

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter in der Beschwerdesache über die Beschwerde vom 16.02.2018 gegen den Bescheid der belangten Behörde Finanzamt Gmunden Vöcklabruck vom 01.02.2018, betreffend Familienbeihilfe für den Zeitraum ab September 2016 zu Recht erkannt:

- I. Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.
- II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art 133 Abs 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) zulässig.

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang:

Am 13.4.2017 ging bei der belangten Behörde der von der Beschwerdeführerin eingebrachte Antrag auf Gewährung einer Ausgleichszahlung bzw Differenzzahlung für ihr am **.9.2016 geborenes Kind (für den Zeitraum ab Geburt bis September 2018) ein.

Mit 1.2.2018 erließ die belangte Behörde einen Abweisungsbescheid betreffend Familienbeihilfe für den Zeitraum ab September 2016 und führte dazu begründend wie folgt aus:

„ Da Sie trotz Aufforderung die abverlangten Unterlagen nicht eingebracht haben und dadurch Ihrer Mitwirkungspflicht nach § 115 Bundesabgabenordnung nicht nachgekommen sind. muss angenommen werden, dass im oben genannten Zeitraum kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestanden hat bzw. besteht.

Da Sie trotz Telefonat den Vertrag Personenbetreuung nicht vorgelegt haben, war die Ausgleichszahlung nicht zu gewähren. “

Der gegen den Abweisungsbescheid von der Beschwerdeführerin rechtzeitig eingebrachten Beschwerde vom 12.2.2018 beiliegend wurden von der Beschwerdeführerin unterzeichnete Werkverträge über Leistungen in der Personenbetreuung gemäß § 159 GewO beigelegt.

Der Beschwerde wurde von der belangten Behörde mit Beschwerdevorentscheidung vom 12.3.2018 teilweise stattgegeben. Begründend führt die belangte Behörde dazu wie folgt aus:

„ Die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 in der ab 1. Mai 2010 gültigen Fassung 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 gewahren, in dem eine Erwerbstätigkeit ausgeübt wird.

Anspruch auf Familienbeihilfe besteht grundsätzlich nur für die Dauer einer Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit im Inland oder bei Bezug einer Geldleistung infolge dieser Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit. Laut Artikel 59 Nr. 987/2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der VO Nr. 883/2004 ist immer von einem ‚Ersten des Monats der Beschäftigung/Geldleistung‘ auszugehen. Liegt am Ersten des Monats keine Beschäftigung/Geldleistung vor, besteht für diesen Monat kein Anspruch auf eine Familienleistung. Lt. vorgelegten Honorarnoten übten Sie die Tätigkeit als Personenbetreuerin nur bis 02.02.2016 aus und das deckt sich auch mit der ANV der zu pflegenden Person.

Lt. eigenen Nachforschungen wurde von der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft ein Krankengeldbezug vom 10.05.2016 bis 18.07.2016 bekanntgegeben. Da Sie mehr als 7 Monate vor der Geburt Ihrer Tochter (...) keiner Beschäftigung nachgingen steht ab Ende des Wochengeldbezuges keine österreichische Familienbeihilfe mehr zu. Die Familienbeihilfe für Ihre Tochter (...) wird daher nur von September 2016 bis November 2016 gewährt .“

Mit am 21.3.2018 bei der belangten Behörde eingelangtem Schreiben mit dem Betreff „Beschwerde-Einspruch Mitteilung über den Bezug der Familienbeihilfe vom 12.03.2018“, das in verständiger Würdigung des Anbringens als Vorlageantrag zu werten war, bat die Beschwerdeführerin um nochmalige Überprüfung ihres Anspruchs auf Familienbeihilfe.

Im Vorlagebericht schilderte die belangte Behörde den entscheidungswesentlichen Sachverhalt wie folgt:

„Unbestritten ist, dass [die Beschwerdeführerin] seit Okt. 2013 in Österreich als Pflegerin tätig ist. Am 18.03.2014 wurde mit Frau [AB] ein Pflegevertrag abgeschlossen und bis einschließlich 02.02.2016 gepflegt. Das Pflegeverhältnis wurde lt. Telefonat mit dem Sohn der Betreuten mit 02.02.2016 einvernehmlich aufgelöst. Seit dieser Zeit hat [die Beschwerdeführerin] nicht mehr gepflegt. Das Kind kam am **.09.2016 zur Welt. Es wurden slowak. Krankmeldungen ab 29.03.2016 vorgelegt, die in Österreich aber erst von 10.05. - 18.07.2016 zum Krankengeldbezug führten. Darüber liegen keine Unterlagen vor. Anspruch auf Wochengeld gebührt bei aufrechter Versicherung unabhängig von einer Beschäftigung. Da keine durchgehende Beschäftigung bis zum Wochengeldbezug vorliegt und die Beschäftigung einvernehmlich gelöst wurde, liegt kein Sachverhalt vor, der den Bezug von Ausgleichszahlung für 2 Jahre nach der Geburt rechtfertigt. “

Mit Schreiben vom 5.6.2018 übermittelte die Beschwerdeführerin eine Ergänzung ihrer Beschwerde, in der sie im Wesentlichen wie folgt anführte:

Die Beschwerdeführerin sei seit 15.3.2013 gewerblich tätig; zuletzt sei sie im Zeitraum ab 1.3.2014 bei Familie B als Personenbetreuerin tätig gewesen (Verweis auf beiliegenden Gewerberegisterauszug, beiliegende Werkverträge und Honorarnoten).

Am 2.2.2016 sei die Schwangerschaft festgestellt worden. Es habe sich um eine Schwangerschaft mit schwierigem und gefährlichem Verlauf gehandelt. Krankmeldungen betreffend den Zeitraum vom 02.02.2016 bis 29.03.2016 seien an die SVA gesendet worden, wobei keine Zusatzversicherung in der Krankenversicherung vorgelegen habe. Der belangten Behörde sei eine Krankmeldung vom 29.03.2016 vorgelegt worden. Seit 29.03.2016 sei die Beschwerdeführerin als Hochrisiko-Schwangere beurteilt worden und habe sich bis zur Entbindung im Krankenstand befunden.

II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

1. Feststellungen

Auf der Grundlage des oben geschilderten Verwaltungsgeschehens und der aktenkundigen Unterlagen wird folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt festgestellt:

Die Beschwerdeführerin, ihre am **.9.2016 geborene minderjährige Tochter und ihr Ehegatte sind slowakische Staatsbürger und haben ihren Hauptwohnsitz und ständigen Aufenthalt in der Slowakei, wobei die Tochter bei der Beschwerdeführerin haushaltszugehörig ist.

Die Beschwerdeführerin war in Österreich als Personenbetreuerin tätig. Die Berechtigung der Beschwerdeführerin zur Ausübung des freien Gewerbes der Personenbetreuung ist am 15.10.2013 entstanden.

Die Gewerbeberechtigung war abgesehen von den Monaten Jänner und Februar 2014, in denen das Gewerbe ruhend gemeldet wurde, bis zum 31.7.2016 aufrecht. Die Beschwerdeführerin unterlag insoweit als gewerblich selbständig Erwerbstätige der Pflichtversicherung nach dem Gewerblichen Sozialversicherungsgesetz (GSVG) und hatte somit Sozialversicherungsbeiträge an die Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft (SVA) zu leisten.

Die Beschwerdeführerin hatte bei den von ihr betreuten Personen jeweils einen Nebenwohnsitz in Österreich angemeldet.

Ab 2.2.2016 wurde die Personenbetreuung von der Beschwerdeführerin nicht mehr aktiv ausgeübt. Krankmeldungen liegen für den Zeitraum ab 29.3.2016 vor. Im Zeitraum 10.05.2016 - 18.07.2016 bezog die Beschwerdeführerin von der SVA Krankengeld.

Von 19.07.2016 bis 11.11.2016 bezog die Beschwerdeführerin das Wochengeld (vgl. Bestätigung der SVA vom 19.1.2017). Mit Schreiben vom 11.10.2016 erfolgte durch die Beschwerdeführerin eine Anzeige bei der Wirtschaftskammer betreffend das Ruhen der Gewerbeausübung mit der Begründung „Wochengeld Mutterschutz“ ab 31.07.2016.

Der Ehegatte der Beschwerdeführerin ist in der Slowakei als Gewerbetreibender tätig und hat daher in der Slowakei Anspruch auf Familienleistungen für das Kind iHv 23,68 Euro monatlich.

2. Beweiswürdigung

Die obigen Sachverhaltsfeststellungen sind allesamt aktenkundig bzw ergeben sich diese aus den nicht der Aktenlage widersprechenden und auch von der belangten Behörde nicht widerlegten Ausführungen der Beschwerdeführerin.

Vor diesem Hintergrund durfte das Bundesfinanzgericht die obigen Sachverhaltsfeststellungen gemäß § 167 Abs 2 BAO als erwiesen annehmen.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1. Anzuwendendes Recht

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

Anspruch auf Familienbeihilfe für ein in § 2 Abs 1 FLAG 1967 genanntes Kind hat nach § 2 Abs 2 leg cit die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört.

Gemäß § 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 gemäß § 3 Abs 1 FLAG 1967 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.

Liegt ein Sachverhalt vor, der zwei oder mehr Mitgliedstaaten der Europäischen Union berührt, ist die Verordnung (EG) Nr 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rats vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABI EU Nr L 166 vom 30. April 2004 in der durch ABI EU Nr L 200 vom 7. Juni 2004 berichtigten Fassung (im Folgenden: VO 883/2004) anzuwenden.

Art 2 VO 883/2004 („*Persönlicher Geltungsbereich*“) lautet:

„ (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.

(2) (...) “

Gem Art 3 Abs 1 lit j VO 883/2004 umfasst der sachliche Geltungsbereich der VO ua alle Rechtsvorschriften, die den Zweig der sozialen Sicherheit „Familienleistungen“ betreffen. Der Begriff Familienleistungen wird in Art 1 lit z VO 883/2004 definiert als „alle Sach- oder Geldleistungen zum Ausgleich von Familienlasten, mit Ausnahme von Unterhaltsvorschüssen und besonderen Geburts- und Adoptionsbeihilfen nach Anhang I.“

Zu den im österreichischen Recht vorgesehenen Familienleistungen in diesem Sinn gehören unter anderem die im FLAG 1967 geregelte Familienbeihilfe, der im EStG 1988 geregelte Kinderabsetzbetrag sowie das Kinderbetreuungsgeld iSd KBGG (Csaszar in Csaszar/Lenneis/Wanke , FLAG § 53 Rz 71).

Da die Beschwerdeführerin slowakische Staatsbürgerin und damit Staatsangehörige eines Mitgliedstaats der Europäischen Union ist, im Streitzeitraum einen Wohnort in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union hatte, und die Familienbeihilfe als Familienleistung iSd Art 3 Abs 1 lit j VO 883/2004 qualifiziert, gilt die VO 883/2004 für sie sowie für ihre Familienangehörigen.

Art 7 leg cit („Aufhebung der Wohnortklauseln“) lautet:

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

Demzufolge finden die auf Wohnortklauseln beruhenden Bestimmungen des § 2 Abs 1 FLAG 1967, welche für den Familienbeihilfenbezug auf den Wohnort im Bundesgebiet abstellt, des § 2 Abs 8 FLAG 1967, welche auf den wesentlich durch den Wohnort bestimmten Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet abstellt, und des § 5 Abs 3 FLAG 1967, das einen vom Wohnort abhängigen Ausschluss der Familienbeihilfe bei ständigem Aufenthalt des Kindes im Ausland vorsieht, gem Art 7 VO 883/2004 insoweit keine Anwendung.

Art 4 VO 883/2004 („Gleichbehandlung“) lautet:

„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.“

Demnach finden die durch den Anwendungsvorrang dieser Bestimmung verdrängten Bestimmungen des § 3 Abs 1 und 2 FLAG 1967 mit besonderen Voraussetzungen für

Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, auf die Beschwerdeführerin und ihre Familienangehörigen keine Anwendung.

Von den unter Kapitel 8 („Familienleistungen“) der VO 883/2004 angeführten Bestimmungen (Art 67 ff leg cit) sind im beschwerdegegenständlichen Fall die Art 67 und 68 leg cit maßgebend.

Art 67 VO 883/2004 („Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen“) lautet:

„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. (...).“

Art 68 VO 883/2004 („Prioritätsregeln bei Zusammentreffen von Ansprüchen“) lautet:

„ (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. Im letztgenannten Fall werden die Kosten für die Leistungen nach in der Durchführungsverordnung festgelegten Kriterien aufgeteilt;

ii) (...);

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.

(3) (...) “

Einer Anwendung der Art 67 und 68 VO 883/2004 vorgeschaltet ist zunächst die Prüfung, welcher Rechtsordnung die betreffende Person nach der Maßgabe der Art 11 ff VO 883/2004 unterliegt.

Art 11 VO 883/2004 lautet:

„ (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;

b) (...)

c) (...)

d) (...)

e) jede andere Person, die nicht unter die Buchstaben a) bis d) fällt, unterliegt unbeschadet anders lautender Bestimmungen dieser Verordnung, nach denen ihr Leistungen aufgrund der Rechtsvorschriften eines oder mehrerer anderer Mitgliedstaaten zustehen, den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats.

(4) (...) “

Demnach ist im beschwerdegegenständlichen Fall zunächst zu prüfen, ob bzw für welche Zeiträume gem Art 11 Abs 3 lit a VO 883/2004 eine Beschäftigung oder selbstständige Erwerbstätigkeit vorliegt, die zur Anwendbarkeit des österreichischen Rechts führt. Liegt eine Beschäftigung oder selbstständige Erwerbstätigkeit nicht vor, sind gem Art 11 Abs 3 lit e VO 883/2004 – unter der Prämisse, dass die Spezialbestimmungen der lit b bis d nicht zur Anwendung gelangen – die Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaates (hier: Slowakei) anwendbar.

Gem Art 1 VO 883/2004 „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; “

3.2. Vorliegen einer selbstständigen Erwerbstätigkeit

Strittig ist im beschwerdegegenständlichen Fall, ob die Nichtausübung des Gewerbes (Ruhendmeldung) in den ersten 48 Monaten nach der Geburt eines Kindes zum Zwecke der Kindererziehung als selbstständige Erwerbstätigkeit iSd Art 11 Abs 3 lit a iVm Art 1 lit b VO 883/2004 qualifiziert.

Die VO 883/2004 definiert den Begriff der selbstständigen Erwerbstätigkeit als *„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“* (Art 1 lit b leg cit).

Daneben fingiert Art 11 Abs 2 VO 883/2004 unter den dort genannten Umständen das Vorliegen einer Beschäftigung bzw selbstständigen Erwerbstätigkeit, wenn infolge der Beschäftigung bzw selbstständigen Erwerbstätigkeit eine Geldleistung bezogen wird. Diese Fiktion bewirkt, dass auch während des kurzfristigen Bezuges von Geldleistungen der sozialen Sicherheit bei vorübergehender Einstellung der Tätigkeit (zB Krankengeld) weiterhin von einer Ausübung der Tätigkeit auszugehen ist.

Während die Bestimmung des Art 11 Abs 2 VO 883/2004 nach der Rsp des OGH einen Kernbereich des unionsrechtlichen Begriffs „Beschäftigung“ bzw „selbstständige Erwerbstätigkeit“ darstellt und somit der Bezug von Leistungen, die unter diese Bestimmung zu subsumieren sind, unabhängig vom nationalen Recht des jeweiligen Mitgliedstaates als Ausübung einer Beschäftigung bzw selbstständigen Erwerbstätigkeit zu werten ist, ist im Übrigen zur Präzisierung der Begriffsdefinition auf die nationalen Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit zurückzugreifen (vgl OGH 24.3.2015, 10 Ob S 117/14z; OGH 10.10.2017, 10 Ob S 51/17y).

Einheitliche europarechtliche Begriffsbestimmungen existieren somit – außerhalb des Anwendungsbereichs des Art 11 Abs 2 VO 883/2004 – in Bezug auf die in Rede stehende, der Ausübung einer Tätigkeit gleichgestellte Situation nicht. Die Verwaltungskommission für die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (im Folgenden: die Verwaltungskommission) hat allerdings mit Beschluss eine weitere Konkretisierung des in Art 68 VO 883/2004 verwendeten Begriffs „Beschäftigung“ bzw „selbstständige Erwerbstätigkeit“ vorgenommen (Beschluss Nr F1 vom 12. Juni 2009 zur Auslegung des Artikels 68 der Verordnung (EG) Nr 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates hinsichtlich der Prioritätsregeln beim Zusammentreffen von Familienleistungen [2010/C 106/04] , ABI EU Nr C 106 vom 24. April 2010; im Folgenden: Beschluss Nr F1). Dies vor dem Hintergrund, dass nach den Rechtsvorschriften verschiedener Mitgliedstaaten die Zeiten des Ruhens oder der Unterbrechung der tatsächlichen Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit (zB wegen Urlaubs, Arbeitslosigkeit etc) zum Teil unterschiedlich behandelt werden (vgl Erwägungsgrund 2 zum Beschluss Nr F1).

Nach Z 1 des Beschlusses Nr F1 gelten für die Zwecke des Art 68 VO 883/2004 „*Ansprüche auf Familienleistungen insbesondere dann als ,durch eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgelöst‘, wenn sie erworben wurden*

a) aufgrund einer tatsächlichen Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit oder auch

b) während Zeiten einer vorübergehenden Unterbrechung einer solchen Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit

i) wegen Krankheit, Mutterschaft, Arbeitsunfall, Berufskrankheit oder Arbeitslosigkeit, solange Arbeitsentgelt oder andere Leistungen als Renten in Zusammenhang mit diesen Versicherungsfällen zu zahlen sind, oder

ii) durch bezahlten Urlaub, Streik oder Aussperrung oder

iii) durch unbezahlten Urlaub zum Zweck der Kindererziehung, solange dieser Urlaub nach den einschlägigen Rechtsvorschriften einer Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit gleichgestellt ist. “

Zwar bezieht sich der Beschluss Nr F1 auf die Prioritätsregeln des Art 68 VO 883/2004; da die Prioritätsregeln aber an den anzuwendenden Rechtsvorschriften anknüpfen, ist nach der im Schrifttum vertretenen Ansicht davon auszugehen, dass der Begriff „Beschäftigung“ bzw „selbstständige Erwerbstätigkeit“ des Art 11 VO 883/2004 jenem des Art 68 VO 883/2004 entsprechend zu interpretieren ist (vgl *Felten* in *Spiegel* [Hrsg], Zwischenstaatliches Sozialversicherungsrecht [59. Lfg] Art 68 VO 883/2004 Rn 6 mwH). Vor diesem Hintergrund ist der Beschluss Nr F1 maßgebend für die Begriffsdefinitionen in Art 1 lit a und lit b VO 883/2004 im Allgemeinen – unabhängig davon, ob die Begriffsdefinition im konkreten Fall für die Auslegung des Art 11 VO 883/2004 oder des Art 68 VO 883/2004 von Bedeutung ist.

Für den beschwerdegegenständliche Fall ist wesentlich, dass der Beschluss Nr F1 „*unbezahlten Urlaub zum Zweck der Kindererziehung, solange dieser Urlaub nach den einschlägigen Rechtsvorschriften einer Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit gleichgestellt ist“*, während Zeiten einer vorübergehenden Unterbrechung einer Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit der tatsächlichen Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit gleichsetzt. Offen bleibt damit jedoch, inwieweit ein solcher unbezahlter Urlaub nach den einschlägigen (nationalen) Rechtsvorschriften einer Beschäftigung oder selbstständigen gleichgestellt sein muss.

Diesbezügliche Rechtsprechung des EuGH besteht bisher nur zur Vorgängerverordnung zur VO 883/2004. Für den Anwendungsbereich der Vorgängerverordnung (EWG) 1408/71 war die Frage, ob der betroffene Mitgliedstaat für die Gewährung von Familienleistungen weiterhin zuständig bleibt und diese Leistungen als durch eine Beschäftigung ausgelöst gelten, in dem Beschluss der Verwaltungskommission Nr 207 vom 7.4.2006, ABI 2006, L 175/83, näher geregelt. Danach galt unter anderem ein unbezahlter Urlaub zum Zweck der Kindererziehung als „Ausübung der Erwerbstätigkeit“, solange dieser Erziehungsurlaub nach den einschlägigen Rechtsvorschriften einer Erwerbstätigkeit gleichgestellt war.

Der EuGH verwies in seiner Entscheidung vom 10.3.2011 in der Rechtssache C-516/09, *Borger*, auf seine frühere Rechtsprechung (EuGH 7.6.2005, C-543/03, *Dodl und Oberhollenzer*), wonach eine Person – trotz des Ruhens des Arbeitnehmerstatus wegen eines unbezahlten Urlaubes im Anschluss an die Geburt eines Kindes und für die Erziehung dieses Kindes – dann Arbeitnehmereigenschaft iSd VO (EWG) 1408/71 besitze, wenn sie auch nur gegen ein einziges Risiko im Rahmen eines der in Art 1 lit a dieser VO genannten allgemeinen oder besonderen Systeme der sozialen Sicherheit pflichtversichert oder freiwillig versichert ist, und zwar unabhängig vom aufrechten Bestehen eines Arbeitsverhältnisses.

In seiner Folgeentscheidung zum Urteil des EuGH in der Rs *Borger* vertrat der OGH (10 ObS 35/11m) die Ansicht, dass die Arbeitnehmereigenschaft iSd Art 1 lit a VO (EWG) 1408/71 iSd Rsp des EuGH auch während des Zeitraums einer sechsmonatigen Verlängerung der Karenz gegeben sei, weil während dieser Zeit nach § 8 Abs 1 Z 2 lit g ASVG eine Teilversicherung in der Pensionsversicherung bestand. Die Voraussetzung der Erziehung eines Kindes in den ersten 48 Lebensmonaten im Inland liege vor, weil das Erfordernis einer Erziehung im Inland zur Vermeidung einer Diskriminierung so zu verstehen sei, dass auch eine Erziehung des Kindes in der Schweiz unschädlich ist. Gleiches gilt für die Erziehung eines Kindes in einem anderen EU-Mitgliedstaat (vgl OGH 24.4.2015, 10 Ob S 117/14z).

Nach der von *Rief* (Zuständigkeit für Familienleistungen – aktuelle EuGH-Judikatur und die neue Rechtslage, DRdA 2011, 480 [484]) vertretenen Ansicht sei die zur VO (EWG) 1408/71 ergangene EuGH-Rechtsprechung auch auf die VO 883/2004 zu übertragen, da sich die allgemeinen Zuständigkeitsregelungen in Art 13 Abs 2 lit a und f der VO (EWG) 1408/71 inhaltlich kaum von jenen in Art 11 Abs 3 lit a und e der VO 883/2004 unterscheiden würden.

Auch die Verwaltungskommission nimmt in Erwägungsgrund 5 zum Beschluss Nr F1 Bezug auf die Rechtsprechung des EuGH in der Rs C-543/03, *Dodl und Oberhollenzer* und konstatiert: „ *Ein solcher unbezahlter Urlaub* [gemeint: unbezahlter Urlaub im Anschluss an die Geburt eines Kindes für die Erziehung dieses Kindes] *muss daher auch als Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit gemäß Artikel 68 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 gelten.*“

Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass eine Teilversicherung (insbesondere in der Pensionsversicherung) während Zeiten einer Karenz nach dem MSchG oder VKG grundsätzlich genügt, damit iSd Art 1 lit b VO 883/2004 eine einer Beschäftigung gleichgestellte Situation vorliegt, die iVm Art 11 leg cit zu einer Anwendung der österreichischen Rechtsvorschriften führt (vgl auch OGH 24.3.2015, 10 Ob S 117/14z).

Nichts anderes kann in einem Fall gelten, in dem ein Gewerbe anlässlich der Geburt eines Kindes nicht mehr aktiv ausgeübt wird, sofern keine Abmeldung des Gewerbes erfolgt (vgl in diesem Zusammenhang auch ErläutRV 340 BlgNR XXIV. GP 16 zum Kinderbetreuungsgeld, wonach Zeiten der einer Karenz nach MSchG und VKG

vergleichbaren Situation der tatsächlichen Ausübung einer Erwerbstätigkeit gleichgestellt sind, „etwa die einer Selbständigen oder Gewerbetreibenden, die ihr Gewerbe anlässlich der Geburt eines Kindes zum Zwecke der Kindererziehung ruhend meldet (nicht jedoch abmeldet) “). Ebenso wie § 8 Abs 1 Z 2 lit g ASVG sieht § 3 Abs 3 Z 4 GSVG für diesen Fall eine Teilversicherung in der Pensionsversicherung vor; konkret fallen gem dieser Bestimmung „Personen, die ihr Kind (§ 116a Abs. 2) in den ersten 48 Kalendermonaten nach der Geburt oder im Fall einer Mehrlingsgeburt ihre Kinder in den ersten 60 Kalendermonaten nach der Geburt tatsächlich und überwiegend im Sinne des § 116a Abs. 4 bis 7 im Inland erziehen, wenn sie zuletzt nach dem GSVG oder FSVG, nicht jedoch nach dem ASVG, pensionsversichert waren“.

Voraussetzung für eine Teilversicherung in der Pensionsversicherung ist demgemäß die bisherige Pensionsversicherung nach dem GSVG (oder FSVG). Dies war im beschwerdegegenständlichen Fall gegeben, da die Beschwerdeführerin bis zum Bezug des Wochengeldes der Pflichtversicherung gem GSVG unterlag. Betreffend das in § 3 Abs 3 Z 4 GSVG genannte Erfordernis einer Erziehung des Kindes im Inland ist auf die oa Rsp des OGH zu verweisen, derzufolge zur Vermeidung einer Diskriminierung auch eine Erziehung des Kindes in einem anderen EU-Mitgliedstaat unschädlich ist (vgl OGH 24.4.2015, 10 Ob S 117/14z). Gem § 3 Abs 3 Z 4 GSVG ist somit auch für die ersten 48 Monate nach der Geburt des Kindes von einer Teilversicherung in der Pensionsversicherung auszugehen. Gem § 3 Abs 1 Z 2 APG gelten ua die Zeiten der Kindererziehung iSd § 3 Abs 3 Z 4 GSVG als Versicherungszeiten für Zwecke des Pensionskontos.

Soweit die belangte Behörde ins Treffen führt, dass Voraussetzung für die Gleichstellung der Kindererziehungszeiten in den ersten 48 Monaten nach der Geburt mit einer tatsächlichen Erwerbstätigkeit sei, dass dem Wochengeldbezug unmittelbar vorangehend für einen durchgehenden (mehrere Monate umfassenden) Zeitraum eine tatsächliche ausgeübte Erwerbstätigkeit vorlag, ist dem zu entgegen, dass eine derartige Voraussetzung weder dem Unionsrecht noch den Bestimmungen des GSVG oder des FLAG 1967 zu entnehmen ist. Eine derartige Voraussetzung wird ausschließlich im sachlichen Anwendungsbereich des KBGG normiert. So wurde mit der KBGG-Novelle BGBl I 2011/139 § 24 Abs 2 KBGG dahingehend ergänzt, dass (nur) Zeiten der vorübergehenden Unterbrechung einer zuvor mindestens sechs Monate andauernden sozialversicherungspflichtigen Erwerbstätigkeit unter anderem während eines Beschäftigungsverbots nach dem MSchG oder während der Inanspruchnahme einer Karenz nach dem MSchG oder VKG als der Ausübung einer sozialversicherungspflichtigen Erwerbstätigkeit gleichgestellte Zeiten gelten. Nach den Gesetzesmaterialien (ErläutRV 1522 BlgNR 24. GP 4) sollte durch diese Ergänzung, dass die Gleichstellungsbestimmung nur durch die mindestens sechsmonatige durchgehend andauernde tatsächliche Ausübung der sozialversicherungspflichtigen Erwerbstätigkeit vor der Geburt des Kindes ausgelöst werden kann, eine Missbrauchsbekämpfung durch Verhinderung von (kurzfristiger) Scheinerwerbstätigkeit in Österreich erfolgen.

Auch in den Gesetzesmaterialen zur mit dem BGBl I 2016/53 erfolgten Novellierung des § 24 KBGG wird darauf hingewiesen, dass die in § 24 Abs 2 KBGG festgelegten einschlägigen nationalen Gleichstellungserfordernisse im Hinblick auf die Anwendung des Art 68 VO 883/2004 für das Kinderbetreuungsgeld gelte (ErläutRV 1110 BlgNR XXV. GP 11). Dafür, dass der Gesetzgeber mit § 24 Abs 2 KBGG einen über den sachlichen Anwendungsbereich des KBGG hinausgehenden Begriff der Beschäftigung bzw selbständigen Erwerbstätigkeit – insbesondere auch für Zwecke der Familienbeihilfe – definieren wollte, fehlen jegliche Anhaltspunkte.

Nach der Maßgabe obiger Ausführungen (insbesondere nach der hg Rsp des EuGH) ist im beschwerdegegenständlichen Fall somit aufgrund der Teilversicherung in der Pensionsversicherung in den ersten 48 Kalendermonaten nach der Geburt insoweit auch vom Vorliegen einer der selbständigen Erwerbstätigkeit gleichgestellten Situation iSd Art 1 lit b VO 883/2004 auszugehen; dies sowohl in Zusammenhang mit Art 11 als auch in Zusammenhang mit Art 68 VO 883/2004.

Dieses Ergebnis steht im Übrigen auch nicht im Widerspruch zum Erkenntnis des VwGH vom 27.9.2012, 2012/16/0066. Diesem E lag im Wesentlichen folgender Sachverhalt zu Grunde: Eine slowakische Staatsangehörige war in Österreich gewerblich als Personenbetreuerin erwerbstätig. Ende Juli 2010 hatte sie ihren Kunden verloren und in der Folge mit 9.10.2010 wieder eine zu betreuende Person gefunden. Das Gewerbe der Personenbetreuung war während dieses Zeitraumes durchgängig gemeldet, sodass nach § 2 Abs 1 Z 1 GSVG eine Pflichtversicherung bestand.

Der VwGH führte dazu zunächst aus, dass bereits nach dem von der Mitbeteiligten im Vorlageantrag behaupteten Sachverhalt, wonach sie sich im Zeitraum zwischen Ende Juli und dem 9. Oktober 2010 um eine neue zu betreuende Person („Pflegestelle“) bemüht habe, keine Unterbrechung der Ausübung der Erwerbstätigkeit vorliege. Begründend führte der VwGH dazu im Wesentlichen aus, dass eine selbständige Erwerbstätigkeit nicht nur dann ausgeübt werde, *„wenn nach der Verkehrsauffassung und nach außen hin ersichtliche Handlungen gesetzt werden (im Beschwerdefall: eine zu betreuende Person gepflegt wird), sondern auch dann, wenn eine allenfalls sogar nach außen hin nicht unmittelbar erkennbare Tätigkeit im engen Zusammenhang mit diesen Handlungen entfaltet wird (so übt etwa ein Künstler oder ein Vortragender nicht nur während der Auftritte oder der Vorträge eine selbständige Tätigkeit aus, sondern auch im Zeitraum zwischen solchen Auftritten oder Vorträgen etwa im Zusammenhang mit der Vorbereitung dazu).“*

Darüber hinaus liege den Ausführungen des VwGH zufolge einer der Ausübung der selbständigen Erwerbstätigkeit gleichgestellte Situation iSd Art 1 lit b VO 889/2004 vor. Dazu führte der VwGH wie folgt aus (RS 2): *„Der Verwaltungsgerichtshof sieht die in der Personenbetreuung Tätige im Zeitraum zwischen der Beendigung (dem ‚Verlust‘) einer Pflegestelle und dem Beginn einer neuerlichen pflegerischen Tätigkeit rund zweieinhalb Monate danach, ohne dass von der genannten Betreuerin in Österreich oder in einem anderen Staat eine andere Erwerbstätigkeit entfaltet wird und ohne dass das angemeldete*

Gewerbe als ruhend gemeldet wird, die Betreuerin sohin durchgängig nach dem GSVG pflichtversichert blieb, in einer der Ausübung der selbständigen Erwerbstätigkeit gleichgestellten Situation im Sinne des Art. 1 Buchstabe b) der Verordnung Nr. 883/2004. Deshalb unterlag die Betreuerin im Streitzeitraum nach Art. 11 Abs. 3 Buchstabe a) der Verordnung Nr. 883/2004 den österreichischen Rechtsvorschriften.“

Dazu ist anzumerken, dass der VwGH in diesem Fall das Vorliegen einer der selbständigen Erwerbstätigkeit gleichgestellten Situation iSd Art 1 lit b VO 889/2004 außerhalb der im Beschluss Nr F1 genannten Fälle bejahte (Anmerkung: aus dem im einleitenden Satz des Beschlusses Nr F1 verwendeten Wortes „insbesondere“ ergibt sich im Übrigen der nichtabschließende Charakter der im Beschluss Nr F1 genannten Fälle). Vor allem die Dauer der Unterbrechung der Tätigkeit von zweieinhalb Monaten kann daher nur bedingt als Anhaltspunkt für andere Fälle herangezogen werden. Insbesondere für die im beschwerdegegenständlichen Fall relevante vorübergehende Unterbrechung einer selbständigen Erwerbstätigkeit *„durch unbezahlten Urlaub zum Zweck der Kindererziehung, solange dieser Urlaub nach den einschlägigen Rechtsvorschriften einer Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit gleichgestellt ist“* (Beschluss Nr F1 Z 1 lit b sublit iii), lässt sich daraus nichts gewinnen, da darunter jedenfalls eine Karenz iSd MSchG fällt (vgl Erwägungsgrund 5 zum Beschluss Nr F1 und die dort zitierte Rsp des EuGH sowie die hg Rsp des OGH), bei der die Dauer der Unterbrechung weitaus länger ist.

Vor diesem Hintergrund ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin für die ersten 48 Monate nach der Geburt ihrer Tochter (Oktober 2016 bis September 2018) aufgrund der insoweit gegebenen Teilversicherung in der Pensionsversicherung gem Art 11 Abs 3 lit a VO 883/2004 den Rechtsvorschriften Österreichs unterlag.

Betreffend den Bezug von Wochengeld im Zeitraum 19.07.2016 bis 11.11.2016 fingiert Art 11 Abs 2 VO 883/2004 im beschwerdegegenständlichen Fall insoweit das Vorliegen einer selbstständigen Erwerbstätigkeit (vgl auch Beschluss Nr F1 Z 1 lit b sublit i), sodass die Beschwerdeführerin auch insoweit den Rechtsvorschriften Österreichs unterlag.

Da die Beschwerdeführerin somit gem Art 11 Abs 3 lit a VO 883/2004 im Zeitraum September 2016 bis September 2018 den Rechtsvorschriften Österreichs unterlag und zugleich der Ehegatte der Beschwerdeführerin in der Slowakei Familienbeihilfe für die Tochter bezog, steht der Beschwerdeführerin gemäß Art 68 Abs 2 iVm Art 68 Abs 1 lit b sublit i VO 889/2004 im nachrangig zuständigen Staat Österreich Anspruch auf die Differenzzahlung zwischen der niedrigeren slowakischen und der höheren österreichischen Familienbeihilfe zu.

Da die Familienbeihilfe gem § 12 FLAG 1967 nicht mit Bescheid zuzuerkennen ist, sondern vom Wohnsitzfinanzamt lediglich eine Mitteilung auszustellen ist, war der angefochtene Abweisungsbescheid somit aufzuheben.

4. Zulässigkeit der Revision

Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Gegen eine Entscheidung des Bundesfinanzgerichtes ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Zu der Frage, ob die Nichtausübung des Gewerbes (Ruhendmeldung) in den ersten 48 Monaten nach der Geburt eines Kindes zum Zwecke der Kindererziehung als selbstständige Erwerbstätigkeit iSd Art 11 Abs 3 lit a iVm Art 1 lit b VO 883/2004 qualifiziert, obwohl keine durchgehende tatsächliche Ausübung der Erwerbstätigkeit bis zum Bezug des Wochengeldes vorliegt, liegt eine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht vor, weshalb gemäß § 25a Abs 1 VwGG spruchgemäß zu entscheiden war.

Linz, am 12. Juni 2019