



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., Adr., Slowakische Republik, gegen den Bescheid des Finanzamtes Hollabrunn Korneuburg Tulln betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für die Monate April und Mai 2011 entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

Entscheidungsgründe

Die Berufungswwerberin (Bw), eine slowakische Staatsbürgerin, ist verwitwet. Sie arbeitet in Österreich in der Personenbetreuung. Die Bw und ihre Tochter D., geb 1989, haben ihren Hauptwohnsitz und ständigen Aufenthalt in der Slowakei. Die Tochter D. studiert seit September 2009 an der Ökonomischen Universität in Bratislava Finanz- und Bankwesen.

Die Bw bezog für D. bis inklusive Oktober 2011 in Österreich die Familienbeihilfe.

Im Zuge der Überprüfung der Anspruchsvoraussetzungen forderte das Finanzamt mit Bescheid vom 27.6.2012 von der Bw die für die Monate April und Mai 2011 bezogenen Beträge mit der Begründung zurück, dass die Bw in diesen beiden Monaten in Österreich keine Beschäftigung ausgeübt hätte.

In der Berufung brachte die Bw iW vor, sie habe die gewerbliche Tätigkeit bis 8.3.2011 bei Fam X. in Tirol ausgeübt. Nachdem sie die Pflegetätigkeit beendet habe, habe sie eine neue Stelle gesucht, die sie erst am 28.6.2011 in NÖ bei Fam G. gefunden habe. Ihr Gewerbe sei das ganze Jahr 2011 (auch während der Monate April und Mai 2011) aktiv gewesen und sie sei daher ununterbrochen nur den österreichischen Rechtsvorschriften unterlegen.

Demzufolge habe sie Anspruch auf die Familienleistungen nur in Österreich für das ganze Jahr 2011. Sie habe auch die Beträge zu der gesetzlichen Sozialversicherung bei der SVA der gewerblichen Wirtschaft bezahlt.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 5.10.2012 wies das Finanzamt (FA) die Berufung als unbegründet ab und führte in der Begründung aus, wenn eine selbständig erwerbstätige Pflegerin aus einem EU-Staat ihre Pflegetätigkeit nicht durchgehend ausübe, sei nur in jenen Monaten von einer Beschäftigung (die einen Familienbeihilfen- oder Differenzzahlungsanspruch vermitteln könne) auszugehen, in denen eine tatsächliche Beschäftigung vorliege.

Für die Monate April 2011 und Mai 2011 bestehe mangels tatsächlicher Ausübung einer Pflegetätigkeit kein Anspruch auf die Familienbeihilfe.

Im Vorlageantrag führte die Bw iW aus, nachdem ihre Klientin, Fr X., verstorben sei, habe sie erst am 28.6.2011 eine neue Stelle bei Fam G. gefunden. Das Gewerbe sei in den Monaten April und Mai 2011 aktiv geblieben. Es hätte keinen Sinn gehabt, das Gewerbe ruhend zu melden oder sogar zurückzulegen, da die Bw eine neue Stelle gesucht habe. Es habe sich nur um eine vorübergehende Unterbrechung der Pflegetätigkeit gehandelt. Dies gelte nach § 1 Abs 4 GewO als regelmäßige Tätigkeit, da auf die Absicht der Wiederholung geschlossen werden könnte, was durch Wiederaufnahme der tatsächlichen Tätigkeit nach kurzer Zeit erwiesen sei.

Durch den Tod der betreuten Person ende nur der Pflegevertrag. Die selbständige gewerbliche Tätigkeit ende erst mit Ruhendmeldung oder mit Zurücklegung der Gewerbeberechtigung.

Das FA legte die Berufung am 30.11.2012 dem Unabhängigen Finanzsenat (UFS) zur Entscheidung vor.

Der UFS stellte mit Vorhalt vom 28.1.2013 verschiedene Fragen an die Bw, welche innerhalb offener Frist beantwortet wurden.

Über die Berufung wurde erwogen:

Folgender Sachverhalt steht fest:

Die Berufungswerberin (Bw), eine slowakische Staatsbürgerin, ist verwitwet. Sie arbeitet in Österreich seit 2008 in der Personenbetreuung. Sie ist bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft seit Juni 2008 bis laufend als gewerblich selbständig Erwerbstätige pflichtversichert. Im Streitzeitraum (April 2011 und Mai 2011) übte sie in Folge des Ablebens der von ihr betreuten Person keine tatsächliche Tätigkeit aus. Vorher übte sie die gewerbliche Tätigkeit tatsächlich aus. Diese endete am 8.3.2011. Dann war die Bw auf Arbeitssuche, das

Gewerbe war aufrecht und nicht ruhend gemeldet und die Sozialversicherungsbeiträge wurden eingezahlt. Im Juni 2011 fand die Bw wieder eine zu betreuende Person und begann die tatsächliche Tätigkeit der Personenbetreuung am 28.6.2011. Das Gewerbe wird von der Bw ausschließlich in Österreich ausgeübt.

Die Bw und ihre Tochter D. , geb 1989, haben ihren Hauptwohnsitz und ständigen Aufenthalt in der Slowakei. Die Tochter D. studiert seit September 2009 an der Ökonomischen Universität in Bratislava Finanz- und Bankwesen.

Die Bw hat neben den Einkünften aus der Personenbetreuung keine anderen Einkünfte aus einer Tätigkeit oder Beschäftigung.

Sie bezieht in der Slowakei eine Witwenrente iHv ca € 250,-- monatlich.

Die Bw erhält in der Slowakei keine Familienbeihilfe für ihre Tochter.

Der festgestellte Sachverhalt beruht auf folgender Beweiswürdigung:

Die persönlichen Verhältnisse der Bw sind unbestritten, ebenso wie ihre ausschließlich in Österreich ausgeübte Tätigkeit als gewerbliche Personenbetreuerin. Ihre Pflichtversicherung ist durch den Versicherungsdatenauszug vom 13.11.2012 erwiesen. Dass sie im Streitzeitraum keine, vorher und nachher jedoch die Tätigkeit tatsächlich ausübte, ist durch die entsprechenden Personenbetreuungsverträge, Honorarnoten und die Einnahmen/Ausgaben Rechnung nachgewiesen.

Demzufolge betreute sie vor (seit 1.1.2011) und nach dem Streitzeitraum folgende Personen tatsächlich zu folgenden Zeiten:

Fr H. X. (Beginn des Vertragsverhältnisses: 1.6.2008; Fr X. verstarb August 2011)

- 1.1.2011 bis 11.01.2011
- 25.01.2011 bis 08.02.2011
- 22.02.2011 bis 08.03.2011

Fr C. G.

- 28.06.2011 bis 12.07.2011

Fr M. W. (verstorben November 2011)

- 08.08.2011 bis 29.08.2011
- 12.09.2011 bis 20.09.2011
- 03.10.2011 bis 21.10.2011

Fr E. S.

- 20.2.12 – 5.3.12

Hrn F. Y.

- 10.3.2012 – 24.3.12
- 7.4.12 -20.4.12
- 5.5.12 – 18.5.12
- 2.6.12 – 16.6.12

Bemerkt wird, dass im Versicherungsdatenauszug für den Zeitraum 1.9.2012 bis 30.9.2012 nicht bezahlte Beiträge aufscheinen. Dies ist jedoch, da mehr als ein Jahr nach dem Streitzeitraum, für ggstdl Verfahren nicht von Relevanz.

Dass das Gewerbe im Streitzeitraum aufrecht und nicht ruhend gemeldet war, ist ebenso nachgewiesen wie die Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge.

Dass die Bw im Streitzeitraum auf Arbeitssuche war, beruht auf ihrem glaubwürdigen Vorbringen.

Der slowakische Hauptwohnsitz und ständige Aufenthalt der Bw und ihrer Tochter sind unbestritten. Das Studium der Tochter der Bw wurde durch Unterlagen nachgewiesen.

Der Bezug der Witwenrente und deren Höhe beruht auf den durch geeignete Unterlagen nachgewiesenen Angaben der Bw.

Dass die Bw im Streitzeitraum in der Slowakei keine Familienbeihilfe erhält, ist aus dem im Akt befindlichen Formular E 411 ersichtlich.

Aus rechtlicher Hinsicht ist auszuführen wie folgt:

Nach § 2 Abs 1 lit a FLAG 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, für minderjährige Kinder Anspruch auf Familienbeihilfe.

Nach § 2 Abs 1 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. Unbestritten ist, dass die Bw für ihre Tochter iSd § 2 Abs 1 und Abs 2 FLAG 1967 dem Grunde nach Anspruch auf Familienbeihilfe hätte.

Nach § 2 Abs 8 FLAG 1967 haben Personen nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben. Eine Person hat den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.

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

Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 NAG rechtmäßig in Österreich aufhalten.

§ 4 Abs 1 FLAG 1967 normiert, dass Personen, die Anspruch auf eine gleichartige Beihilfe haben, keinen Anspruch auf österreichische Familienbeihilfe haben.

In § 4 Abs 2 FLAG 1967 ist vorgesehen, dass österreichische Staatsbürger, die gemäß Abs. 1 und § 5 Abs 5 vom Anspruch auf Familienbeihilfe ausgeschlossen sind, eine Ausgleichszahlung erhalten, wenn die Höhe der gleichartigen ausländischen Beihilfe, auf die sie oder eine andere Person Anspruch haben, geringer ist als die Familienbeihilfe, die ihnen nach diesem Bundesgesetz ansonsten zu gewähren wäre.

§ 4 Abs 6 FLAG normiert, dass die Ausgleichszahlung, mit Ausnahme der Bestimmungen über die Höhe der Familienbeihilfe, als Familienbeihilfe im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt.

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

In diesem Zusammenhang bestimmt jedoch § 53 Abs 1 FLAG 1967, dass Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt sind. Hierbei ist der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten. Nach *Wittmann/Papacek*, Der Familienlastenausgleich, Kommentar § 53, wird dadurch die Gebietsgleichstellung mit Österreich bezüglich des ständigen Aufenthaltes der Kinder im EWR bzw in der EU im Sinne der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen hervorgehoben.

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

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

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

Im Berufungsfall sind daher nicht nur die innerstaatlichen Bestimmungen des FLAG 1967 zu beachten. Vielmehr ist die Bw als Staatsbürgerin eines Mitgliedstaates der EU von der

Verordnung (EG) Nr 883/2004 des europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme über soziale Sicherheit id im Streitzeitraum gF (id Folge "VO") erfasst. Diese gilt ihrem Art 91 zufolge ab dem Tag des Inkrafttretens der Durchführungsverordnung. Die Verordnung (EG) Nr 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der VO (id Folge: „DVO“) trat ihrem Art 97 zufolge am 1.5.2010 in Kraft. Somit gilt die VO ab 1.5.2010 und ist demzufolge für den Streitzeitraum April 2011 und Mai 2011 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 lt 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 ihr Kind.

Strittig ist, ob die Bw im Streitzeitraum April 2011 und Mai 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. Dies gilt nicht für Invaliditäts-, Alters- oder Hinterbliebenenrenten oder für Renten bei Arbeitsunfällen oder Berufskrankheiten oder für Geldleistungen bei Krankheit, die eine Behandlung von unbegrenzter Dauer abdecken.

(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 in den Jahren 2011 (und vorher) und 2012 das Gewerbe der Personenbetreuung ausgeübt. Im Streitzeitraum war sie auf Arbeitssuche. Die Bw hat das Gewerbe der Personenbetreuung seit Juni 2008 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.

Unbestritten ist, dass es sich bei der gewerblichen Personenbetreuung grs um eine selbständige Erwerbstätigkeit iSd VO handelt.

Das FA geht jedoch davon aus, die Bw habe im Streitzeitraum keine Tätigkeit 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 2½ Monaten bei durchgehender Pflichtversicherung und aufrecht gemeldetem Gewerbe wegen Suchens einer neuen Pflegestelle) mit Erkenntnis vom 27.9.2012, ZI 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 kann – dem VwGH folgend – im Zeitraum zwischen der Beendigung einer Pflegestelle und dem Beginn einer neuerlichen pflegerischen Tätigkeit von weniger als vier 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 VO gesehen werden. 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 April 2011 und Mai 2011 gemäß Art 11 Abs 3 lit a) der VO grs 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 ihr Kind (Familienangehörige), das in einem anderen Mitgliedstaat, nämlich der Slowakei, wohnt, grs Anspruch auf Kinderbeihilfe (Familienleistungen) nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats (Österreich), als ob die Familienangehörige in diesem Mitgliedstaat wohnen würde.

Allerdings hat ein Rentner nach Art 67 zweiter Satz der VO Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des für die Rentengewährung zuständigen Mitgliedstaats, dh die

Bw hat aG ihrer slowakischen Hinterbliebenenrente im Streitzeitraum auch grs Anspruch auf slowakische Familienbeihilfe.

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

Vorerst ist zur Klarstellung auf Art 11 Abs 2 der VO zu verweisen. Demzufolge wird bei Hinterbliebenenrenten nicht davon ausgegangen, dass durch den Bezug der entsprechenden Geldleistung (Rente) eine Beschäftigung oder Tätigkeit ausgeübt wird. (Siehe Art 11 Abs 2 der VO). Die Rente gilt somit weder als Beschäftigung noch als Tätigkeit iSd VO.

Es sind daher Leistungen von Österreich aus dem Grund der selbständigen Tätigkeit und Leistungen von der Slowakei aus dem Grund der Rente zu gewähren; sohin sind Leistungen aus unterschiedlichen Gründen zu gewähren.

In diesem Fall normiert Art 68 Abs 1 lit a) der VO:

„(1) Sind für denselben Zeitraum und für dieselben Familienangehörigen Leistungen nach den Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten zu gewähren, so gelten folgende Prioritätsregeln:

a) Sind Leistungen von mehreren Mitgliedstaaten aus unterschiedlichen Gründen zu gewähren, so gilt folgende Rangfolge: an erster Stelle stehen die durch eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgelösten Ansprüche, darauf folgen die durch den Bezug einer Rente ausgelösten Ansprüche und schließlich die durch den Wohnort ausgelösten Ansprüche.“

Vorrangig ist demnach Österreich (aG der Beschäftigung) und nachrangig die Slowakei (aG der Rente) zuständig.

Nach Art 68 Abs 2 der VO werden bei Zusammentreffen von Ansprüchen die Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften gewährt, die nach Absatz 1 Vorrang haben. Ansprüche auf Familienleistungen nach anderen widerstreitenden Rechtsvorschriften werden bis zur Höhe des nach den vorrangig geltenden Rechtsvorschriften vorgesehenen Betrags ausgesetzt; erforderlichenfalls ist ein Unterschiedsbetrag in Höhe des darüber hinausgehenden Betrags der Leistungen zu gewähren.

Die Familienbeihilfe wird daher in voller Höhe und primär von Österreich gewährt (Vorrang nach Art 68 Abs 1).

In der Slowakei könnte es allenfalls zu einer Differenzzahlung kommen. Bemerkt wird, dass die österreichische Familienbeihilfe wesentlich höher als die slowakische ist und demnach eine derartige Zahlung nicht in Betracht kommen wird.

Die Bw hat daher für die Monate April 2011 und Mai 2011 Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge.

Der Berufung war daher Folge zu geben und der Rückforderungsbescheid vom 27.6.2012 war ersatzlos aufzuheben.

Wien, am 18. März 2013