die Bw als auch auf ihren Ehegatten anzuwenden waren, bestand im Anwendungsbereich der VO1 kein Anspruch auf Familienbeihilfe bzw Differenzzahlung in Österreich.

Streitzeitraum Mai bis Dezember 2010:

Gemäß Artikel 1 der VO2 bezeichnet der Ausdruck "*Beschäftigung*" 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.

Der Arbeitnehmerbegriff der VO1 wurde durch den Begriff der "*Beschäftigung*" ersetzt. Voraussetzung ist die Ausübung einer erlaubten Tätigkeit gegen Arbeitsentgelt. Dabei ist auf das nationale Recht abzustellen. Zu den Beschäftigungen gehören auch geringfügige Beschäftigungen. Erforderlich ist aber, dass eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausgeübt wird, wobei Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sich sich "*als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen*". (S EuGH, C-357/89, Rs *Raulin*). Davon kann zB ausgegangen werden, wenn eine Beschäftigung nicht regelmäßig, sondern nur sporadisch ausgeübt wird. Bloße Gelegenheits- oder Gefälligkeitsarbeiten fallen daher nicht unter den Begriff "*Beschäftigung*".

Im vorliegenden Fall handelt es sich bei der Tätigkeit der Bw in der Slowakei um eine "*Beschäftigung*" iSd VO2. Die Anstellung als Krankenschwester ist unbefristet. Die Bw erzielt im Jahr 2009 und 2010 in jeweils 5 Monaten Einkünfte. Die Beschäftigung wird also regelmäßig ausgeübt. Die Einnahmen aus der Tätigkeit sind auch nicht verschwindend gering. Auf Grund dieser Tätigkeit ist die Bw als Angestellte in der gesetzlichen Sozialversicherung registriert und hat eine gesetzliche Unfall- und Garantieversicherung (Pflichtversicherung siehe oben). Ihr Arbeitgeber hat für die nichtselbständige Tätigkeit Lohnsteuer einbehalten und abgeführt.

Unbestritten ist, dass es sich bei der in Österreich ausgeübten selbständigen gewerblichen Tätigkeit um eine "*selbständige Erwerbstätigkeit*" iSd Art 1 der VO2 handelt.

Eine Person, für die die VO2 gilt, unterliegt nach der allgemeinen Regelung des Art 11 der VO2 den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaates. Auch bei Personen, welche in mehreren Mitgliedstaaten tätig werden, sind immer nur die Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates anzuwenden.

Um in grenzüberschreitenden Fällen die Zuständigkeiten eines Staates für Familienleistungen zu eruieren, muss vorab geprüft werden, welchen Rechtsvorschriften der Elternteil bzw bei Paaren jeder Elternteil für sich gesehen nach den Artikeln 11 bis 16 der VO2 unterliegt.

Die Bw übt Tätigkeiten in zwei Mitgliedstaaten aus. Es ist daher Art 13 der VO2 anzuwenden.

Demnach unterliegt eine Person, die gewöhnlich in verschiedenen Mitgliedstaaten eine Beschäftigung und eine selbständige Erwerbstätigkeit ausübt, nach Art 13 Abs 3 der VO2 den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem sie eine Beschäftigung ausübt. Die gewöhnliche Ausübung einer Beschäftigung bzw selbständigen Erwerbstätigkeit bedeutet, dass die Tätigkeit nicht unbedeutend bzw marginal ist. Dies wird bei einer Tätigkeit von weniger als einem Tag im Monat oder bei einem einmaligen Vortrag in einem (anderen) Mitgliedstaat angenommen. Davon kann bei der Beschäftigung der Bw in der Slowakei keine Rede sein.

Diese ist nach Umfang, Dauer, Art und Höhe der Einkünfte nicht als unbedeutend zu qualifizieren.

Die Bw übt daher gewöhnlich eine Beschäftigung in der Slowakei und eine selbständige Erwerbstätigkeit in Österreich aus. Da die Beschäftigung der Bw in der Slowakei ausgeübt wird, unterliegt sie daher ausschließlich den Rechtsvorschriften der Slowakei.

Ihr Ehegatte ist ausschließlich in der Slowakei beschäftigt und unterliegt daher nach der VO2 ebenfalls ausschließlich den slowakischen Rechtsvorschriften.

Es hat sich daher durch die Implementierung der VO2 im vorliegenden Fall keine Änderung des zuständigen Mitgliedstaates ergeben.

Die Vorschriften in der VO2 über die Weitergeltung des zuständigen Mitgliedstaates bei Änderung desselben durch die VO2 können daher nicht zur Anwendung gelangen.

Auch die Vorschriften betreffend Entsendung können nicht zur Anwendung gelangen, da eine solche nicht vorliegt.

Eine Differenzzahlung betreffend Familienbeihilfe kommt auch nach der VO2 nicht in Betracht und ist in einem Fall wie dem vorliegenden nicht vorgesehen. Die obige Begründung zur VO1 trifft sinngemäß auch auf die VO2 zu.

Eine Ausgleichszahlung nach dem FLAG 1967 kommt aus den oben angeführten Gründen nicht in Betracht.

Da somit ausschließlich die slowakischen Rechtsvorschriften sowohl auf die Bw als auch auf ihren Ehegatten anzuwenden waren, bestand im Anwendungsbereich der VO2 kein Anspruch auf Familienbeihilfe bzw Differenzzahlung in Österreich.

Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat gemäß § 26 Abs 1 FLAG 1967 die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen. Die Verpflichtung zur Rückzahlung von zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe stellt lediglich auf objektive Momente ab. Es ist ausschließlich zu prüfen, ob die Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug der Familienbeihilfe gegeben sind.

Da die Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug der Familienbeihilfe nicht vorliegen, erfolgte der Rückzahlungsbescheid des Finanzamtes zu Recht.

Es war spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 5. März 2013