



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., gegen den Bescheid des Finanzamtes Neunkirchen Wr. Neustadt betreffend Familienbeihilfe für die Monate April und September 2010 entschieden:

Der Berufung wird teilweise stattgegeben.

Der angefochtene Bescheid bleibt für April 2010 unverändert.

Für September 2010 wird die Ausgleichs(Differenz)zahlung an Familienbeihilfe gewährt.

Entscheidungsgründe

Die geschiedene Berufungswerberin (Bw), eine slowakische Staatsbürgerin, arbeitet in Österreich als Personenbetreuerin. Sie meldete sich am 9. April 2010 in Österreich zur Sozialversicherung an und ist seitdem laufend versichert. Das Beschäftigungsverhältnis der Bw begann am 28. April 2010, wurde für den Monat September 2010 unterbrochen und im Oktober 2010 wieder aufgenommen.

Die fünf Kinder der Bw leben in der Slowakischen Republik.

Strittig ist, ob die Slowakei oder Österreich in den Monaten April und September 2010 für die Auszahlung der Ausgleichszahlung zur Familienbeihilfe zuständig ist.

Das Finanzamt wies den Antrag der Bw mit Bescheid vom 18. Juli 2011 für die Monate April und September 2010 mit der Begründung ab, dass sie trotz Aufforderung die abverlangten

Unterlagen nicht eingebracht habe und daher angenommen werden müsse, dass im oben genannten Zeitraum kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestanden habe bzw besteht, ab.

Weiters wurde Folgendes ausgeführt:

"Die Verordnung (EWG) Nr 1408/71 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 Mitgliedsstaat, in dessen Gebiet die Familienangehörigen wohnen.

Sind die Familienleistungen im anderen Mitgliedsstaat höher, besteht dort gegebenenfalls ein Anspruch auf Gewährung des Differenzbetrages (Artikel 76 Absatz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 in Verbindung mit Art. 10 der DVO 574/72).

Wird in jenem Mitgliedsstaat, der vorrangig zur Gewährung von Familienleistungen verpflichtet ist, kein Antrag gestellt, so kann der andere Mitgliedsstaat dennoch jene Leistungen, die bei Antragstellung gewährt worden wären, bei der Berechnung der Ausgleichszahlung berücksichtigen (Artikel 76 Absatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71). Ihr Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Monat 09/2010 musste abgewiesen werden, da Sie für diesen Zeitraum keine Honorarnote vorlegen konnten.

Der Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Monat 04/2010 musste abgewiesen werden, da Sie erst ab dem 09.04.2010 bei der Sozialversicherung angemeldet waren. Für die Gewährung der Familienbeihilfe ist der erstmögliche Arbeitstag im Monat ausschlaggebend."

Die Bw erhob gegen den Abweisungsbescheid mit folgender Begründung Berufung:

"April 2010:

Ja, am 09.04.2010 wurde ich bei der Sozialversicherung gemeldet. Aber mein erster Arbeitstag war der 28. April 2010. Also ich begann im Monat April arbeiten und für diesen Monat bezahlte ich die volle Summe bei der Sozialversicherung. Das bedeutet – ich habe den Anspruch auf die volle Summe der Familienbeihilfe des Monats April 2010. Nochmalig sende ich die Honorarnote für den April 2010 (28.04. – 12.05.2010) nach. Nochmalig sende ich auch den Vertrag mit der Familie nach, der sich des Monats April 2010 betrifft.

September 2010:

Für den September 2010 sandte ich Ihnen keine Honorarnote und keinen Vertrag mit der Familie, weil ich sie nicht besitze. Wie ich schon erklärte, mein nicht volljähriger Sohn ...

wurde an der Universitätsklinik...in K. operiert... In diesem Monat bestanden wir Voroperation-untersuchungen, einzige Operation und Heimkur.

Vater von P.... lebt nicht im gemeinsamen Haushalt und arbeitet nicht in unserer Stadt. Weil ich seit 14 Jahren meine Kinder alleine, ohne Vater/Partner erziehe, konnte ich doch nicht meinen Sohn alleine lassen... Weil ich für diesen Monat die volle Summe der Sozialversicherung bezahlte, habe ich auch Anspruch auf die volle Summe der Familienbeihilfe..."

Das Finanzamt wies die Berufung mit Berufungsvorentscheidung vom 10. Oktober 2011 mit folgender Begründung ab:

"Die Verordnung (EWG) Nr. 883/2004 und die Durchführungsverordnung 987/2009 regeln, 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.

Sie haben sich am 09.04.2010 in Österreich zur Sozialversicherung angemeldet. Für den Monat 04/2010 kann Ihnen keine Ausgleichszahlung gewährt werden, da der jeweils 1. eines Monats maßgebend ist, welcher Staat zuständig ist. In Ihrem Fall ist es die Slowakei (Wohnsitzstaat).

Die Verordnung (EWG) Nr. 883/2004 und die Durchführungsverordnung 987/2009 regeln ebenso den Begriff der Beschäftigung. Diese Verordnung verwendet den Begriff (Ausübung einer) Beschäftigung. Dabei ist auf das nationale Recht abzustellen.

Gemäß der VO 883/2004 Art. 11 Abs 1 und 3 unterliegt eine Person grundsätzlich den Rechtsvorschriften jenes Staates, in dem sie eine Beschäftigung bzw. selbständige Erwerbstätigkeit tatsächlich ausübt.

Für den Monat 09/2010 kann Ihnen keine Ausgleichszahlung gewährt werden, da Sie weder eine Honorarnote noch einen Betreuungsvertrag für diesen Zeitraum vorgelegt haben."

Die Bw stellte fristgerecht einen Vorlageantrag an die Abgabenbehörde zweiter Instanz und führte im Wesentlichen darin aus, dass ihr für die Monate April und September 2010 eine Ausgleichszahlung für ihre fünf Kinder zu gewähren sei. Der Anspruch bestehe wegen ihrer sozialversicherungspflichtigen selbständigen Tätigkeit in Österreich aufgrund der VO (EWG) 1408/71 und der DVO 574/72 bzw VO (EG) 883/2004.

Betreffend den Monat September 2010 führte sie aus, dass sie in diesem Monate keiner Beschäftigung hätte nachgehen können, weil sie ihren minderjährigen Sohn, P., hätte pflegen müssen. Dieser sei, wie die beigelegten Unterlagen belegen könnten, aufgrund eines schweren operativen Eingriffes im September 2010 im Krankenhaus in der Slowakei gewesen.

Die Bw sei sowohl im August als auch im Oktober 2010 erwerbstätig gewesen. Daher sei ihr für September eine Ausgleichszahlung zu gewähren.

Als Grund für die Nichtgewährung der "Ausgleichszahlung" im September 2010 sei die Nichtausübung der Erwerbstätigkeit genannt worden bzw der mangelnde Nachweis dafür (fehlende Honorarnoten etc.). Die Bw. hätte während der Unterbrechung der Erwerbstätigkeit wegen der Erkrankung ihres Sohnes die entsprechenden Sozialzahlungen und aktive Gewerbeberechtigungen aufrecht erhalten.

Werde in einzelnen Monaten aufgrund schlechter Marktlage, sonstiger Hinderungsgründe (Erkrankung eines Angehörigen) keine Personenbetreuungstätigkeit ausgeübt, heiße das, dass aufgrund der Ausübungsmodalitäten bei 24-Stunden-Betreuung (14-tägige durchgehende Betreuung und anschließende 14-tägige Pause) nur einer der 14-tägigen Zyklen ausgefallen sei. Zweitens hätten solche (kurzfristigen) Ausfälle keine Auswirkungen auf die Anwendbarkeit der Prioritäts- bzw Zuständigkeitsregeln nach VO (EWG) 1408/71 bzw. VO (EG) 883/2004. Bei wirtschaftlicher Gesamtbetrachtung des Jahres 2010 sei darauf hinzuweisen, dass sie als selbständige Personenbetreuerin genauso viele, wenn nicht sogar mehr Arbeitsstunden im Jahr 2010 als jeder Arbeitnehmer abgerechnet habe, wobei bei unselbständig tätigen Personen die Familienbeihilfe auch nicht deswegen gekürzt werde, weil sie 5-wöchigen Urlaub in Anspruch nehmen und deren Kinder in einem anderen Mitgliedsstaat ihren Wohnsitz haben. Somit wäre es eine Diskriminierung bei selbständig tätigen Personen anders vorzugehen als bei Unselbständigen. Diese hätten einen Anspruch auf bezahlte Pflege von Angehörigen, Urlaub etc und könnten diese Modalitäten zu jeder Zeit erschöpfen ohne dabei ihren Anspruch auf Familienleistungen zu verlieren. Im Unterschied zu den Unselbständigen hätten Selbständige keinen Anspruch auf Urlaubsgeld oder sonstige Zusatzleistungen, obwohl sie auch in diesem Zeitraum bei der SVA pflichtversichert seien und Beiträge zahlten müssten. Eine Ungleichbehandlung gegenüber Dienstnehmern nur aufgrund der Tatsache, dass sie gezwungenermaßen ihre Tätigkeit als Selbständige ausüben müsse, sei nicht gerechtfertigt. Die Bw sei ordnungsgemäß versichert, ihr Gewerbe sei aufrecht und es läge eine kurzfristige Unterbrechung der Tätigkeit aufgrund der Erkrankung ihres minderjährigen Sohnes vor.

In weiteren Eingaben brachte die Bw vor, sie habe auch in der Slowakei um Kindergeld angesucht. Sie könne nunmehr bloß einen Antrag auf Differenzzahlungen stellen (Grund: Slanina-Urteil). Die slowakischen Behörden verlangten einen Bescheid oÄ seitens des österreichischen Finanzamtes, worin die österreichische Behörde ihre primäre Zuständigkeit ablehne.

Mit Schreiben vom 10.10.2011 führte das Finanzamt aus, dass in Folge der Rechtsprechung des EuGH (Rs Slanina C-363/08) und des VwGH ein leiblicher Vater, auch wenn er keinerlei Kontakt zu seinem leiblichen, im Ausland lebenden Kind mehr habe, als familienangehöriger

Vater zu werten sei und eine von ihm in Österreich ausgeübte Erwerbstätigkeit einen Anspruch auf die Familienbeihilfe/Ausgleichszahlung für das Kind im Ausland auslöse. Bei der Beurteilung der Frage, nach welchen Rechtsvorschriften ein vorrangiger/nachrangiger Anspruch auf die Familienleistungen eines Landes für dieses Kind bestehe, seien der Prüfung beide leiblichen Elternteile zu Grunde zu legen.

Da die Kinder der Bw in der Slowakei lebten und der Kindesvater in der Slowakei wahrscheinlich beschäftigt sei oder Arbeitslosengeld oder Sozialhilfe beziehe, sei die Slowakei vorrangig zur Auszahlung der Familienbeihilfe verpflichtet.

In Österreich könne daher nur die Ausgleichszahlung gewährt werden.

Der UFS stellte mit Vorhalt vom 26.11.2012 folgende Fragen an die Bw:

„1. Nach der Aktenlage bezahlten Sie von November 2009 bis Februar 2010 als gewerblich selbständig Erwerbstätige in Österreich Sozialversicherungsbeiträge. Danach meldeten Sie sich am 9. April wieder in Österreich zur Sozialversicherung an und begannen am 28. April 2010 wieder mit der Arbeit.

Was war im Zeitraum März 2010 bis 8. April 2010?

Haben Sie das Gewerbe in dieser Zeit ruhend gemeldet oder abgemeldet?

2. War Ihr geschiedener Gatte in der Slowakei im April 2010 und September 2010 erwerbstätig?

Wenn nicht, wann war er letztmals erwerbstätig?

Ist bzw war er nichtselbständig oder selbständig beschäftigt?

War er in diesen Monaten aG seiner Tätigkeit in der Slowakei sozialversichert?

Wenn nicht, wann war er letztmals sozialversichert?

Ist Ihr geschiedener Gatte der Vater Ihrer 5 Kinder?

Ist Ihr geschiedener Gatte für die Kinder unterhaltspflichtig?

Wenn nicht, ist jemand Anderer unterhaltspflichtig?

Wurde Unterhalt vom Gericht oder einer Behörde festgesetzt?

Wenn ja, in welcher Höhe?

Wenn nein, warum nicht?

Wird für die Kinder Unterhalt bezahlt?“

Mit Vorhaltsbeantwortung, beim UFS am 3.1.2013 eingelangt, führte die Bw aus:

„...1. Im Zeitraum März 2010 bis 8. April 2010 habe ich keine Arbeit in Österreich gehabt. Nach der Beendigung des Dienstes bei der Familie S. in Graz Umgebung, wurde mein Gewerbe in Österreich ohne mein Wissen und ohne meine Zustimmung abgemeldet. Ich wurde nicht einmal darüber informiert.

Von März 2010 bis 8. April 2010 habe ich keine Arbeit gehabt. Ich war zu diesem Zeitpunkt

auf Arbeitssuche.

Anfang April habe ich von der Agentur „XY“ in der Slowakei eine Arbeitszusage bekommen. Und am 9. April hat mir die oben genannte Agentur das Gewerbe angemeldet. Mit der Arbeit habe ich aber erst am 28. April begonnen.

2. Mein geschiedener Gatte hat seit 23 Jahren ein Gewerbe im Bauwesen in der Slowakei. Er ist seit 23 Jahren in der Slowakei selbständig erwerbstätig und auch dort sozialversichert. Mein geschiedener Gatte ist der Vater von meinen 5 Kindern. Er ist auch unterhaltspflichtig für unsere gemeinsamen Kinder. Die Höhe des Unterhalts wurde bei dem Scheidungsverfahren (dieses fand vor 15 Jahren statt) vom Gericht auf 500/1000 Ks (16,50/33,20 €/Monat) pro Jungen/Mädchen festgelegt. Diese Höhe des Unterhaltes ist bis heute gleich geblieben. Mein geschiedener Gatte bezahlt den Unterhalt.“

Die Scheidungsurkunde mit der Festsetzung der Unterhaltsverpflichtung (in slowakischer Sprache) wurde beigelegt.

Über die Berufung wurde erwogen:

Folgender Sachverhalt steht fest:

Die Bw ist slowakische Staatsbürgerin; ihre fünf Kinder leben bei der Bw in der Slowakei, wo sich der Familienwohnsitz, der ständige Aufenthalt der Kinder und der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Bw befindet; die Bw ist in Österreich selbständige Personenbetreuerin und hat bei der jeweils zu betreuenden Person einen Nebenwohnsitz angemeldet. Die Bw ist geschieden; ihr geschiedener unterhaltspflichtiger Gatte, der Vater ihrer 5 Kinder, lebt getrennt von der Bw in der Slowakei und ist dort seit 23 Jahren selbständig erwerbstätig. Der vom Kindesvater zu bezahlende Unterhalt wurde gerichtlich festgelegt und beträgt pro Kind zwischen € 16,50,-- und € 33,20,-- monatlich, gesamt ca € 105,-- monatlich. Der Kindesvater zahlt den Unterhalt. Er ist in der Slowakei sozialversichert.

Die Bw war in der Slowakei seit 2004 nicht sozialversichert und bezieht in der Slowakei seit Dezember 2009 keine Familienleistungen. Bis 30. November 2009 wurde der Bw in der Slowakei Familienbeihilfe ausbezahlt. Sie hat auch in der Slowakei einen Antrag auf Auszahlung der Familienbeihilfe gestellt.

Die Bw begann erstmals am 20. November 2009 als Personenbetreuerin in Österreich zu arbeiten. Sie bezahlte vom 1. November 2009 bis 28. Februar 2010 als gewerblich selbständig Erwerbstätige in Österreich Sozialversicherungsbeiträge. Im März 2010 war das Gewerbe abgemeldet und die Bw war in Österreich nicht sozialversichert. Danach meldete sie sich wieder am 9. April 2010 in Österreich zur Sozialversicherung an. Sie bezahlt in Österreich seit inklusive April 2010 laufend als selbständig Erwerbstätige Sozialversicherungsbeiträge und ist

in der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (SVA) seitdem durchgehend pflichtversichert. Ihr erster Arbeitstag war der 28. April 2010.

Im September 2010 war sie zwar in der SVA pflichtversichert, übte jedoch keine tatsächliche Tätigkeit aus, da sie sich in der Slowakei um ihren mj. Sohn P. kümmerte, der in einem Spital in der Slowakei operiert wurde. Das Gewerbe „Personenbetreuung“ war in dieser Zeit nicht ruhend gemeldet, sondern blieb aufrecht. Die entsprechenden Sozialversicherungsbeiträge wurden eingezahlt. Die Bw begann die tatsächliche Tätigkeit der Personenbetreuung wieder am 11. Oktober 2010. Die Bw übte im September 2010 weder im In- noch im Ausland eine andere Tätigkeit aus.

Der festgestellte Sachverhalt beruht auf folgender Beweiswürdigung:

Die persönlichen Verhältnisse der Bw sind aktenkundig und unbestritten. Die Feststellungen über den geschiedenen Ehegatten der Bw beruhen auf dem glaubwürdigen Vorbringen der Bw. Die Tätigkeit der Bw und die Versicherungszeiten sind nachgewiesen und unbestritten, so auch die Feststellungen die Monate April und September 2010 betreffend.

In rechtlicher Hinsicht ist auszuführen wie folgt:

Eingangs wird festgehalten, dass die Bw offenbar (nur) die Differenzzahlung zwischen der niedrigeren slowakischen und der höheren österreichischen Familienbeihilfe beansprucht. So wird im Vorlageantrag ausgeführt, dass der Spruch des Bescheides in der Richtung bekämpft werde, dass für den Zeitraum 04/2010 und 09/2010 „Ausgleichszahlungen“ für ihre 5 Kinder zu gewähren seien. Auch im Schreiben der vom 5.10.2011 wird vorgebracht, die Bw könne aG des Slanina-Urteils bloß einen „Antrag auf Differenzzahlungen“ stellen.

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 § 2 Abs 2 lit b leg cit haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben 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, 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.

Gemäß § 2 Abs 8 FLAG 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 gem. § 3 Abs 1 FLAG 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.

Gemäß § 5 Abs 3 FLAG 1967 besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

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 VO geht dem nationalen Recht in ihrer Anwendung vor ("Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts").

Daher finden die auf Wohnortklauseln beruhenden Bestimmungen des § 2 Abs 1 FLAG, des § 2 Abs 8 FLAG und des § 5 Abs 3 FLAG zufolge des Anwendungsvorrangs der VO1 im vorliegenden Fall keine Anwendung.

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

Dass die grs Anspruchsberechtigung der Bw auf Familienbeihilfe nach § 2 Abs 1 lit a und § 2 Abs 2 lit b FLAG im Streitzeitraum vorliegt, ist zwischen den Parteien unstrittig.

April 2010:

In diesem Monat ist noch die Verordnung (EWG) Nr 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige und deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern idgF (im Folgenden: VO1) in Kraft und anzuwenden.

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 VO hat einen gemeinschaftsspezifischen Inhalt und wird vom EuGH sozialversicherungsrechtlich und nicht arbeitsrechtlich definiert. Demnach ist jede Person als Arbeitnehmer bzw Selbständiger anzusehen, die, unabhängig davon, ob sie eine Erwerbstätigkeit ausübt oder nicht, die Versicherteneigenschaft nach den für die soziale Sicherheit geltenden Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten besitzt. Entscheidend ist, ob jemand in einem für Arbeitnehmer oder Selbständige geschaffenen System der sozialen Sicherheit pflicht- oder freiwillig versichert ist (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 und Selbständige, 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 bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft pflichtversichert. Sie ist Staatsangehörige der Slowakei, somit eines Mitgliedsstaates. 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 anwendbar.

Artikel 13 der VO1 bestimmt:

"(1) ... Personen, für die diese Verordnung gilt, [unterliegen] den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Welche Rechtsvorschriften diese sind, bestimmt sich nach diesem Titel.

(2)...a) Eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats abhängig beschäftigt ist, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Staates, und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnt ...;

b) eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaates eine selbständige Tätigkeit ausübt,

unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Staates und zwar auch dann, wenn Sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates wohnt,...;

Diese Bestimmung erklärt somit den Beschäftigungsort zum grundsätzlichen Anknüpfungspunkt.

Nach Artikel 73 der VO1 hat ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegt, vorbehaltlich der Bestimmungen in Anhang VI, für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des ersten Staates, als ob diese Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnten.

Wie bereits ausgeführt, hat der Arbeitnehmerbegriff der VO1 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, ob jemand in einem für Arbeitnehmer oder Selbständige geschaffenen System der sozialen Sicherheit pflicht- oder freiwillig versichert ist (EuGH Rs C-543/03, Dodl und Oberhollenzer, Slg 2005, I-05049).

Dies trifft auf die Bw in Bezug auf den Monat April grs zu. Auf Grund der in diesem Monat bestehenden Pflichtversicherung bei der Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft gilt die Bw in diesem Zeitraum als Selbständige iSd VO1 und hat daher insoweit grundsätzlich Anspruch auf Familienleistungen nach Artikel 73 der VO1.

Gemäß § 10 FLAG 1967 wird die Familienbeihilfe für jeden Monat gewährt, in dem die Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt werden.

Der grundsätzliche Anspruch der Bw konkurriert allerdings mit jenen der Bw in der Slowakei, da sie aG des Urteils des EuGH vom 26.11.1009, Rs Romana Slanina, C-363/08, aG der dort normierten familienhaften Betrachtungsweise ihren Familienbeihilfenanspruch in der Slowakei auch bei Beschäftigung in Österreich beibehält, da sie diese Ansprüche vom Kindesvater, der unterhaltspflichtig ist, Unterhalt bezahlt und im Streitzeitraum und vorher pflichtversichert war, ableiten kann.

In diesem Fall sieht Artikel 10a der Durchführungsverordnung (EWG) Nr 574/72 des Rates vom 21.3.1972 über die Durchführung der VO1 (im Folgenden: DVO1) folgendes vor: Familienleistungen sind in einem Monat, in dem zwei Staaten nacheinander zuständig sind, nach Tagen oder im zeitlichen Verhältnis aufzuteilen (Art 10a lit a DVO1).

Nach Art 10a lit d iVm Anhang 8 DVO1 übernehmen aber die Staaten, mit denen ein

Bezugszeitraum festgelegt worden ist, die Kosten der Familienleistungen auf Grund der ersten Beschäftigung/selbständigen Tätigkeit für den gesamten Bezugszeitraum.

Mit der Slowakei ist solch ein Bezugszeitraum in Ausmaß von einem Kalendermonat vorgesehen.

Nach Ansicht des BMWFJ ist in einem Beispielsfall vorzugehen wie folgt:

Ein EU-Staatsangehöriger ist bis Ende Februar in Österreich erwerbstätig. Im März hat er keinerlei Bezüge, ab 5. April kommt es zur Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit. Die Ehegattin ist im Heimatland erwerbstätig.

Die Erstbeschäftigung wird im April (von der Ehegattin) im Ausland ausgeübt (es ist nämlich unerheblich, ob eine Erstbeschäftigung des Antragstellers oder des Partners vorliegt), weshalb die ausschließliche Zuständigkeit zur Zahlung der Familienleistungen des Heimatstaates und kein Anspruch auf Differenzzahlung für April in Österreich besteht.

Der UFS teilt die dargestellte Rechtsansicht.

Der geschiedene Gatte der Bw war schon vor April 2010 und auch im April 2010 in der Slowakei beschäftigt. Es ist allerdings nicht entscheidend, ob der Gatte seine Tätigkeit schon das ganze Jahr ausübt, sondern in welchem Mitgliedstaat in dem Monat, in dem eine Tätigkeit im Inland begonnen wird, eine Beschäftigung zuerst aufgenommen wird.

Der geschiedene Gatte der Bw hat (da er vor und im April 2010 durchgehend beschäftigt war) seine selbständige Beschäftigung im Streitmonat April 2010 naturgemäß von Beginn des Monats, somit vom 1.4. an, ausgeführt. Die Bw hat ihr Gewerbe in Österreich erst am 9.4.2009 angemeldet und begann ihre tatsächliche Tätigkeit erst am 28.4.2010. Im Monat März 2010 war das Gewerbe abgemeldet und die Bw in Österreich nicht sozialversichert. Es ist daher gerechtfertigt, von einem (Neu)beginn der Tätigkeit im Inland am 9.4. bzw 28.4., jedenfalls nach dem 1.4., auszugehen. Die Erstbeschäftigung wird somit im Streitmonat April 2010 vom geschiedenen Gatten im Ausland ausgeübt, womit die Bw aG der in der Rs Slanina normierten familienhaften Vorgangsweise ihren Familienbeihilfenanspruch in der Slowakei für den Monat April beibehält.

Zwei Mitgliedstaaten sind nacheinander für Familienleistungen zuständig. Demgemäß hat nach Art 10a lit d iVm Anhang 8 DVO1 der Staat der ersten Beschäftigung, nämlich die Slowakei, die Kosten für den Bezugszeitraum von einem Monat, in diesem Fall für April 2010, zur Gänze zu tragen.

Das FA hat somit zu Recht den Anspruch der Bw auf Differenzzahlung in Österreich für April 2010 abgelehnt.

September 2010:

Die Verordnung (EG) Nr 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (im Folgenden: VO2) gilt nach ihrem Art 91 ab dem Tag des Inkrafttretens der Durchführungsverordnung.

Die Durchführungsverordnung (EG) Nr 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.9.2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (im Folgenden: DVO2) trat nach ihrem Art 97 am 1.5.2010 in Kraft.

Somit gilt die VO2 ab 1.5.2010 und ist für September 2010 anzuwenden.

Gemäß Art 1 der VO2 bezeichnet für Zwecke dieser Verordnung der Ausdruck "selbständige Erwerbstätigkeit" 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.

Familienangehöriger ist gem Art 1 lit. i) Z 1 sublit i) der VO2 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 lit j) der VO2 bezeichnet der Ausdruck "Wohnort" den Ort des gewöhnlichen Aufenthalts einer Person.

Nach Art 1 lit z) der VO2 bezeichnet der Ausdruck "Familienleistungen" alle Sach- oder Geldleistungen zum Ausgleich von Familienlasten, mit Ausnahme von Unterhaltsvorschüssen und besonderen Geburts- und Adoptionsbeihilfen.

Die VO2 gilt nach ihrem Art 2 Nr 1 uA für Staatsangehörige eines Mitgliedstaats, für die die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, sowie für ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen.

Die VO2 gilt nach ihrem Art 3 Abs 1 lit j auch für die Familienleistungen.

Nach Art 4 der VO2 haben Personen, für die diese VO2 gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aG der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats, wie die Staatsangehörigen dieses Staats.

Sofern in der VO2 nichts anderes bestimmt ist, dürfen gem ihrem Art 7 Geldleistungen, die nach den Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten oder nach dieser VO2 zu zahlen sind, nicht aG der Tatsache gekürzt, geändert, zum Ruhen gebracht, entzogen oder beschlagnahmt werden, dass der Berechtigte oder seine Familienangehörigen in einem anderen als dem Mitgliedstaat wohnt oder wohnen, in dem der zur Zahlung verpflichtete Träger seinen Sitz hat.

Nach Art 67 der VO2 hat eine Person auch für Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats, als ob die Familienangehörigen in diesem Mitgliedstaat wohnen würden.

Sind für denselben Zeitraum und für dieselben Familienangehörigen Leistungen nach den Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten zu gewähren, so gelten die in Art 68 der VO2 ausgeführten Prioritätsregeln.

Da die Bw slowakische Staatsangehörige, somit Staatsangehörige eines Mitgliedstaats der Europäischen Union ist, gilt die VO2 für sie sowie für ihre Familienangehörigen, ihre Kinder und ihren geschiedenen Ehegatten.

Strittig ist, ob die Bw im September 2010 den österreichischen Rechtsvorschriften unterlag.

Art 11 der VO2 lautet auszugsweise:

"Art 11 (1) Personen, für die diese Verordnung gilt, unterliegen den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Welche Rechtsvorschriften dies sind, bestimmt sich nach diesem Titel.

(2) Für die Zwecke dieses Titels wird bei Personen, die auf Grund oder infolge ihrer Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit eine Geldleistung beziehen, davon ausgegangen, dass sie diese Beschäftigung oder Tätigkeit ausüben. ...

(3) Vorbehaltlich der Art 12 bis 16 gilt Folgendes:

a) Eine Person, die in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats;

...

e) Jede andere Person, die nicht unter die Buchstaben a) bis d) fällt, unterliegt unbeschadet anderslautender Bestimmungen dieser VO2, nach denen ihr Leistungen auf Grund der Rechtsvorschriften eines oder mehrerer anderer Mitgliedstaaten zustehen, den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats."

Art 12 Abs 2 der VO2 lautet:

"(2) Eine Person, die gewöhnlich in einem Mitgliedstaat eine selbständige Erwerbstätigkeit ausübt und die eine ähnliche Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat ausübt, unterliegt weiterhin den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaats, sofern die voraussichtliche Dauer dieser Tätigkeit 24 Monate nicht überschreitet."

Art 14 Abs 3 der DVO mit näheren Vorschriften zu den Art 12 und 13 der VO2 lautet:

"(3) Bei der Anwendung von Artikel 12 Absatz 2 der Grundverordnung beziehen sich die Worte "eine Person, die gewöhnlich in einem Mitgliedstaat eine selbständige Erwerbstätigkeit ausübt", auf eine Person, die üblicherweise nennenswerte Tätigkeiten auf dem Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats ausübt, in dem sie ansässig ist. Insbesondere muss die Person ihre Tätigkeit bereits einige Zeit vor dem Zeitpunkt, ab dem sie die Bestimmungen des genannten Artikels in Anspruch nehmen will, ausgeübt haben und muss während jeder Zeit ihrer vorübergehenden Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat in dem Mitgliedstaat, in dem sie ansässig ist, den für die Ausübung ihrer Tätigkeit erforderlichen Anforderungen weiterhin genügen, um die Tätigkeit bei ihrer Rückkehr fortsetzen zu können."

Nach dem festgestellten und unbestrittenen Sachverhalt hat die Bw vor und nach September 2010 das Gewerbe der Personenbetreuung tatsächlich ausgeübt. Im September 2010 hatte die Bw keinen Klienten. In dieser Zeit betreute sie ihren Sohn in der Slowakei, der sich dort einer Operation unterziehen musste. Die Bw hat seit 9. April 2010 das Gewerbe der Personenbetreuung bis laufend durchgängig angemeldet und nicht ruhend gemeldet und unterlag durchgängig, somit auch während des Monats September 2010 ununterbrochen der Pflichtversicherung bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft. Die entsprechenden Beiträge wurden eingezahlt.

Das Finanzamt (FA) geht davon aus, die Bw habe im September 2010 keine Beschäftigung iSd VO2 ausgeübt und sei daher nicht den österreichischen Rechtsvorschriften unterlegen. Die tatsächliche Erwerbstätigkeit sei unterbrochen worden.

Dieser Ansicht ist nicht zu folgen. Der Verwaltungsgerichtshof (im Folgenden: VwGH) hat in einem vergleichbaren Fall (Unterbrechung der Erwerbstätigkeit einer Personenbetreuerin von ca 2 ½ Monaten bei durchgehender Pflichtversicherung und aufrecht gemeldetem Gewerbe) mit Erkenntnis vom 27.9.2012, Zl. 2012/16/0066, die dort vertretene Rechtsansicht des UFS, dass auch während der Unterbrechung der Erwerbstätigkeit die Personenbetreuerin den Rechtsvorschriften Österreichs unterlag, bestätigt.

Gemäß dem zit Erkenntnis des VwGH wird eine selbständige Tätigkeit im hier maßgeblichen Sinn nicht nur dann ausgeübt, wenn 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. (ZB übt ein Künstler nicht nur während der Auftritte, sondern auch dazwischen eine selbständige Tätigkeit aus). Der VwGH führt explizit aus, auch ein Erholungsurlaub sei noch keine Unterbrechung der Erwerbstätigkeit.

In analoger Anwendung der Ausführungen des VwGH kann daher auch die Betreuung eines nahen Angehörigen für den Zeitraum eines Monats unter den genannten Umständen keine Unterbrechung der Erwerbstätigkeit sein.

Daher liegt schon aus diesem Grund im vorliegenden Fall eine durchgehende Ausübung einer selbständigen Tätigkeit vor.

Darüber hinaus ist – dem VwGH folgend – im Zeitraum zwischen der Beendigung einer Pflegestelle und dem Beginn einer neuerlichen pflegerischen Tätigkeit von nicht einmal 1 ½ Monaten, ohne dass von der Bw in Österreich oder in einem anderen Staat eine andere Erwerbstätigkeit entfaltet wird, und ohne dass das angemeldete Gewerbe als ruhend gemeldet wird, die Bw somit durchgängig nach dem GSVG pflichtversichert blieb, eine der Ausübung der selbständigen Erwerbstätigkeit gleichgestellte Situation iSd Art 1 lit b) der VO2 zu sehen. Auch deshalb unterlag die Bw im Streitzeitraum nach Art 11 Abs 3 lit a) der VO2 den österreichischen Rechtsvorschriften.

Überdies unterliegt nach den Ausführungen des VwGH nach der Bestimmung des Art 12 Abs 2 der VO2 eine Person, die "gewöhnlich" in einem Mitgliedstaat eine selbständige Erwerbstätigkeit ausübt, den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats weiterhin, obwohl sie eine ähnliche Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat ausübt. Aus dieser Bestimmung und aus Art 14 Abs 3 der DVO2 schließt der VwGH, dass der Mitgliedstaat der "gewöhnlichen" selbständigen Erwerbstätigkeit zuständig bleibt, wenn nicht in einem anderen Mitgliedstaat eine Erwerbstätigkeit ausgeübt wird, sondern für einen kurzen Zeitraum gar keine Erwerbstätigkeit ausgeübt wird, somit eine kurzfristige Unterbrechung der eigentlichen Erwerbstätigkeit vorliegt. Auch diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall zweifelsfrei erfüllt.

Auf die Urteile des EuGH vom 11.6.1998, Rs C-275/96, Anne Kuusijärvi, und vom 12.6.2012, Rs C-611/10 und C-612/10, Waldemar Hudzinski und Jaroslaw Wawrzyniak, die der VwGH als zusätzliche Begründung heranzieht, wird verwiesen.

Demnach wurde der Grundsatz, dass die Betroffenen grundsätzlich dem System der sozialen Sicherheit eines einzigen Mitgliedstaats unterliegen, sodass die Kumulierung anwendbarer nationaler Rechtsvorschriften und die Schwierigkeiten, die sich daraus ergeben können, vermieden werden, auch nach dem Regime der – die Verordnung Nr 1408/71 ablösenden – VO2 beibehalten.

Daher unterliegt die Bw im September 2010 nach Art 11 Abs 3 lit a) der VO2 den Rechtsvorschriften Österreichs.

Die Bw gilt als in Österreich selbständig Erwerbstätige iSd Art 11 der VO2. Nach Art 67 der VO2 hat sie daher für ihre Kinder (Familienangehörige), die in einem anderen Mitgliedstaat, nämlich der Slowakei, wohnen, grs Anspruch auf Kinderbeihilfe (Familienleistungen) nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats (Österreich), als ob die Familienangehörigen in diesem Mitgliedstaat wohnen würden.

Diese Ansprüche konkurrieren allerdings mit jenen der Bw in der Slowakei, da sie aG des Urteils des EuGH vom 26.11.1009 Rs Romana Slanina, C-363/08, aG der dort normierten familienhaften Betrachtungsweise ihren Familienbeihilfenanspruch in der Slowakei auch bei Beschäftigung in Österreich beibehält, da sie diese Ansprüche vom Kindesvater, der unterhaltspflichtig ist, Unterhalt bezahlt und im Streitzeitraum und vorher pflichtversichert war, ableiten kann.

Da der Kindesvater in der Slowakei selbständig erwerbstätig ist bzw war, werden seine Ansprüche durch eine Beschäftigung ausgelöst.

Im vorliegenden Fall wären also für denselben Zeitraum und für dieselben Familienangehörigen Leistungen nach den Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten, nämlich Österreich und der Slowakei, die durch eine selbständige Erwerbstätigkeit oder eine Beschäftigung ausgelöst wurden, zu gewähren. In diesem Fall sind die Prioritätsregeln der VO2 heranzuziehen. Nach Art 68 Abs 1 lit b) sublit i) der VO2 gilt dann, wenn Leistungen von mehreren Mitgliedstaaten aus denselben Gründen zu gewähren sind, folgende subsidiäre Reihenfolge:

An erster Stelle steht der Wohnort der Kinder, unter der Voraussetzung, dass dort eine solche Tätigkeit ausgeübt wird. Der Kindesvater übt eine Tätigkeit iSd Art 68 der VO2 aus. Die primäre Zuständigkeit richtet sich daher nach dem Wohnort der Kinder; dh die Slowakei ist für die Familienleistungen primär zuständig. Im nachrangig zuständigen Staat Österreich besteht nach Art 68 Abs 2 der VO2 Anspruch auf Differenz(Ausgleichs)zahlung zwischen der niedrigeren slowakischen und der höheren österreichischen Kinderbeihilfe. (S FLAG Kommentar, Csaszar uA, § 53 Tz 177 ff).

Die Bw hat die Erwerbstätigkeit iSd VO2 im September 2010 nicht unterbrochen. Für diesen Monat steht ihr daher die Differenz(Ausgleichszahlung) zu.

Der Berufung war daher teilweise stattzugeben.

Wien, am 16. Jänner 2013