



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw. vom 18. Juli 2011 gegen den Bescheid des Finanzamtes Feldkirch vom 7. Juli 2011 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum Jänner 2011 bis März 2011 entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird gemäß § 289 Abs. 2 BAO aufgehoben.

Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin ist slowakische Staatsbürgerin mit Hauptwohnsitz in der Slowakei. Am 17.6.2010 meldete sie laut Gewerberegistereintragung bei der Bezirkshauptmannschaft B das Gewerbe der Personenbetreuung an und übte dieses von da an in Österreich-V aus.

Der **Antrag** der Berufungswerberin auf Zuerkennung der Familienbeihilfe für ihre in der Slowakei studierenden Töchter V und Z wurde seitens des Finanzamtes für den Zeitraum Jänner 2011 bis März 2011 abgewiesen. Sie sei nämlich im Jänner und März nicht zum Monatsersten, im Februar überhaupt nicht in Österreich beschäftigt gewesen.

Sie brachte dagegen **Berufung** ein und erläuterte: Von 16.11.2010 bis 27.12.2010 habe sie als Pflegerin in der 24-Stunden-Betreuung bei der Familie H in X gearbeitet. An einen Pflegeturnus schließe sich ein Erholungsturnus von 3 Wochen an, der bei der zu betreuenden Person durch eine andere Pflegerin abgedeckt werde. Sie habe daher wieder von 18.1.2011 bis 31.1.2011 ihre Tätigkeit ausgeübt. Der Arbeitsbeginn einer Pflegerin liege aufgrund der 3

bis 4-wöchig abwechselnden Pflege- und Erholungsturnusse ganz selten am Monatsersten. Im März 2011 habe ihr Gegenpfleger bis 22.3. gearbeitet, ab 23.3. bis 19.4.2011 habe wieder sie die Pflege übernommen.

Es erging eine **teilweise stattgebende Berufungsvorentscheidung**, die nach allgemeinen Ausführungen und unter Bezugnahme auf die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 aussprach, Anspruch auf Familienbeihilfe bestehe grundsätzlich nur für die Dauer einer Beschäftigung im Inland oder bei Bezug einer Leistung nach dem Arbeitslosenversicherungsgesetz oder von Krankengeld. Seien in zwei Ländern Beschäftigungen aufrecht, so käme es auf die Verhältnisse zum Monatsersten an. Im März 2011 sei die Beschäftigung erst am 23. aufgenommen worden, weshalb für diesen Monat kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestehe. Für den Monat Jänner wurde der Berufung Folge gegeben. Über den Monat Februar sprach die Berufungsvorentscheidung nicht ab.

Die Berufungsverberin brachte daraufhin einen Antrag auf **Aufhebung der Berufungsvorentscheidung gemäß § 299 Abs. 1 BAO** ein. Sie erläuterte, über die anzuwendenden Rechtsvorschriften entscheide der zuständige Träger der sozialen Sicherheit des Mitgliedstaates, das sei in ihrem Fall die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft. Sie habe das ganze Jahr 2011 über ein aktives und rechtmäßiges Gewerbe in Österreich ausgeübt und die Beiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung bezahlt. Gemäß Verordnung (EG) Nr. 883/2004, Art. 11 Abs. 3 Buchstabe a), seien für sie nur die österreichischen Rechtsvorschriften ausschlaggebend gewesen. Gemäß Art. 68 Abs. 2 der zitierten Verordnung habe sie Anspruch auf den Unterschiedsbetrag an Familienbeihilfe in jener Höhe, die über die in der Slowakei durch ihren Ehemann empfangenen Beträge hinausgehe.

Sie habe ihre Pflegetätigkeit in X am 31.1.2011 beendet und erst am 23.3.2011 wieder eine neu zu betreuende Person (Anm.: in L) gefunden. Das Gewerbe sei aber die ganze Zeit aufrecht geblieben. Sie habe daher Anspruch auf Ausgleichszahlung zur Familienbeihilfe nicht nur für Jänner, sondern auch für Februar und März 2011. Eine Veränderung der Zuständigkeit für die Familienbeihilfenauszahlung wäre nur dann denkbar gewesen, wenn sie ihr Gewerbe ruhend gemeldet oder zurückgelegt hätte, was sie aber niemals beabsichtigt habe. Sie verwies im Weiteren auf die Entscheidung des UFS vom 1.2.2012, RV/3004-W/11.

Das Finanzamt entsprach dem Begehr der Berufungsverberin und hob die angefochtene Berufungsvorentscheidung wegen Unrichtigkeit des Spruchs auf. Gleichzeitig erging die **neue Berufungsvorentscheidung**, die Familienbeihilfe für Jänner 2011 gewährte, für die Monate Februar 2011 und März 2011 wurde die Berufung als unbegründet abgewiesen. Die tatsächliche Erwerbstätigkeit sei durch das Fehlen einer Pflegestelle unterbrochen worden.

Laut Aktenlage sei in diesem Zeitraum keine aus der vorherigen Tätigkeit resultierende Leistung bezogen worden. Die Unterbrechung der Erwerbstätigkeit beruhe auf persönlichen Gründen. Es lägen daher keine durch eine selbständige Tätigkeit ausgelösten Ansprüche vor. Nicht zutreffend sei außerdem die Rechtsansicht, wonach durch den Bezug einer Invaliditätsrente des Vaters in der Slowakei gemäß Art. 68 der VO (EG) die Familienleistungen dort als durch eine Beschäftigung ausgelöst zu gelten hätten. Renten seien diesbezüglich ausdrücklich ausgenommen. Im Streitfall würde eine Beschäftigung in Österreich vorrangig Anspruch auf die österreichische Familienbeihilfe auslösen, allenfalls könnte nachrangig ein Anspruch auf eine slowakische Differenzzahlung bestehen.

Daraufhin stellte die Berufungsberwerberin einen **Antrag auf Vorlage ihrer Berufung** an die Abgabenbehörde II. Instanz. Sie wies darauf hin, dass der Besitz eines Gewerbescheines in Österreich automatisch mit einer Erfassung im System der sozialen Sicherheit einhergehe, dies unabhängig davon, ob eine Tätigkeit auch wirklich ausgeübt werde. Durch den Tod der pflegebedürftigen Person, die sie betreut habe, sei nur der Pflegevertrag beendet worden, nicht aber ihr aktives Gewerbe zum Erliegen gekommen. Ihrer Wiederaufnahme einer neuen Pflegetätigkeit ab 23.3.2012 sei eine 7-wöchige Suche nach einer neuen Pflegeperson vorangegangen. Keineswegs habe sie in dieser Zeit ihr Gewerbe ruhend gestellt oder zurückgelegt. Sie sei also auch in den Monaten Februar und März 2011 pflichtversichert gewesen und habe Beiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung bezahlt. Gemäß Art. 11 Abs. 3 Buchstabe a) der VO (EG) Nr. 883/2004 hätten die österreichischen Rechtsvorschriften für sie gegolten. Im Weiteren wies sie auf Art. 68 Abs. 2 der genannten VO hin, wonach sie Anspruch auf Ausgleichszahlungen habe.

Über die Berufung wurde erwogen:

Grundsätzlich gilt: Gemäß § 2 Abs. 1 lit. b des FLAG 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist. Bei volljährigen Kindern, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992, BGBl. Nr. 305, genannte Einrichtung besuchen, ist eine Berufsausbildung nur dann anzunehmen, wenn sie die vorgesehene Studienzeit pro Studienabschnitt um nicht mehr als ein Semester oder die vorgesehene Ausbildungszeit um nicht mehr als ein Ausbildungsjahr überschreiten.

Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind hat nach § 2 Abs. 2 FLAG die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört. Gemäß § 2 Abs. 8 FLAG haben Personen nur dann Anspruch auf

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

Gemäß § 5 Abs. 3 FLAG besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

Im Speziellen ist Bedacht zu nehmen auf die **Verordnung (EG) Nr. 883/2004** des europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (im Folgenden: VO Nr. 883/2004), die gemäß Durchführungsverordnung (EG) Nr. 987/2009 seit 1. Mai 2010 in Geltung steht und demnach auf den im Jahr 2011 gelegenen Streitzeitraum anzuwenden ist.

Gemäß Art. 1 Buchstabe b) der VO Nr. 883/2004 ist als "selbständige Erwerbstätigkeit" iS dieser VO jede Tätigkeit zu verstehen, die nach den Rechtsvorschriften betreffend die soziale Sicherheit des Mitgliedstaates, in dem die Tätigkeitausgeübt wird, als solche gilt. Familienangehöriger ist nach Art. 1 Buchstabe i) Nr. 1 sublit. i) der VO Nr. 883/2004 jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Familienangehöriger bestimmt oder anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet wird. Nach Art. 1 Buchstabe j) der VO bezeichnet der Ausdruck "Wohnort" den Ort des gewöhnlichen Aufenthalts einer Person. In Art. 1 Buchstabe z) der VO sind als "Familienleistungen" alle Sach- und Geldleistungen zum Ausgleich von Familienlasten, mit Ausnahme von Unterhaltsvorschüssen und besonderen Geburts- und Adoptionsbeihilfen zu verstehen.

Der persönliche Geltungsbereich der VO Nr. 883/2004 umfasst gemäß Art. 2 Abs. 1 Staatsangehörige eines Mitgliedstaates, Staatenlose oder Flüchtlinge mit Wohnort in einem Mitgliedstaat, für die die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten sowie für ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen.

Gemäß ihrem Art. 3 Abs. 1 Buchstabe j) hat die VO auch Geltung für die Familienleistungen.

In Art. 11 Abs. 3 Buchstabe a) der VO heißt es: *"Eine Person, die in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaates."*

Nach Art. 67 der VO Nr. 883/2004 hat eine Person auch für Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften

des zuständigen Mitgliedstaates, als ob die Familienangehörigen in diesem Mitgliedstaat wohnen würden.

Sind für den selben Zeitraum und für die selben Familienangehörigen Leistungen nach den Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten zu gewähren, so gelten die in Art. 68 der VO Nr. 883/2004 ausgeführten Prioritätsregeln.

Strittig ist: Hat die Berufungsverwerberin nur im Jänner 2011 oder auch im Februar und März 2011 Anspruch auf Familienbeihilfe gemäß § 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967 für ihre studierenden Töchter V, geb. am XXYYZZZ und Z, geb. am AABCCCC?

Die Berufungsverwerberin ist slowakische Staatsbürgerin und somit Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der Europäischen Union. Im Streitzeitraum hatte sie einen Wohnort in einem Mitgliedstaat der Union. Die VO Nr. 883/2004 gilt daher für sie und ihre Familienangehörigen, dh, ihre zwei studierenden Töchter.

Sie war von 4.6.2010 bis 28.3.2011 an der Adresse ihres Pflegebefohlenen AH in X, nach dessen Ableben ab 28.3.2011 bis 16.9.2011 bei RGM in L polizeilich mit Nebenwohnsitz gemeldet.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis **VwGH, 27.9.2012, 2012/16/0066**, zu einem gleichgelagerten Fall ausgesprochen:

"Eine selbständige Tätigkeit im hier maßgeblichen Sinn wird nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes nicht nur dann ausgeübt, wenn nach der Verkehrsauffassung und nach außen hin ersichtliche Handlungen gesetzt werden (im Beschwerdefall: eine zu betreuende Person gepflegt wird), sondern auch dann, wenn eine allenfalls sogar nach außen hin nicht unmittelbar erkennbare Tätigkeit im engen Zusammenhang mit diesen Handlungen entfaltet wird (so übt etwa ein Künstler oder ein Vortragender nicht nur während der Auftritte oder der Vorträge eine selbständige Tätigkeit aus, sondern auch im Zeitraum zwischen solchen Auftritten oder Vorträgen etwa im Zusammenhang mit der Vorbereitung dazu). Auch unterbricht die Zeit eines Erholungsurlaubes bei einer unselbständigen Tätigkeit eines Arbeitnehmers bei aufrechtem Dienstverhältnis die Zeit der Beschäftigung genauso wenig, wie bei einer selbständigen Erwerbstätigkeit eine derartige Unterbrechung der zur Erwerbstätigkeit gesetzten Handlungen noch keine Unterbrechung der Ausübung der Erwerbstätigkeit darstellt."

Daher läge schon bei dem von der Mitbeteiligten im Vorlageantrag behaupteten Sachverhalt, sie habe, nachdem sie ihren "Kunden Ende Juli 2010 verloren" habe (der im Jahr 1916 geborene A.M. offenbar in Anstaltpflege oder verstorben war), sich um eine anschließend zu betreuende Person ("Pflegestelle") bemüht und diese mit 9. Oktober 2010 gefunden, eine durchgehende Ausübung einer selbständigen Tätigkeit vor.

Darüber hinaus sieht der Verwaltungsgerichtshof die Mitbeteiligte im Zeitraum zwischen der Beendigung (dem "Verlust") einer Pflegestelle und dem Beginn einer neuerlichen pflegerischen Tätigkeit rund zweieinhalb Monate danach, ohne dass von der Mitbeteiligten in Österreich oder in einem anderen Staat eine andere Erwerbstätigkeit entfaltet wird und ohne dass das angemeldete Gewerbe als ruhend gemeldet wird, die Mitbeteiligte sohin durchgängig nach dem GSVG pflichtversichert blieb, in einer der Ausübung der selbständigen Erwerbstätigkeit

gleichgestellten Situation im Sinne des Art. 1 Buchstabe b) der Verordnung Nr. 883/2004. Deshalb unterlag die Mitbeteiligte im Streitzeitraum nach Art. 11 Abs. 3 Buchstabe a) der Verordnung Nr. 883/2004 den österreichischen Rechtsvorschriften.“

Eine zum Verlust der Ansprüche auf Familienbeihilfe führende "Unterbrechung der selbständigen Tätigkeit aus persönlichen Gründen" – wie sie seitens des Finanzamtes im Streitfall konstatiert wurde – liegt daher nicht vor. Vielmehr ist die Argumentation der Berufungsverberin, wonach für sie in der 7-wöchigen Zeit der Suche nach einer neuen Pflegeperson bei aufrechter Pflichtversicherung und aufrechtem Gewerbe (weder zurückgelegt noch ruhend gestellt), die österreichischen Rechtsvorschriften gegolten hätten, zutreffend. Sie befand sich in der Zeit der Suche in einer der selbständigen Tätigkeit gleichgestellten Situation gemäß Art. 1 Buchstabe b) der VO Nr. 883/2004.

Der Verwaltungsgerichtshof nimmt in seinem obzitierten Erkenntnis überdies Bezug auf die Bestimmung des Art. 12 Abs. 2 der VO Nr. 883/2004, wonach eine Person, die "gewöhnlich" in einem Mitgliedstaat eine selbständige Erwerbstätigkeit ausübt, den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaates weiterhin unterliegt, obwohl sie eine ähnliche Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat ausübt. Umso mehr müsse – so der VwGH -der Mitgliedstaat der "gewöhnlichen" selbständigen Erwerbstätigkeit zuständig bleiben, wenn nicht in einem anderen Mitgliedstaat eine Erwerbstätigkeit ausgeübt, sondern für einen kurzen Zeitraum gar keiner Erwerbstätigkeit nachgegangen werde, sohin eine kurzfristige Unterbrechung der eigentlichen Erwerbstätigkeit vorliege.

Zusammenfassend hatte daher die Berufungsverberin entsprechend den österreichischen Rechtsvorschriften und vorbehaltlich der Erfüllung der für studierende Kinder geltenden Voraussetzungen, Anspruch auf Familienbeihilfe für ihre Töchter iS des § 2 Abs. 1 lit. b) FLAG 1967 auch für die Monate Februar und März 2011. Angemerkt wird, dass umfangreiche Studienerfolgsnachweise der Töchter im Akt aufliegen. Diese im Detail zu überprüfen wird Angelegenheit des Finanzamtes sein.

Es ist im Weiteren nicht Sache des Unabhängigen Finanzsenates, darüber abzusprechen, ob der Berufungsverberin der volle österreichische Familienbeihilfenanspruch oder lediglich ein solcher auf Differenzzahlung zusteht. Jedoch wird seitens der Referentin die Rechtsmeinung vertreten, dass iS der Prioritätsregeln gemäß Art. 68 Abs. 1 Buchstabe a) der VO Nr. 883/2004 die auf einer selbständigen Erwerbstätigkeit beruhenden Ansprüche der Berufungsverberin an Österreich vorrangig und die Ansprüche ihres Ehemannes, der laut Aktenlage Rentenbezieher in der Slowakei ist, nachrangig sind, weshalb nicht nur die Differenzzahlung, sondern der gesamte österreichische Familienbeihilfenanspruch zu gewähren wäre (vgl. in diesem Zusammenhang auch die im Akt aufliegende Antwort auf die Anfrage E 411 an den

slowakischen Familienleistungsträger, wonach ab 1.1.2011 in der Slowakei kein "Kindergeld" bezahlt wurde).

Insgesamt war wie im Spruch zu entscheiden.

Feldkirch, am 12. November 2012