



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der PI, gegen den Bescheid des Finanzamtes Lilienfeld St. Pölten, betreffend Differenzzahlung für den Zeitraum Februar 2008 bis Februar 2009, entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (Bw) ist slowakische Staatsbürgerin und beantragte die Differenzzahlung für ihre drei in der Slowakei im gemeinsamen Haushalt mit dem Ehemann lebenden Kinder.

Die Bw ist in der Personenbetreuung auf Werkvertragsbasis selbständig tätig und legte als Urkundenbeweise Werkverträge über Leistungen in der Personenbetreuung gemäß § 159 GewO vom 10.1.2008, 14.8.2008, 1.12.2008 (Bl. 15-27) sowie die Verständigung über die Gewerbeanmeldung vom 12.2.2008 (Bl 28) vor. Im 2-Wochen-Rhythmus betreute die Bw alte und kranke Personen in Niederösterreich, sodann verbrachte sie zwei Wochen bei ihrer Familie in der Slowakei.

Die in der Slowakei örtlich zuständige Sozialversicherungsfiliale bestätigt mit Schreiben vom 25.02.2009, dass die Bw seit 01.05.1995 bei einem näher bezeichneten Arbeitgeber in der Slowakei eingetragen ist (Bl 43). Bis 28.02.2009 arbeitete die Bw in der Privatambulanz eines

---

Arztes als Krankenschwester. Bis Februar 2009 hat die Bw für ihre Kinder slowakische Familienbeihilfe erhalten (Bl 52).

Gemäß dem Versicherungsdatenauszug von der Österreichischen Sozialversicherung vom 24.02.2009 war die Bw in der österreichischen Pflichtversicherung vom 1.2.2008 bis 29.2.2008 und vom 1.4.2008 bis laufend als gewerblich selbstständige Erwerbstätige erfasst.

Mit angefochtenem Bescheid vom 02.03.2009 (Bl 48) wies die Amtspartei den Antrag auf Familienbeihilfe ab. Für den Monat März 2008 wird die Abweisung damit begründet, dass in Österreich keine Beschäftigung vorlag. Für den Februar 2008 sowie für die Zeiträume ab April 2008 bis Februar 2009 wird die Abweisung unter Hinweis auf Art. 14 Z 2 lit. b i der Verordnung (EWG) 1408/71 damit begründet, dass die Bw den Rechtsvorschriften desjenigen Mitgliedstaates unterliege, in dem sie wohnt, weil sie in zwei Mitgliedstaaten unselbstständig erwerbstätig sei.

Mit Schriftsatz vom 27.03.2009 erhob die Bw form- und fristgerecht Berufung und trug vor, dass sie nicht in zwei Staaten unselbstständig beschäftigt gewesen sei, sondern in Österreich ausschließlich einer selbstständigen Erwerbstätigkeit als Hauspflegerin nachgehe, weshalb Art 13 Abs. 2 lit b leg cit anzuwenden sei, welcher besage, dass eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats eine selbstständige Tätigkeit ausübe, den Rechtsvorschriften dieses Staates unterliege, und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohne.

Weiters besage Art 73 leg cit, dass ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats überliege, 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 habe, als ob diese Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnten.

Aufgrund der Aufgabe der unselbstständigen Erwerbstätigkeit in der Slowakei ab März 2009 bezieht die Bw ab März 2009 Differenzzahlung in Österreich.

Auf Vorhalt teilte die Amtspartei mit Schreiben vom 3.2.2011 mit, dass es den Antrag auf Abweisung der Berufung aufrecht hält. Da die Bw im Inland selbstständig tätig war und in der Slowakei im selben Zeitraum unselbstständig beschäftigt war, stützt die Amtspartei die Abweisung auf Artikel 13 Abs. 1 (nur ein Mitgliedstaat) und Artikel 14c der VO (Zuständigkeit des Mitgliedstaates, wo die unselbstständige Tätigkeit ausgeübt wird).

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

### **1. Rechtsgrundlagen:**

#### **Gemeinschaftsrecht:**

Die Slowakei ist mit 1.5.2004 der EU beigetreten. Die Verordnung EWG Nr. 1408/71 des Rates 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 idgF (im Folgenden: VO), sowie die Verordnung EWG Nr. 574/72 des Rates vom 21.3.1972 über die Durchführung der VO 1408/71 ist auf slowakische Staatsbürger seit 1.5.2004 unmittelbar anwendbar und verdrängt entgegenstehendes innerstaatliches Recht.

Die genannte VO lautet in der konsolidierten Fassung ABL. L 028 vom 30. Jänner 1997 und nach Änderung durch die VO (EG) 1606/98 des Rates vom 29. Juni 1998 ABL. L 209 auszugsweise:

#### **"Artikel 1**

Für die Anwendung dieser Verordnung werden die nachstehenden Begriffe wie folgt definiert:

- a) 'Arbeitnehmer' oder 'Selbständiger': Jede Person,
  - i) 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;
  - ii) die im Rahmen eines für alle Einwohner oder die gesamte erwerbstätige Bevölkerung geltenden Systems der sozialen Sicherheit gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken pflichtversichert ist, die von den Zweigen erfasst werden, auf die diese Verordnung anzuwenden ist,
    - wenn diese Person auf Grund der Art der Verwaltung oder der Finanzierung dieses Systems als Arbeitnehmer oder Selbständiger unterschieden werden kann oder
    - wenn sie bei Fehlen solcher Kriterien im Rahmen eines für Arbeitnehmer oder Selbständige errichteten Systems oder eines Systems der Ziffer iii) gegen ein anderes in Anhang I bestimmtes Risiko pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist oder wenn auf sie bei Fehlen eines solchen Systems in dem betreffenden Mitgliedstaat die in Anhang I enthaltende Definition zutrifft;
  - iii) die gegen mehrere Risiken, die von den unter diese Verordnung fallenden Zweigen erfasst werden, im Rahmen eines für die gesamte Landbevölkerung nach den Kriterien des Anhangs I geschaffenen einheitlichen Systems der sozialen Sicherheit pflichtversichert ist;
  - iv) die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den unter diese Verordnung fallenden Zweigen erfasst werden, im Rahmen eines für Arbeitnehmer, für Selbständige, für alle Einwohner eines Mitgliedstaats oder für bestimmte Gruppen von Einwohnern geschaffenen Systems der sozialen Sicherheit eines Mitgliedstaats freiwillig versichert ist,
  - wenn sie im Lohn- oder Gehaltsverhältnis beschäftigt ist oder eine selbständige Tätigkeit ausübt oder
  - wenn sie früher im Rahmen eines für Arbeitnehmer oder Selbständige desselben Mitgliedstaats errichteten Systems gegen das gleiche Risiko pflichtversichert war; ...
- f) i) „Familienangehöriger“: jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, oder in den Fällen des Artikels 22 Absatz 1 Buchstabe a) und des

Artikels 31 in den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet sie wohnt, als Familienangehöriger bestimmt, anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet ist; wird nach diesen Rechtsvorschriften eine Person jedoch nur dann als Familienangehöriger oder Haushaltsangehöriger angesehen, wenn sie mit dem Arbeitnehmer oder dem Selbständigen oder dem Studierenden in häuslicher Gemeinschaft lebt, so gilt diese Voraussetzung als erfüllt, wenn der Unterhalt der betreffenden Person überwiegend von diesem bestritten wird. Gestatten es die Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats nicht, die Familienangehörigen von den anderen Personen, auf die sie anwendbar sind, zu unterscheiden, so hat der Begriff „Familienangehöriger“ die Bedeutung, die ihm in Anhang I gegeben wird.

u ii) „Familienbeihilfen“: regelmäßige Geldleistungen, die ausschließlich nach Maßgabe der Zahl und gegebenenfalls des Alters von Familienangehörigen gewährt werden;

### **Artikel 13 (neu Artikel 11)**

(1) Vorbehaltlich der Artikel 14c und 14f unterliegen Personen, für die diese Verordnung gilt, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Welche Rechtsvorschriften diese sind, bestimmt sich nach diesem Titel.

(2) Soweit nicht die Artikel 14 bis 17 etwas anderes bestimmen, gilt folgendes:

- 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 oder ihr Arbeitgeber oder das Unternehmen, das sie beschäftigt, seinen Wohnsitz oder Betriebssitz im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats hat;
- b) eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats eine selbständige Tätigkeit ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Staates, und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnt; ...

### **Artikel 14c (neu Artikel 13)**

Sonderregelung für Personen, die im Gebiet verschiedener Mitgliedstaaten gleichzeitig abhängige Beschäftigung und eine selbständige Tätigkeit ausüben

Eine Person, die im Gebiet verschiedener Mitgliedstaaten gleichzeitig eine abhängige Beschäftigung und eine selbständige 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; ...

### **Artikel 73 (neu Artikel 67 und 68 Abs. 1)**

Ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates unterliegt, hat, vorbehaltlich der Bestimmungen in Anhang VI, für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des ersten Staates, als ob diese Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnten.

### **Artikel 76 Abs. 1 (neu Artikel 68 Abs. 1 lit. bZi)**

Prioritätsregeln für den Fall der Kumulierung von Ansprüchen auf Familienleistungen gemäß den Rechtsvorschriften des zuständigen Staates und denen des Staates, in dem die Familienangehörigen wohnen, lautet:

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

Die Verordnung EWG 574/72 des Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der VO mit Vorschriften für das Zusammentreffen von Ansprüchen auf Familienleistungen oder -beihilfen für Arbeitnehmer und Selbständige bestimmt in Artikel 10 Abs 1:

"a) Der Anspruch auf Familienleistungen oder -beihilfen, die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats geschuldet werden, nach denen der Erwerb des Anspruchs auf diese Leistungen oder Beihilfen nicht von einer Versicherung, Beschäftigung oder selbständigen Tätigkeit abhängig ist, ruht, wenn während desselben Zeitraums für dasselbe Familienmitglied Leistungen allein aufgrund der innerstaatlichen Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats oder nach Artikel 73, 74, 77 oder 78 der Verordnung geschuldet werden, bis zur Höhe dieser geschuldeten Leistungen.

b) Wird jedoch

i) in dem Fall, in dem Leistungen allein aufgrund der innerstaatlichen Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats oder nach Artikel 73 oder 74 der Verordnung geschuldet werden, von der Person, die Anspruch auf die Familienleistungen hat, oder von der Person, an die sie zu zahlen sind, in dem unter Buchstabe a) erstgenannten Mitgliedstaat eine Berufstätigkeit ausgeübt, so ruht der Anspruch auf die allein aufgrund der innerstaatlichen Rechtsvorschriften des anderen Mitgliedstaats oder nach den genannten Artikeln geschuldeten Familienleistungen, und zwar bis zur Höhe der Familienleistungen, die in den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats vorgesehen sind, in dessen Gebiet das Familienmitglied wohnhaft ist. Leistungen, die der Mitgliedstaat zahlt, in dessen Gebiet das Familienmitglied wohnhaft ist, gehen zu Lasten dieses Staates;"

## **2. Festgestellter Sachverhalt:**

Die Bw, ihr Ehemann und die drei Kinder im Alter von 16, elf und zehn Jahren sind alle slowakische Staatsbürger.

Die Bw war im Streitzeitraum in Österreich mit Ausnahme des Monats März 2008 in der Sozialversicherung der Gewerblichen Wirtschaft als Selbstständige und im Sozialversicherungssystem der Slowakei durchgängig als Arbeitnehmerin erfasst. Jede Tätigkeit wird ausschließlich in dem jeweiligen Mitgliedstaat ausgeübt.

Der Ehemann ist in der Slowakei in einem technischen Beruf als Arbeitnehmer tätig.

Die Kinder gehen in der Slowakei in die Schule bzw. befinden sich dort in Ausbildung (E 402). Laut E 411 vom 5.2.2009 und niederschriftlicher Aussage der Bw wurde für die drei Kinder im Streitzeitraum in der Slowakei Familienbeihilfe bezogen.

Die Bw hat ihren Mittelpunkt der Lebensinteressen am slowakischen Familienwohnsitz.

Daneben war die Bw an den Wohnsitzen der Pflegepersonen gemeldet, laut Melderegister Nebenwohnsitze. Die Bw ist daher in der Slowakei ansässig.

## **3. Beweiswürdigung:**

Unstrittig zwischen den Parteien des Berufungsverfahrens ist, dass die Bw ihren Mittelpunkt

---

der Lebensinteressen am slowakischen Familienwohnsitz hat. Diese Rechtsansicht findet Deckung in VwGH 20.06.1990, 90/16/0032; VwGH 18.01.1996, 93/15/0145.

Ob die Voraussetzungen für die Differenzzahlung iSd Artikel 76 Abs. 1 der VO erfüllt sind, ist in mehreren Fallprüfungsstufen zu prüfen:

1.) Da Wohnsitz, treffender Familienwohnsitz, der Bw und Beschäftigung der Bw auf zwei Mitgliedstaaten entfallen, ist die Verordnung anwendbar.

Mangels Aufenthaltes der Kinder im Inland fiele die Bw bei bloßer nationalrechtlicher Betrachtung hinsichtlich Familienleistungen nicht unter die Rechtsvorschriften Österreichs.

Der Kindesvater fällt aufgrund dortigen nationalen Rechts infolge Wohnsitzes und Aufenthaltes der Kinder in der Slowakei unter slowakisches Familienbeihilfenrecht. Da er weiters seine unselbstständige Erwerbstätigkeit in der Slowakei ausübt, fällt er nicht unter die Verordnung.

2.) Da eine Person im Anwendungsbereich der VO immer nur den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates unterliegt, ist anhand der Artikel 13 bis 17 der alten VO festzustellen, welche Rechtsvorschriften im konkreten Fall anzuwenden sind (Csaszar in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 53, Tz 45). Die Person, um die es hier geht, ist die Bw.

3.) Die VO geht vom Grundsatz aus, dass auch hinsichtlich einer Familie immer nur die Rechtsvorschriften eines einzigen Mitgliedstaates zur Anwendung gelangen und nur die Familienleistungen dieses Mitgliedstaates gewährt werden (keine Kumulierung von Familienleistungen) (Csaszar aaO, FLAG, § 53, Tz 46).

Der Sachverhalt mit einer selbstständigen Tätigkeit in Österreich und einer unselbstständigen Tätigkeit in der Slowakei fällt unter Artikel 14c lit. a der VO. Insoweit ist die Amtspartei im Recht, der Berufungseinwand, Artikel 13 Abs. 2 lit. b der VO sei anzuwenden, geht fehl, denn dabei wird außer Acht gelassen, dass die Bw eben auch eine unselbstständige Erwerbstätigkeit in der Slowakei ausgeübt hat. Artikel 14c lit. a der VO ordnet bei Ausübung einer selbstständigen und einer unselbstständigen Tätigkeit in zwei verschiedenen Mitgliedstaaten die ausschließliche Zuständigkeit dem Mitgliedstaat zu, in dem die unselbstständigen Tätigkeit ausgeübt wird, dass ist die Slowakei. Siehe dazu auch das Beispiel in Csaszar aaO, FLAG, § 53, Tz 157.

Unterliegt die Bw selbst und auch der andere Elternteil ausschließlich den Rechtsvorschriften desselben Mitgliedsstaates (Slowakei), gelangen die Prioritätsregelungen des § 76 der VO nicht zur Anwendung, weil es zur keiner Sekundärzuständigkeit kommt. Mangels Anwendbarkeit der Prioritätsregelungen, kann es nicht zu einer Differenzzahlung an den anderen Elternteil durch den sekundär zuständigen Mitgliedstaat kommen (Csaszar aaO, § 53, Tz 47).

Auch Artikel 73 der VO verlangt eine Primärzuständigkeit und eine Sekundärzuständigkeit, sodass hier das oben Gesagte gilt: Die Bw unterliegt gemäß Artikel 14c lit. a der VO den Rechtsvorschriften der Slowakei und die Kinder leben in der Slowakei (dh. der erste Staat und der andere Staat sind hier identisch).

Der Ausschluss der Differenzzahlung ergibt sich entgegen der Bescheidbegründung nicht aus Artikel 13 der VO: Wäre der Sachverhalt umgekehrt gelagert, also hätte die Bw in Österreich die unselbstständige Erwerbstätigkeit und in der Slowakei die selbstständige Erwerbstätigkeit ausgeübt, so wäre die Zuständigkeit Österreich zugefallen, wodurch sich eine Primär- und eine Sekundärzuständigkeit in zwei Mitgliedstaaten ergeben hätte. Diesfalls wären die Prioritätsregelungen des § 76 der VO anzuwenden.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 1. Juli 2011