



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., gegen den Abweisungsbescheid des Finanzamtes Baden Mödling betreffend Ausgleichszahlung an Familienbeihilfe für die Monate August bis Oktober 2010 entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (Bw) stellte am 7. Februar 2011 für ihre drei minderjährigen Kinder einen Antrag auf Gewährung einer Differenzzahlung zur Familienbeihilfe.

Strittig ist, ob auch für Zeiträume ohne Beschäftigung (Unterbrechung der Pfl egetätigkeit) bei weiterhin bestehender Versicherung in Österreich Anspruch auf Ausgleichs(Differenz)zahlung besteht.

Das Finanzamt gewährte der Bw nach Überprüfung der Anspruchsvoraussetzungen mit Ausgleichszahlungsbescheid vom 15. April 2011 für die Monate Mai 2010 bis Juli 2010 und für die Monate November und Dezember 2010 die Ausgleichszahlung nach der Verordnung (bis 30. April 2010 Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 und Durchführungsverordnung (EWG) Nr. 574/72, ab 1. Mai 2010 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 und Durchführungsverordnung (EG) Nr. 987/2009) inkl. Kinderabsetzbetrag im Ausmaß von € 2.748,65.

Die Bw erhob gegen den Ausgleichszahlungsbescheid mit folgender Begründung Berufung:

"...Aus dem Ausgleichszahlungsbescheid geht hervor, dass mir die Ausgleichzahlung der Familienbeihilfe, ohne Begründung, nur für 5 Monate im Jahr 2010 gewährt wurde. Ich habe aber die Ausgleichzahlung der Familienbeihilfe für 8 Monate beantragt.

Seit 13.04.2010 bin ich in Österreich als selbständige Personenbetreuerin tätig. Mein Gewerbe war die ganze Zeit und ist immer noch aktiv. In der Slowakei war ich weder beschäftigt, noch habe ich Einkünfte erzielt. Ich unterlag und ich unterliege weiterhin auf Grund meiner gewerblichen Tätigkeit in Österreich gem. Verordnung (EG) Nr. 883/2004 Artikel 11 Abs. 3 lit. a nur den österreichischen Rechtsvorschriften. Demzufolge habe ich ab 05/2010 gem. Verordnung (EG) Nr. 883/2004 Artikel 68 Abs. 2 Anspruch auf Unterschiedsbetrag in der Höhe, des über die Höhe der slowakischen Familienbeihilfe hinausgehenden Betrags, für den, derzeit die Slowakei zuständig ist.

Auf Grund der gegebenen Sach- und Rechtslage beantrage ich die Ausgleichzahlung der Familienbeihilfe für die Monate, für die ich die Ausgleichzahlung noch nicht bekommen habe. Es handelt sich um Monate August, September und Oktober 2010.

Alle notwendigen Unterlagen für die Gewährung der Ausgleichzahlung habe ich bereits eingereicht..."

Das Finanzamt wies die Berufung vom 15. Mai 2011 mit Bescheid vom 1. Juni 2011 mit folgender Begründung zurück:

"Die Zurückweisung erfolgte, weil die Berufung aus folgendem Grund nicht zulässig ist:

Der Ausgleichszahlungsbescheid vom 15.04.2011 spricht über die Höhe der Familienleistungen für die Zeiträume 01.05.2010 bis 31.07.2010 und 01.11.2010 bis 31.12.2010 ab.

Ihre Berufung betrifft die Monate August 2010, September 2010 und Oktober 2010.

Eine Abweisung für die Monate August 2010, September 2010 und Oktober 2010 erfolgte mit dem genannten Bescheid noch nicht.

Über die Monate August 2010, September 2010 und Oktober 2010 wird gesondert entschieden."

Mit Bescheid vom 8. Juni 2011 wies das Finanzamt den Antrag auf Ausgleichszahlung für die Monate August 2010 bis Oktober 2010 mit folgender Begründung ab:

"Gemäß Artikel 1 lit. b der Verordnung (EG) Nr.883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 ist eine selbständige Erwerbstätigkeit jede Tätigkeit oder gleichgestellte Situation, die für die Zwecke des Mitgliedstaats, in dem die Tätigkeit ausgeübt wird oder die gleichgestellte Situation vorliegt, als solche gilt.

Verordnung (EG) Nr.987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.09.2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der VO (EG) Nr.883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit: Artikel 59: Regelung für den Fall, in dem sich die anzuwendenden Rechtsvorschriften und/oder die Zuständigkeit für die Gewährung von Familienleistungen ändern.

"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 bis zum Ende des laufenden Monats fort"

Voraussetzung für die Vermittlung des Anspruchs auf Ausgleichszahlung ist die tatsächliche Ausübung der selbständigen Tätigkeit gegen Bezahlung. Die Meldung bei der SVA der gewerblichen Wirtschaft alleine entspricht nicht der Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit. Sie haben im August und September 2010 keine selbständige Erwerbstätigkeit ausgeübt. Im Zeitraum 9.10.2010 bis 23.10.2010 haben Sie Frau G. B. betreut.

Für August und September 2010 besteht daher mangels Vorliegen einer tatsächlichen Beschäftigung kein Anspruch auf Ausgleichszahlung.

Bei der Beschäftigung vom 9.10.2010 bis 23.10.2010 ist Artikel 59 der DVO (EG) anzuwenden. Das bedeutet, dass im Falle des Zuständigkeitswechsels während eines Kalendermonats der zu Beginn des Kalendermonats zuständige Staat seine Familienleistungen bis zum Monatsende zu erbringen hat. Es besteht daher auch für Oktober 2010 kein Anspruch auf Ausgleichszahlung in Österreich."

Die Bw erhob gegen den Abweisungsbescheid vom 8. Juni 2011 mit folgender Begründung Berufung:

"...Ich habe in den betreffenden Monaten August, September und Oktober 2010 die gewerbliche Tätigkeit nicht ausüben können, denn nach dem mein Kunde A. M. aus 8963 Gersdorf im Juli 2010 gestorben war, habe ich eine neue Stelle gesucht, die ich erst im Oktober 2010 gefunden habe.

In der Begründung des Abweisungsbescheides wird angeführt und zitiert: "gemäß Artikel 1 lit. b der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 ist eine 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".

Die gewerbliche Tätigkeit habe ich zwar nicht ausüben können, ich hatte aber die ganze Zeit ein aktives und rechtmäßiges Gewerbe in Österreich und ich unterlag gem. Verordnung (EG) Nr. 883/2004 Artikel 11 Abs. 3 lit. a ununterbrochen nur den österreichischen Rechtsvorschriften.

Gem. § 1 Abs. 4 GewO gilt als regelmäßige Tätigkeit auch eine einmalige Handlung, wenn nach den Umständen des Falles auf die Absicht der Wiederholung geschlossen werden kann.

Was auch mein Fall war, denn ich habe nach zwei Monaten die gewerbliche Tätigkeit als Personenbetreuerin wieder aufgenommen.

Meine Situation ist in dem Fall als eine gleichgestellte Situation zur selbständigen Erwerbstätigkeit gemäß Artikel 1 lit. b der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 zu betrachten.

In der Begründung wird noch auf den 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 (hingewiesen).

Artikel 59:

"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".

In meinem Fall ist aber dieser Artikel nicht anzuwenden, denn ich unterlag gem. Verordnung (EG) Nr. 883/2004 Artikel 11 Abs. 3 lit. a ununterbrochen nur den österreichischen Rechtsvorschriften. Die Zuständigkeit hat sich nicht geändert. Die Zuständigkeit hätte sich nur in dem Fall geändert, hätte ich meine Gewerbeberechtigung in Österreich entweder ruhend gemeldet oder zurückgelegt.

Voraussetzung für die Zuerkennung des Anspruchs auf Ausgleichszahlung ist die tatsächliche Ausübung der gewerblichen Tätigkeit gegen Bezahlung, wie Sie angeführt haben, oder auch 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."

Auf Grund der gegebenen Sach- und Rechtslage beantrage ich nochmals die Ausgleichszahlung der Familienbeihilfe für die Monate August, September und Oktober 2010, für die ich die Ausgleichzahlung noch nicht bekommen habe..."

Das Finanzamt wies die Berufung mit Berufungsvorentscheidung vom 5. Juli 2011 unter Hinweis auf die Verordnung (EG) Nr 883/2004 und Verordnung (EG) Nr 987/2009 des Europäischen Parlaments mit folgender Begründung ab:

"...Die Meldung bei der SVA der gewerblichen Wirtschaft alleine entspricht nicht der Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit.

Unter einer gleichgestellten Situation ist der Bezug von Krankengeld, Wochengeld, Kündigungsentschädigung, Urlaubsabfindung sowie aller Leistungen, welche aus einer unselbständigen bzw. selbständigen Tätigkeit gebühren, anzusehen. Freiwillige Versicherungen, Familienbeihilfen und Kinderbetreuungsgeld sind jedoch nicht als gleichgestellte Situation zu erachten.

Sie haben im August und September 2010 keine selbständige Erwerbstätigkeit ausgeübt. Vom 9.10.2010 bis 23.10.2010 haben Sie Frau B. betreut. Für August und September 2010 besteht mangels Vorliegen der Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit kein Anspruch auf Ausgleichszahlung!

Bei der selbständigen Pfl egetätigkeit vom 9.10.2010 bis 23.10.2010 ist Artikel 59 der DVO (EG) anzuwenden. Das bedeutet, dass im Falle des Zuständigkeitswechsels während eines Kalendermonats der zu Beginn des Kalendermonats zuständige Staat seine Familienleistungen bis zum Monatsende zu erbringen hat.

Da Ihr Gatte in der Slowakei am Beginn des Monats Oktober 2010 im Bezug einer Invalidenpension stand, ist für die Familienleistungen für den Monat Oktober 2010 nur die Slowakei zuständig.

Es besteht daher für Oktober 2010 in Österreich auch kein Anspruch auf Ausgleichszahlung."

Die Bw stellte mit Schreiben vom 2. August 2011, eingelangt beim Finanzamt am 8. August 2011, einen Vorlageantrag an die Abgabenbehörde zweiter Instanz. Die darin gemachten Ausführungen sind im Wesentlichen ident mit den Ausführungen in der Berufung vom 27. Juni 2011.

Über die Berufung wurde erwogen:

Folgender unstrittige Sachverhalt steht fest:

Die Bw, ihre drei mJ Kinder und der Ehegatte sind slowakische Staatsbürger und haben ihren ständigen Aufenthalt am Familienwohnsitz in der Slowakei.

Die Bw ist in Österreich als 24-Stunden-Pflegerin tätig. Das freie Gewerbe Personenbetreuung wurde am 13. April 2010 angemeldet. Das Gewerbe war im Jahr 2010 von 13. April bis 31. Dezember ununterbrochen angemeldet. Die selbständige Betreuungstätigkeit wurde im August und September 2010 – wegen einer fehlenden Pflegestelle – nicht ausgeübt. Vor- und

nachher (beginnend mit 9. Oktober) übte die Bw das Gewerbe Personenbetreuung tatsächlich aus.

Die Bw hatte bei den zu betreuenden Personen jeweils einen Nebenwohnsitz angemeldet.

Die Bw bezahlte für die Monate April 2010 bis Dezember 2010 Sozialversicherungsbeiträge an die Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft und war in diesem Zeitraum durchgehend sozialversichert. Aufgrund der selbständigen Erwerbstätigkeit als Folge der aufrechten Gewerbeberechtigung handelt es sich um eine von April bis Dezember 2010 ununterbrochen bestehende Pflichtversicherung in der GSVG-Krankenversicherung, GSVG-Pensionsversicherung und ASVG-Unfallversicherung.

Der Ehegatte der Bw bezieht in der Slowakei eine Invaliditätspension von monatlich € 318,70 (Bestätigung der Sozialversicherung in Bratislava vom 26. November 2011).

In der Zeit vom Mai 2010 bis Dezember 2010 hatte der Ehegatte der Bw Anspruch auf Familienleistungen für die Familienangehörigen. Es wurden für die drei Kinder Familienleistungen von insgesamt € 65,97,-- monatlich bezogen.

Rechtlich folgt aus dem festgestellten Sachverhalt:

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 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. § 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 gem 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.

Nach § 4 Abs 6 FLAG 1967 gilt die Ausgleichszahlung, mit Ausnahme der Bestimmungen über die Höhe der Familienbeihilfe, als Familienbeihilfe iS dieses Bundesgesetzes.

Gem § 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 § 5 Abs 3 FLAG 1967 in Bezug auf EWR-Staatsbürger grs nicht gilt; diese sind in diesem Bundesgesetz

österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt. Dabei ist der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des EWR nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten.

Im Berufungsfall sind nicht nur die innerstaatlichen Bestimmungen des FLAG 1967 zu beachten. Vielmehr ist die Verordnung (EG) Nr 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (idF VO), die ab 1. Mai 2010 gilt, anzuwenden. Diese hat allgemeine Geltung, ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat („Durchgriffswirkung“). Die VO geht dem nationalen Recht in ihrer Anwendung vor („Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts“).

Für vorliegenden Fall maßgebliche Bestimmungen der VO lauten:

"Artikel 1

Definitionen

Für die Zwecke dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck:

- a) „Beschäftigung“ 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;
- b) „selbstständige 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;
- c) „Versicherter“ in Bezug auf die von Titel III Kapitel 1 und 3 erfassten Zweige der sozialen Sicherheit jede Person, die unter Berücksichtigung der Bestimmungen dieser Verordnung die für einen Leistungsanspruch nach den Rechtsvorschriften des gemäß Titel II zuständigen Mitgliedstaats vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt;

...

i) „Familienangehöriger“:

1. i) jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Familienangehöriger bestimmt oder anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet wird; ii) in Bezug auf Sachleistungen nach Titel III Kapitel 1 über Leistungen bei Krankheit sowie Leistungen bei Mutterschaft und gleichgestellte Leistungen bei Vaterschaft jede Person, die in den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem sie wohnt, als Familienangehöriger bestimmt oder anerkannt wird oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet wird;
2. unterscheiden die gemäß Nummer 1 anzuwendenden Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats die Familienangehörigen nicht von anderen Personen, auf die diese Rechtsvorschriften anwendbar sind, so werden der Ehegatte, die minderjährigen Kinder und die unterhaltsberechtigten volljährigen Kinder als Familienangehörige angesehen;

3. wird nach den gemäß Nummern 1 und 2 anzuwendenden Rechtsvorschriften eine Person nur dann als Familien- oder Haushaltsangehöriger angesehen, wenn sie mit dem Versicherten oder dem Rentner in häuslicher Gemeinschaft lebt, so gilt diese Voraussetzung als erfüllt, wenn der Unterhalt der betreffenden Person überwiegend von dem Versicherten oder dem Rentner bestritten wird;

...

l) „Rechtsvorschriften“ für jeden Mitgliedstaat die Gesetze, Verordnungen, Satzungen und alle anderen Durchführungsvorschriften in Bezug auf die in Artikel 3 Absatz 1 genannten Zweige der sozialen Sicherheit.

...

z) „Familienleistungen“ alle Sach- oder Geldleistungen zum Ausgleich von Familienlasten, mit Ausnahme von Unterhaltsvorschüssen und besonderen Geburts- und Adoptionsbeihilfen nach Anhang I.

Artikel 2

Persönlicher Geltungsbereich

(1) Diese Verordnung gilt für Staatsangehörige eines Mitgliedstaats, Staatenlose und Flüchtlinge mit Wohnort in einem Mitgliedstaat, für die die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, sowie für ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen.

...

Artikel 3

Sachlicher Geltungsbereich

(1) Diese Verordnung gilt für alle Rechtsvorschriften, die folgende Zweige der sozialen Sicherheit betreffen:

- a) Leistungen bei Krankheit;
- b) Leistungen bei Mutterschaft und gleichgestellte Leistungen bei Vaterschaft;
- c) Leistungen bei Invalidität;
- d) Leistungen bei Alter;
- e) Leistungen an Hinterbliebene;
- f) Leistungen bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten;
- g) Sterbegeld;
- h) Leistungen bei Arbeitslosigkeit;
- i) Vorruhestandsleistungen;
- j) Familienleistungen.

Artikel 4

Gleichbehandlung

Sofern in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist, haben Personen, für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates.

Artikel 11

Allgemeine Regelung

(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 aufgrund oder infolge ihrer Beschäftigung oder selbstständigen 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 Artikel 12 bis 16 gilt Folgendes:

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

...

Artikel 14

Freiwillige Versicherung oder freiwillige Weiterversicherung

(1) Die Artikel 11 bis 13 gelten nicht für die freiwillige Versicherung oder die freiwillige Weiterversicherung, es sei denn, in einem Mitgliedstaat gibt es für einen der in Artikel 3 Absatz 1 genannten Zweige nur ein System der freiwilligen Versicherung.

(2) Unterliegt die betreffende Person nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats der Pflichtversicherung in diesem Mitgliedstaat, so darf sie in einem anderen Mitgliedstaat keiner freiwilligen Versicherung oder freiwilligen Weiterversicherung unterliegen. In allen übrigen Fällen, in denen für einen bestimmten Zweig eine Wahlmöglichkeit zwischen mehreren Systemen der freiwilligen Versicherung oder der freiwilligen Weiterversicherung besteht, tritt die betreffende Person nur dem System bei, für das sie sich entschieden hat.

...

Familienleistungen

Artikel 67

Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen

Eine Person hat 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. Ein Rentner hat jedoch Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des für die Rentengewährung zuständigen Mitgliedstaats.

Artikel 68

Prioritätsregeln bei Zusammentreffen von Ansprüchen

(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.

b) Sind Leistungen von mehreren Mitgliedstaaten aus denselben Gründen zu gewähren, so richtet sich die Rangfolge nach den folgenden subsidiären Kriterien:

i) bei Ansprüchen, die durch eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder, unter der Voraussetzung, dass dort eine solche Tätigkeit ausgeübt wird, und subsidiär gegebenenfalls die nach den widerstreitenden Rechtsvorschriften zu gewährende höchste Leistung.

ii) bei Ansprüchen, die durch den Bezug einer Rente ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder, unter der Voraussetzung, dass nach diesen Rechtsvorschriften eine Rente geschuldet wird, und subsidiär gegebenenfalls die längste Dauer der nach den widerstreitenden Rechtsvorschriften zurückgelegten Versicherungs- oder Wohnzeiten;

iii) bei Ansprüchen, die durch den Wohnort ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder.

(2) Bei Zusammentreffen von Ansprüchen werden 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. Ein derartiger Unterschiedsbetrag muss jedoch nicht für Kinder gewährt werden, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, wenn der entsprechende Leistungsanspruch ausschließlich durch den Wohnort ausgelöst wird.

..."

Unter den persönlichen Anwendungsbereich der VO fallen alle Staatsangehörige eines Mitgliedstaates und ihre Familienangehörigen (s Art 2 VO). Die Bw, ihr Gatte und ihre Kinder fallen als slowakische Staatsbürger daher grs in den persönlichen Anwendungsbereich. Dies gilt nach Art 2 der VO dann, wenn "für sie die Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates gelten oder galten". Was unter dem Begriff der Rechtsvorschriften iSd Art 2 der VO zu verstehen ist,

ergibt sich aus der Begriffsdefinition des Art 1 lit I. Demnach sind unter Rechtsvorschriften "alle Gesetze, Verordnungen, Satzungen und alle anderen Durchführungsvorschriften in Bezug auf die in Art 3 Abs 1 genannten Zweige der sozialen Sicherheit" zu verstehen. Das bedeutet, gem Art 2 sind all jene Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates vom persönlichen Anwendungsbereich der VO erfasst, die nach nationalem Recht in zumindest einem Zweig der Sozialen Sicherheit eingebunden sind. Auf die Arbeitnehmer(AN)-, Selbständigen- oder Studierendeneigenschaft der betreffenden Person kommt es nach der neuen VO nicht mehr an. (Siehe dazu *Felten, Anwendungsbereich und Grundsätze der neuen Sozialrechtskoordinierung in Europa – wbl Heft 9, 446*).

Für den Berufungsfall bedeutet dies, dass die Bw dem persönlichen Anwendungsbereich der VO unterliegt, da sie als durchgehend in der SVA der gewerblichen Wirtschaft Pflichtversicherte in einen Zweig der Sozialen Sicherheit eingebunden war. Ob sie durchgehend tatsächlich erwerbstätig war, ist nicht entscheidend.

Bemerkt wird, dass auch schon unter dem Regime der VorgängerVO 1408/71 der EuGH von einem sozialversicherungsrechtlichen Arbeitnehmer- bzw Selbständigenbegriff der VO ausging und den Arbeitnehmer- und Selbständigenbegriff sehr weit auslegte und dadurch den persönlichen Anwendungsbereich schrittweise auch auf wirtschaftlich inaktive Personen ausdehnte (s *Felten, aaO: "Sobald die Einbeziehung in einen Versicherungszweig eines Systems der Sozialen Sicherheit für AN oder Selbständige nach nationalem Recht nachgewiesen werden konnte, ging der EuGH von der Erfüllung des persönlichen Anwendungsbereiches selbst dann aus, wenn die betreffende Person nur eine unwesentliche wirtschaftliche Aktivität, wie etwa bei Teilzeit-AN oder geringfügig Beschäftigten, oder überhaupt keine wirtschaftliche Aktivität ausübte. So hat der EuGH zB Personen in Strafhafte oder in Mutterschaftskarenz als AN bzw Missionare, die von Almosen leben, als Selbständige iSd VO 1408/71 qualifiziert, da eine Einbeziehung in das nationale System der Sozialen Sicherheit gegeben war"*). Dieser Entwicklung wurde nun durch die Bestimmungen der VO 883/2004 Rechnung getragen.

Die Kinder der Bw sind Familienangehörige iSd VO. Sie sind bei der Bw haushaltszugehörig.

Nach Art 11 Abs 1 der VO gelten die Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaates. Dies ist entsprechend dem Grundsatz des Art 11 Abs 3 lit a der VO der Staat, in dem die Person abhängig beschäftigt ist oder eine selbständige Erwerbstätigkeit ausübt, unabhängig davon, ob sie in einem anderen Mitgliedstaat wohnt.

Im vorliegenden Fall ist dies – entsprechend der Judikatur des EuGH und den Intentionen der neuen VO – Österreich, da mit Erwerbstätigkeit gemeint ist, wer aG einer (auch früheren) Tätigkeit in das nationale System der Sozialen Sicherheit einbezogen ist. Dies ist bei der Bw durch die Ausübung des Gewerbes Personenbetreuung vor und nach dem Streitzeitraum und

durch die auch im Streitzeitraum vorliegende Pflichtversicherung in der SVA der gewerblichen Wirtschaft der Fall. 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 eine Invaliditätsrente in der Slowakei bezieht, gelten seine Ansprüche auf Familienleistungen nach Art 68 der VO als durch eine Beschäftigung ausgelöst. Siehe dazu Beschluss der zuständigen Verwaltungskommission N F1 vom 12.6.2009 zur Auslegung des Art 68 der VO (2010/C/ 106/04):

"... Gelten Ansprüche ... als durch eine Beschäftigung ausgelöst, wenn sie erworben wurden ...

b) während Zeiten einer vorübergehenden Unterbrechung einer solchen Beschäftigung
i) wegen Krankheit, Mutterschaft, Arbeitsunfall, Berufskrankheit oder Arbeitslosigkeit, solange Arbeitsentgelt oder andere Leistungen als Renten in Zusammenhang mit diesen Versicherungsfällen zu zahlen sind ...".

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 Oktober liegt nicht vor. Art 59 der DVO (EG) ist nicht anzuwenden.

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

Der bekämpfte Bescheid war somit aufzuheben.

Wien, am 1. Februar 2012