



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., B., gegen den Bescheid des Finanzamtes Baden Mödling betreffend Abweisung der Ausgleichszahlung an Familienbeihilfe für die Monate Februar und März 2011 (Sohn M.) und für die Monate Februar und März 2011 sowie ab Juni 2011 (Sohn J.) entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird insofern abgeändert, als die Ausgleichszahlung für die Söhne M. , geb. 1993, und J., geb. 1992, in den Monaten Februar und März 2011 gewährt wird.

Die Ausgleichszahlung beträgt gesamt € 694,76,--.

Im Übrigen bleibt der Bescheid unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Die Berufungswerberin (Bw) ist verheiratet. Sie und ihr Ehemann sind slowakische Staatsbürger.

Die Bw ist in Österreich in der Personenbetreuung tätig. Sie stellte im Jänner 2012 einen Antrag auf Differenzzahlung für den Zeitraum Jänner bis Dezember 2011 für die beiden Söhne J., geb. 1992, und M., geb. 1993.

Das Finanzamt erließ nach Überprüfung des Anspruches am 30. März 2012 einen Ausgleichszahlungsbescheid, mit dem es eine Ausgleichszahlung für den Monat Jänner 2011 sowie für die Monate April 2011 bis Dezember 2011 in Höhe von € 2.213,17,-- gewährte.

Für die Monate Februar und März 2011 sowie ab Juni 2011 wurde für Sohn J. die Ausgleichszahlung abgewiesen. Für Sohn M. wurde die Ausgleichszahlung für die Monate Februar

und März 2011 abgewiesen.

Die Begründung lautete wie folgt:

"Da Sie im Februar 2011 in Österreich keine Beschäftigung ausgeübt haben, bestand für dieses Monat kein Anspruch auf Familienleistungen in Österreich. Ändern sich zwischen den Mitgliedstaaten während eines Kalendermonats die Rechtsvorschriften und/oder die Zuständigkeit für die Gewährung von Familienleistungen, hat der Mitgliedstaat, der die Familienleistungen zu Beginn dieses Monats gewährt hat, die Familienleistungen bis zum Ende dieses Monats auszus zahlen (Art. 59 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 zur Festlegung der Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit).

Sie waren erst wieder ab 9. März 2011 in Österreich selbständig erwerbstätig.

Daher bestand für März 2011 kein Anspruch auf Familienleistungen in Österreich

Zu S. J. :

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. b Familienlastenausgleichsgesetz 1967 besteht Anspruch auf Familienbeihilfe für volljährige Kinder die in Berufsausbildung stehen. Ihr Sohn J. hat seine Berufsausbildung am 20.5.2011 abgeschlossen, daher besteht ab 1. Juni 2011 kein Anspruch auf Familienleistungen für Ihren Sohn J.."

Die Bw erhob mit Schreiben vom 20. April 2012 fristgerecht Berufung und legte noch einmal die Honorarnote vom 9. März 2011 (Zeit der Betreuung: 9. bis 22. März 2011) vor.

Das Finanzamt erließ am 24. April 2012 eine Berufungsvorentscheidung, mit der es die Berufung mit folgender Begründung abwies:

"Artikel 59 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit besagt im Hinblick auf die Regelungen für den Fall, in dem sich die anzuwendenden Rechtsvorschriften und/oder die Zuständigkeit für die Gewährung von Familienleistungen ändern, Folgendes:

(1) Ändern sich zwischen den Mitgliedstaaten während eines Kalendermonats die Rechtsvorschriften und/oder die Zuständigkeit für die Gewährung von Familienleistungen, so setzt der Träger, der die Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften gezahlt hat, nach denen die Leistungen zu Beginn dieses Monats gewährt wurden, unabhängig von den in den Rechtsvorschriften dieser Mitgliedstaaten für die Gewährung von Familienleistungen vorgesehenen Zahlungsfristen die Zahlungen bis zum Ende des laufenden Monats fort.

Da im Monat März 2011 die erste Beschäftigung durch den Gatten in der Slowakei gegeben war, besteht für diesen Monat in Österreich kein Anspruch auf Ausgleichszahlung.

Ihre Berufung war daher vollinhaltlich abzuweisen."

Die Bw stellte fristgerecht einen Vorlageantrag an die Abgabenbehörde zweiter Instanz und machte darin folgende Ausführungen:

"Am 29.4.2010 habe ich in Österreich das Gewerbe für Personenbetreuung eröffnet. Da ich seitdem nur in Österreich erwerbstätig bin, unterliege ich seit 1.5.2010 gem. Verordnung (EG) Nr. 883/2004 Artikel 11 Abs. 3 lit. a, ununterbrochen nur den österreichischen Rechtsvorschriften. Ich unterlag den österreichischen Rechtsvorschriften auch in den betreffenden Monaten Februar und März 2011, für die mir die Ausgleichszahlung nicht gewährt wurde. Im Februar 2011 hatte ich keinen Klienten. Bis 14. Jänner 2011 war ich in O. bei W. tätig.

Nachdem mein Klient Mitte Jänner 2011 ins Altersheim ging, habe ich eine neue Stelle erst am 8.3.2012 (*Anm:* richtig wohl 8.3.2011) gefunden. Mein Gewerbe war aber die ganze Zeit aktiv und ich war die ganze Zeit auf der Suche nach einer neuen Stelle. Da ich mein Gewerbe nicht unterbrochen (nicht ruhend gemeldet, oder zurückgelegt) habe und auf Grund der anzuwendenden Rechtsvorschriften auch die Sozialversicherungsbeiträge bezahlt habe, besteht, wie bereits oben erwähnt, der Anspruch auf die Ausgleichszahlung der Familienbeihilfe auch für die betreffenden Monate Februar und März 2011.

Der von Ihnen genannte Artikel 59 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates ist in meinem Fall nicht anzuwenden. Dieser Artikel ist nur dann anzuwenden, wenn sich zwischen den Mitgliedstaaten während eines Kalendermonats die Rechtsvorschriften und/oder die Zuständigkeit für die Gewährung von Familienleistungen ändern. In meinem Fall hat sich die Zuständigkeit nicht geändert. Die Zuständigkeit hätte sich nur in dem Fall geändert, hätte ich meine Gewerbeberechtigung in Österreich entweder ruhend gemeldet oder zurückgelegt.

Für die Gewährung der Familienleistungen ist immer entscheidend, Rechtsvorschriften welches Staates anzuwenden sind. Über die anzuwendenden Rechtsvorschriften entscheidet der zuständige Träger der Sozialen Sicherheit des Mitgliedstaats. In meinem Fall ist das die SVA der gewerblichen Wirtschaft. Da ich das ganze Jahr 2011 ein aktives Gewerbe in Österreich hatte und ich war nur in Österreich erwerbstätig, unterlag ich, wie bereits oben erwähnt, gem. Verordnung (EG) Nr. 883/2004 Artikel 11 Abs. 3 lit. a, ununterbrochen nur den österreichischen Rechtsvorschriften.

Demzufolge hatte ich in Österreich den Anspruch auf den Unterschiedsbetrag in der Höhe des über die Höhe der slowakischen Familienbeihilfe hinausgehenden Betrags für den, auf Grund der Beschäftigung meines Ehemannes im Wohnstaat des Kindes, die Slowakei zuständig ist.

Auf Grund der gegebenen Sach- und Rechtslage beantrage ich den Abweisungsbescheid betreffend Ausgleichzahlung vom 30.03.2012 aufzuheben und die Ausgleichzahlung der Familienbeihilfe für Monate Februar und März 2011 zu gewähren."

Im Ermittlungsverfahren vor dem UFS legte die Bw. eine Kontoübersicht der SVA über bezahlte Beiträge des Jahres 2011 iHv € 1.833,14,-- vor.

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

#### **Folgender Sachverhalt wird festgestellt:**

Die Bw, ihr Ehegatte und die beiden Söhne sind slowakische Staatsbürger und haben ihren ständigen Aufenthalt am Familienwohnsitz in der Slowakei. Dort befindet sich der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Bw. Die Bw. ist in Österreich in der Personenbetreuung tätig.

Die Bw. meldete das Gewerbe Personenbetreuung am 29. April 2010 im Inland an.

Die Pflichtversicherung der Bw. bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft als gewerblich selbständig Erwerbstätige begann mit 29. April 2010 und dauert bis laufend.

Die Bw. unterlag daher seit 29. April 2010 bis laufend und somit während des gesamten Streitzeitraums ununterbrochen der Pflichtversicherung bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft. Die entsprechenden Beiträge wurden eingezahlt. Das Gewerbe war im Streitzeitraum aufrecht gemeldet und nicht ruhend gestellt.

Die Bw übte das Gewerbe Personenbetreuung im Jahr 2010 tatsächlich aus, indem sie Hrn. W. betreute. Der Personenbetreuungsvertrag wurde auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Er wurde am 24. Jänner 2011 beendet, da die betreuungsbedürftige Person in ein Pflegeheim übersiedelte. Im Jahr 2011 betreute die Bw ab 9. März Frau Ing. G. aG des unbefristeten Betreuungsvertrages vom 8.3.2011.

Im Jahr 2011 betreute die Bw. somit gemäß vorgelegten Honorarnoten folgende Personen tatsächlich in folgenden Zeiträumen:

Pflegebedürftige Person: W.

Honorarnote vom 24. Jänner 2011 für die Zeit der Betreuung vom 11. bis 24. Jänner 2011

Pflegebedürftige Person: Ing. G.

Honorarnote vom 9. März 2011 für die Zeit der Betreuung vom 9. bis 22. März 2011

Honorarnote vom 19. April 2011 für die Zeit der Betreuung vom 6. bis 19. April 2011

Honorarnote vom 17. Mai 2011 für die Zeit der Betreuung vom 4. bis 17. Mai 2011.

Honorarnote vom 1. Juni 2011 für die Zeit der Betreuung vom 1. bis 15. Juni 2011.

Honorarnote vom 12. Juli 2011 für die Zeit der Betreuung vom 29. Juni bis 12. Juli 2011.

Honorarnote vom 17. Mai 2011 für die Zeit der Betreuung vom 4. bis 17. Mai 2011.

Honorarnote vom 9. August 2011 für die Zeit der Betreuung vom 27. Juli bis 9. August 2011

Honorarnote vom 6. September 2011 für die Zeit der Betreuung vom 24. August bis 6. September 2011

Honorarnote vom 4. Oktober 2011 für die Zeit der Betreuung vom 21. September bis 4. Oktober 2011

Honorarnote vom 8. November 2011 für die Zeit der Betreuung vom 19. Oktober bis 8. November 2011

Honorarnote vom 13. Dezember 2011 für die Zeit der Betreuung vom 30. November 2011 bis 13. Dezember 2011.

In der Zeit vom 25. Jänner 2011 bis 8. März 2011 hatte die Bw. keinen Klienten. In dieser Zeit suchte sie eine neue Betreuungsperson und betreute ab 9. März 2011 wieder einen Klienten.

Der Ehegatte der Bw. war vom 15.12.2009 bis jedenfalls 31.12.2011 bei der Fa. XY s.r.o. in Slowakei, beschäftigt. Er bezog für Sohn J., geb. 1992 im Zeitraum 1. Jänner bis 31. August 2011 und für Sohn M., geb. 1993 vom 1. Jänner 2011 bis laufend Familienbeihilfe in Höhe von monatlich je € 22,01,--.

Sohn M. war im Streitzeitraum Schüler an der X Skola in ABC in der Slowakei.

Sohn J. studierte vom 1. September 2007 bis 20. Mai 2011 in der Slowakei. Seit 1. September 2011 ist er arbeitslos gemeldet.

Die Bw. übte seit 29. April 2010 bis laufend weder in Österreich noch in einem anderen Staat eine andere Erwerbstätigkeit als das der österreichischen Pflichtversicherung unterliegende Gewerbe der Personenbetreuung aus.

### **Der festgestellte Sachverhalt beruht auf folgender Beweiswürdigung:**

Die persönlichen Daten der Bw. sind aktenkundig und unbestritten.

Der Zeitpunkt der Anmeldung des Gewerbes Personenbetreuung ist nachgewiesen. Die ununterbrochene Pflichtversicherung der Bw. ist durch einen Versicherungsdatenauszug der österreichischen Sozialversicherung erwiesen. Die Einzahlung der Beiträge wurde durch Zahlungsbestätigungen nachgewiesen. Die aufrechte Meldung des Gewerbes wurde nachgewiesen.

Die Ausführungen über die Personenbetreuungsverträge und Zeiträume der tatsächlichen Betreuungstätigkeit beruhen auf den vorgelegten Honorarnoten und Personenbetreuungsver-

tragen. Dass die Bw. vom 25.1.2011 bis 8.3.2011 keinen Klienten hatte und währenddessen eine neue zu betreuende Person suchte, beruht auf ihrem glaubwürdigen Vorbringen.

Die Beschäftigung des Ehegatten und sein Bezug von Familienbeihilfe sind unbestritten. Das Studium des Sohnes J. wurde durch eine entsprechende Bestätigung nachgewiesen. Dass er seit 1.9.2011 arbeitslos gemeldet ist, beruht auf einem Schreiben des Sozialamtes YX vom 23.12.2011.

Der Schulbesuch des Sohnes M. ist nachgewiesen und unbestritten.

Dass die Bw keine andere Erwerbstätigkeit als das Gewerbe der Personenbetreuung ausübte, ist unbestritten.

### **Rechtlich ist auszuführen wie folgt:**

Aus dem Vorlageantrag ist ersichtlich, dass von der Bw. der Abweisungsbescheid nur insofern angefochten wird, als er die Monate Februar und März 2011 betrifft. Die Nichtgewährung der Ausgleichszahlung für Sohn J. ab Juni 2011 wird von der Bw. nicht bekämpft. Der UFS teilt die Rechtsansicht des FA, dass mit Ende des Studiums kein Anspruch für J. mehr besteht. Der Bescheid bleibt daher insoweit unverändert.

Strittig ist somit die Nichtgewährung der Ausgleichszahlung für die Monate Februar und März 2011.

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.

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: VO) 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: DVO) trat nach ihrem Art 97 am 1.5.2010 in Kraft.

Somit gilt die VO ab 1.5.2010 und ist für den Streitzeitraum anzuwenden.

Gemäß Art 1 der VO 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 VO 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 VO bezeichnet der Ausdruck „Wohnort“ den Ort des gewöhnlichen Aufenthalts einer Person.

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

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

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

Sofern in der VO nichts anderes bestimmt ist, dürfen gem. ihrem Art 7 Geldleistungen, die nach den Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten oder nach dieser VO 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 VO 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 VO ausgeführten Prioritätsregeln.

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

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 im Art 7 der VO normierten Anwendungsvorrangs im vorliegenden Fall keine Anwendung.

Auch die Bestimmungen des § 3 Abs. 1 und 2 FLAG finden wegen des in Art 4 der VO normierten Gleichbehandlungsgrundsatzes für Personen, für die diese VO gilt, auf die Bw. und ihre Familienangehörigen keine Anwendung.

Strittig ist, ob die Bw. im Streitzeitraum Februar und März 2011 den österreichischen Rechtsvorschriften unterlag.

Art 11 der VO 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 VO, nach denen ihr Leistungen auf Grund der Rechtsvorschriften eines oder mehrerer anderer Mitgliedstaaten zustehen, den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats.“

Art 12 Abs 2 der VO 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 VO 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. im Jahr 2010 und 2011 das Gewerbe der Personenbetreuung ausgeübt. Sie hat Hrn. W. im Jahr 2010 und im Jahr 2011 betreut, bis er in ein Pflegeheim wechselte. In der Zeit vom 25. Jänner 2011 bis 8. März 2011 hatte die Bw. keinen Klienten. In dieser Zeit suchte sie eine neue Stelle und betreute ab 9. März 2011 aG eines unbefristeten Personenbetreuungsvertrages mit Fr Ing. G. wieder eine Klientin. Die Bw. hatte das Gewerbe der Personenbetreuung seit 29. April 2010 bis laufend durchgängig angemeldet und nicht ruhend gemeldet und unterlag durchgängig, somit auch während des Streitzeitraums ununterbrochen der Pflichtversicherung bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft. Die entsprechenden Beiträge wurden eingezahlt.

Das Finanzamt (FA) geht davon aus, die Bw. habe im gesamten Februar 2011 und anschließend von 1. – 8. März 2011 keine Beschäftigung iSd VO ausgeübt und sei daher nicht den österreichischen Rechtsvorschriften unterlegen. Wegen des Fehlens einer Pflegestelle sei die tatsächliche Erwerbstätigkeit 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 wegen Suchens einer neuen Pflegestelle) mit Erkenntnis vom 27.9.2012, Zl. 2012/16/0066, die 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). Auch ein Erholungsurlaub ist noch keine Unterbrechung der Erwerbstätigkeit.

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 gleichgestellten Situation iSd Art 1 lit b) der VO zu sehen. Auch deshalb unterlag die Bw. im Streitzeitraum nach Art 11 Abs. 3 lit a) der VO den österreichischen Rechtsvorschriften.

Überdies unterliegt nach den Ausführungen des VwGH nach der Bestimmung des Art 12 Abs 2 der VO 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 DVO 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. 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 – VO beibehalten.

Daher unterliegt die Bw. im Streitzeitraum Februar und März 2011 nach Art 11 Abs. 3 lit a) der VO den Rechtsvorschriften Österreichs.

Die Bw gilt als in Österreich selbständig Erwerbstätige iSd Art 11 der VO. Nach Art 67 der VO 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 des Vaters, der in der Slowakei Familienbeihilfe für die Kinder bezieht.

Da der Vater in der Slowakei nichtselbständig erwerbstätig ist, 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 VO heranzuziehen. Nach Art 68 Abs. 1 lit b) sublit i) der VO 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 VO 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 VO Anspruch auf Differenz(Ausgleichs)zahlung zwischen der niedrigeren slowakischen und der höheren österreichischen Kinderbeihilfe. (S FLAG Kommentar, Csaszar, Lenneis, Wanke, § 53 Tz 177 ff). Dabei müssen nur die Voraussetzungen der VO, nicht jedoch die im FLAG normierten Voraussetzungen erfüllt sein. So kommt etwa dem Mittelpunkt der Lebensinteressen oder der österreichischen Staatsbürgerschaft als Voraussetzung für eine Differenz(Ausgleichs)zahlung keine Bedeutung zu.

Die Bw hat die Erwerbstätigkeit iSd VO im Streitzeitraum nicht unterbrochen. Ein Zuständigkeitswechsel während des Kalendermonats März 2011 liegt nicht vor. Der vom FA herangezogene Art 59 der DVO, der Regelungen für den Fall vorsieht, dass sich zwischen den Mit-

gliedstaaten die Zuständigkeit für die Gewährung von Familienleistungen während eines Monats ändert, ist daher nicht anzuwenden.

Die Bw hat daher im Streitzeitraum Februar und März 2011 nach der VO Anspruch auf Differenz(Ausgleichs)zahlung an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag.

Der bekämpfte Bescheid des FA war daher insoweit abzuändern. Die Nichtgewährung der Ausgleichszahlung für Sohn J. ab Juni 2011 wird von der Bw. nicht bekämpft. Der Bescheid bleibt daher insoweit unverändert.

Die Ausgleichszahlung berechnet sich wie folgt:

Österreichische Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbetrag wäre zu gewähren gewesen:

Februar 2011 für 2 Kinder: FB € 274,60 KAB € 116,80 Summe € 391,40

März 2011 für 2 Kinder: FB € 274,60 KAB € 116,80 Summe € 391,40

Summe: 782,80

Der Anspruch auf eine ausländische Beihilfe hat betragen:

Februar 2011 für 2 Kinder: € 44,02

März 2011 für 2 Kinder: € 44,02

Summe: € 88,04

Ausgleichszahlung:

Februar 2011 für 2 Kinder: € 347,38

März 2011 für 2 Kinder: € 347,38

Summe: € 694,76

Wien, am 23. Oktober 2012