

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter Dr. Wolfgang Pavlik über die Beschwerde der Bf, SL, Slowakei, gegen den Bescheid des Finanzamtes Hollabrunn Korneuburg Tulln vom 09.03.2015, betreffend Abweisung eines Antrags auf Ausgleichszahlung zur Familienbeihilfe für den Zeitraum Februar bis Dezember 2014, zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art 133 Abs 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) unzulässig.

Entscheidungsgründe

Die verheiratete Beschwerdeführerin (Bf), eine slowakische Staatsbürgerin, stellte im Jänner 2015 einen Antrag auf Gewährung der Differenzzahlung zur Familienbeihilfe für das Jahr 2014 für ihren 2013 geborenen Sohn.

Die Bf ist im Gewerberegister (Auszug vom 08.06.2010) seit 01.06.2010 im Gewerbe "Personenbetreuung" eingetragen.

Das Finanzamt (FA) wies den Antrag mit Bescheid vom 09.03.2015 für den Zeitraum Februar bis Dezember 2014 mit der Begründung ab, dass Anspruch auf Familienbeihilfe grundsätzlich nur für die Dauer einer Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit im Inland oder bei Bezug einer Geldleistung infolge dieser Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit bestehe. Tätigkeiten, die sich als völlig unwesentlich darstellen würden, würden dabei außer Betracht bleiben.

Anspruch auf Familienbeihilfe/Ausgleichszahlung bei selbständig Erwerbstätigen bei "Karenz" (= Gleichstellung bis max. 2. Geburtstag des Kindes) bestehe nur dann, sofern vor der Geburt des Kindes tatsächlich eine selbständige Erwerbstätigkeit in Österreich ausgeübt worden und Wochengeldbezug vor der Geburt vorgelegen sei.

Da die Bf ihre selbständige Erwerbstätigkeit in Österreich nur bis 23. Oktober 2012 ausgeübt habe, daher bis vor der Geburt bzw Bezug des Wochengeldes nicht

beschäftigt gewesen sei, bestehe ab Februar 2014 kein Anspruch auf Familienbeihilfe/Ausgleichszahlung. Für den Zeitraum, in dem die Bf Anspruch auf Wochengeld gehabt habe, bestehe Anspruch auf Familienbeihilfe/Ausgleichszahlung.

Die Bf erhob gegen den Abweisungsbescheid Beschwerde und führte darin zur Begründung aus, dass sie das Gewerbe seit 2010 aktiv betreibe. Am Ende des Jahres 2012 hätte sie ihre Arbeit nicht ausführen können, weil sie krank gewesen sei. Danach habe sie auf neue Arbeit gewartet. Vor der Geburt ihres Kindes sei sie wegen der Risikoschwangerschaft auch krank gemeldet gewesen. Die Krankmeldungen seien beigelegt. Sie betreibe ihr Gewerbe bis jetzt aktiv und bezahle auch alle Beiträge an die SVA. Bestätigungen seien beigelegt. In der Beilage fände sich auch der Beschluss Nr F1, der dieses Problem beschreibe.

Das FA wies die Beschwerde mit Beschwerdevereentscheidung vom 31.3.2015 mit folgender Begründung ab:

"Eine Beschäftigung oder eine selbständige Erwerbstätigkeit liegt unter anderem vor, wenn eine tatsächliche Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit ausgeübt wird oder während Zeiten einer vorübergehenden Unterbrechung einer solchen Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit wegen Krankheit, Mutterschaft, Arbeitsunfall, Berufskrankheit oder Arbeitslosigkeit, solange Arbeitsentgelt oder andere Leistungen als Renten in Zusammenhang mit diesen Versicherungsfällen zu zahlen sind. Sie haben Ihre letzte Tätigkeit als selbständige Erwerbstätige im Oktober 2012 ausgeübt. Der Versicherungsfall der Mutterschaft tritt acht Wochen vor dem voraussichtlichen Entbindungstermin ein. Ein amtsärztliches Zeugnis, wonach bei Fortdauer der Tätigkeit Leben oder Gesundheit von Mutter und Kind gefährdet wäre, wurde von Ihnen nicht vorgelegt. Ebenso wurde von Ihnen keine Bestätigung der Sozialversicherung, wonach das Wochengeld bereits früher als acht Wochen vor dem voraussichtlichen Entbindungstermin ausbezahlt worden wäre, vorgelegt. In der Zeit von Oktober 2012 bis acht Wochen vor dem voraussichtlichen Entbindungstermin wurde von Ihnen keine Tätigkeit ausgeübt und war in diesem Zeitraum kein Arbeitsentgelt oder andere Leistungen als Renten in Zusammenhang mit dem Versicherungsfall der Mutterschaft zu zahlen. Von einer vorübergehenden Unterbrechung der selbständigen Erwerbstätigkeit kann bei einem Zeitraum von elf Monaten (Zeit zwischen letzter Beschäftigung und Beginn des Bezugs der Wochenhilfe) nicht mehr ausgegangen werden.

Die Gleichstellung bis maximal zum zweiten Geburtstag des Kindes analog zum Mutterschutzgesetz besteht nur dann, wenn vor der Geburt die selbständige Erwerbstätigkeit tatsächlich ausgeübt wurde und Wochengeldbezug vor der Geburt vorliegt. Ihre letzte Tätigkeit in Österreich wurde bis 23.10.2012 ausgeübt. Danach waren Sie laut einer vorgelegten Krankmeldung vom 30.10.2012 bis 21.11.2012 arbeitsunfähig. Im Anschluss daran waren Sie die nächsten Monate nicht beschäftigt. Laut vorgelegter Krankmeldungen (zur Vorlage an die SVA der gewerblichen Wirtschaft) waren Sie erst ab 25.04.2013 arbeitsunfähig, weiters waren Sie vom 08.08.2013 bis 16.08.2013 in Spitalspflege. Ein für den vorzeitigen Wochengeldbezug erforderliches

amtsärztliches Zeugnis wurde ebenfalls nicht vorgelegt. Somit wurde Ihnen von der SVA der gewerblichen Wirtschaft das Wochengeld erst ab 14.09.2013 (acht Wochen vor Geburtstermin) ausbezahlt. Da Sie Ihre letzte Tätigkeit bereits im Oktober 2012 ausgeübt haben, ist von Ihnen das Kriterium, dass die selbständige Erwerbstätigkeit vor der Geburt tatsächlich ausgeübt wurde, nicht erfüllt.

Weiters weisen Sie in Ihrer Beschwerde auch auf den Beschluss Nr F1 hin. Dieser Beschluss enthält die Auslegungsbestimmungen des Artikels 68 der Verordnung (EG) Nr 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates hinsichtlich der Prioritätsregeln beim Zusammentreffen von Familienleistungen. Diese Prioritätsregeln legen fest, welcher Mitgliedstaat vorrangig und welcher nachrangig für die Familienleistungen zuständig ist. Ob die Zeit vor der Geburt – in Ihrem Fall die lange Arbeitsunterbrechung von einem Jahr – einer durchgehenden Beschäftigung gleichzusetzen ist, wird von diesen Prioritätsregeln nicht erläutert..."

Die Bf brachte dagegen "Beschwerde" ein.

Das FA wertete das Schriftstück vom 14.04.2015 als Vorlageantrag.

Die Bf führt darin, wie schon in der Beschwerde vom 18.03.2015, aus, dass sie seit dem Jahr 2010 das Gewerbe als Personenbetreuerin aktiv betreibe. Sie bezahle regelmäßig ihre Beiträge an die SVA und habe die Arbeit bis Oktober 2012 ausgeübt. Im November 2012 habe sie nicht arbeiten können, weil sie krank gewesen sei. Im Jänner 2013 habe sie einen Unfall am Bein gehabt. Die Arbeitsunfähigkeit durch diesen Unfall habe bis 16.02.2013 gedauert und sie habe diese über die slowakische Privatversicherung behandeln lassen. Nach diesem Unfall sei sie nicht arbeitstätig gewesen, da sie auf einen neuen Klienten gewartet habe. Seit dem 25.04.2013 sei sie bei der SVA krank gemeldet gewesen. Die Arbeitsunfähigkeit habe bis September 2013 gedauert. Während dieser Arbeitsunfähigkeit sei sie sogar vom 08.08. – 16.08.2013 im Spital gewesen. Im November 2013 habe sie ihr erstes Kind entbunden. Seit dieser Zeit kümmere sie sich um ihr Kind. Zur Zeit sei sie wieder schwanger, der voraussichtliche Entbindungstermin sei 24.09.2015.

Über die Beschwerde wurde erwogen

Folgender Sachverhalt steht fest:

Die Bf, ihr Gatte und Sohn S., geboren 2013 in der Slowakischen Republik, sind slowakische Staatsbürger.

Die Bf und ihr Sohn haben ihren Hauptwohnsitz und ständigen Aufenthalt in der Slowakei. Vom 26.05.2010 bis 07.11.2012 hatte die Bf einen Nebenwohnsitz im Inland. Seitdem bis dato hat die Bf keinen Wohnsitz im Inland, sondern lebt ausschließlich in der Slowakei.

Die Bf meldete das Gewerbe Personenbetreuung am 01.06.2010 beim Magistrat der Stadt Wien an (Auszug aus dem Gewerberegister vom 08.06.2010).

Sie ist bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft seit Juni 2010 bis laufend als gewerblich selbständig Erwerbstätige pflichtversichert.

Die Bf übte die gewerblich Tätigkeit der Personenbetreuung („24-Stunden Pflege“) gemäß Werkvertrag vom 24.06.2010 bei Frau G. in NÖ bis 23.10.2012 aus.

Seitdem und somit auch im Streitzeitraum Februar bis Dezember 2014 übte die Bf keine Tätigkeit im Inland mehr aus.

Sie hat sich seitdem nicht um eine neue zu betreuende Person ("Pflegestelle") bemüht.

Der Kindesvater war im Streitzeitraum in der Slowakei nichtselbständig tätig und bezog dort im Streitzeitraum Familienleistungen für S. iHv EUR 23,52 monatlich.

Vom 30.10.2012 – 21.11.2012 war die Bf bei der SVA krank gemeldet.

Auf Grund eines Unfalls (Zerrung rechtes Kniegelenk beim Schlittschuhlaufen) war die Bf vom 07.01.2013 – 15.02.2013 arbeitsunfähig.

Laut vorgelegter Krankmeldung bei der SVA war die Bf vom 25.04.2013 – 26.09.2013 arbeitsunfähig und erhielt Krankengeld von der SVA. Vom 08.08.2013 – 16.08.2013 befand sich die Bf in Spitalspflege.

Die Bf bezog Wochengeld von der SVA vom 14.09.2013 – 31.12.2013 und vom 01.01.2014 – 04.01.2014, somit beginnend 8 Wochen vor dem voraussichtlichen Geburtstermin.

Ein Beschäftigungsverbot wegen Risikoschwangerschaft lag nicht vor.

Beweiswürdigung:

Die persönlichen Verhältnisse der Bf und ihrer Familie sind aktenkundig.

Die Angaben über den inländischen Wohnsitz beruhen auf einer Abfrage aus dem ZMR des Bundes und sind unstrittig.

Der Auszug aus dem Gewerberegister, ein Sozialversicherungsdatenauszug, der Werkvertrag, 10 Honorarnoten von Jänner bis Oktober 2012 und eine Bescheinigung der SVA vom 03.12.2014, wonach am Beitragskonto der Bf zur Zeit kein Rückstand bestehe, liegen im Verwaltungsakt.

Dass die Bf seit 24.12.2012 keine Tätigkeit mehr ausübt, ist unstrittig.

Die Bf bringt zwar vor, sie habe auf einen "neuen Klienten gewartet", es gibt jedoch für eine aktives diesbezügliches Tätigwerden der Bf keinerlei Nachweis oder Hinweis, sodass das BFG dieses Vorbringen als unglaubwürdig erachtet.

Der Bezug von Familienleistungen in der Slowakei durch den Kindesvater wurde nachgewiesen.

Die Krankmeldungen der Bf bei der SVA und bei einer privaten Unfallversicherung liegen vor.

Der Bezug von Krankengeld und von Wochengeld ist aktenkundig.

Ein Beschäftigungsverbot wegen einer Risikoschwangerschaft wurde nicht nachgewiesen und lag nicht vor, da das Wochengeld in diesem Fall bereits während der Zeit des individuellen Beschäftigungsverbotes ausbezahlt worden wäre. Es wurde jedoch regulär beginnend acht Wochen vor dem geplanten Geburtstermin ausbezahlt.

Das Vorbringen der Bf, sie sei vor der Geburt ihres Kindes wegen der Risikoschwangerschaft auch krank gemeldet gewesen, ist aus der Aktenlage nicht nachvollziehbar und bewegt sich auf bloßer Behauptungsebene. Es wurde weder ein amtsärztliches noch ein privates ärztliches Gutachten vorgelegt, das auf den behaupteten Sachverhalt hinweisen würde, wobei darauf hingewiesen wird, dass die entsprechenden Ausführungen in der Beschwerdeentscheidung des FA nach der Judikatur des VwGH Vorhaltscharakter haben.

Rechtliche Beurteilung:

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 Bf 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 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.

§ 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 1967 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 Bf und ihre Familienangehörigen, keine Anwendung.

Im Beschwerdefall sind daher nicht nur die innerstaatlichen Bestimmungen des FLAG 1967 zu beachten. Vielmehr ist die Bf als Staatsbürgerin eines Mitgliedstaates der EU von der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 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 01.05.2010 in Kraft. Somit gilt die VO ab 1.5.2010 und ist demzufolge für den Streitzeitraum Februar 2014 bis Dezember 2014 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 gemäß 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 Bf slowakische Staatsangehörige, somit Staatsangehörige eines Mitgliedstaats der Europäischen Union ist, gilt die VO für sie sowie für ihr Kind.

Strittig ist, ob die Bf im Streitzeitraum Februar bis Dezember 2014 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."

Artikel 68 der VO lautet:

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

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.

(3) Wird nach Artikel 67 beim zuständigen Träger eines Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften gelten, aber nach den Prioritätsregeln der Absätze 1 und 2 des vorliegenden Artikels nachrangig sind, ein Antrag auf Familienleistungen gestellt, so gilt Folgendes: a) Dieser Träger leitet den Antrag unverzüglich an den zuständigen Träger des Mitgliedstaats weiter, dessen Rechtsvorschriften vorrangig gelten, teilt dies der betroffenen Person mit und zahlt unbeschadet der Bestimmungen der Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit.“

Der Beschluss Nr. F1 der Verwaltungskommission für die Koordinierung der Systeme der Sozialen Sicherheit vom 12.6.2009 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, lautet:

„1. Für die Zwecke des Artikels 68 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 gelten 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.

2. Dieser Beschluss wird im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht. Er gilt ab dem Datum des Inkrafttretens der Verordnung (EG) Nr. 987/2009.“

Der zit Beschluss Nr F1 stellt somit ausdrücklich Zeiten einer vorübergehenden Unterbrechung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit wegen Krankheit oder Mutterschaft einer aktiven Erwerbstätigkeit gleich.

Zu klären ist, ob es sich im vorliegenden Fall um eine vorübergehende Unterbrechung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit handelt.

Das BFG gelangt – dem FA folgend – zur Auffassung, dass von einer vorübergehenden Unterbrechung der selbstständigen Erwerbstätigkeit im vorliegenden Fall nicht mehr gesprochen werden kann.

Der VwGH hat im Erkenntnis vom 27.09.2012, ZI 2012/16/0066, eine Unterbrechung der selbstständigen Erwerbstätigkeit von 2½ Monaten bei durchgehender Pflichtversicherung als nicht schädlich für die Familienbeihilfe beurteilt.

Die vom VwGH im zit Erkenntnis als maßgebend erachteten Umstände liegen im ggstdl Fall allesamt nicht vor.

Es handelt sich nicht um einen Erholungsurlaub und die Bf hat sich nicht um eine anschließend zu betreuende Person ("Pflegestelle") bemüht.

Die letzte Tätigkeit als selbständig Erwerbstätige übte die Bf im Oktober 2012 aus. Der Zeitraum von Oktober 2012 bis acht Wochen vor dem voraussichtlichen Entbindungstermin (Beginn des Bezugs der Wochenhilfe am 14.09.2013) betrug elf Monate.

In diesem Zeitraum hat die Bf keinerlei Tätigkeit ausgeübt und waren in diesem Zeitraum kein Arbeitsentgelt oder andere Leistungen als Renten in Zusammenhang mit dem Versicherungsfall der Mutterschaft zu zahlen, sodass von einer vorübergehenden Unterbrechung der selbstständigen Erwerbstätigkeit nicht mehr ausgegangen werden kann.

Wie das FA zu Recht ausführt, ist der Versicherungsfall der Mutterschaft auch nicht früher als acht Wochen vor dem geplanten Geburtstermin eingetreten.

Es ist zwar richtig, dass die Bf in dieser Zeit auch krank war, jedoch rechtfertigen die dargestellten Krankheiten nicht die Feststellung, die Bf sei in dieser Zeit nach wie vor den österreichischen Rechtsvorschriften unterlegen.

So war die Bf zwar bis 21.11.2012 bei der SVA krank gemeldet, dann war sie jedoch erst wieder vom 07.01.2013 – 15.02.2013 arbeitsunfähig. Letztere Arbeitsunfähigkeit hat die Bf in der Slowakei bei einer privaten Unfallversicherung abgerechnet. Sie lebte zu diesem Zeitpunkt auch zur Gänze mit ihrer Familie in der Slowakei und handelte es sich um einen Freizeitunfall in der Slowakei, der von einer slowakischen Unfallversicherung gedeckt war. Die Bf war nicht auf Klientensuche und unterlag den slowakischen Rechtsvorschriften.

Die aufrechte Anmeldung bei der SVA, die Krankmeldung bei der SVA vom 25.04.2013 – 26.09.2013 und der Bezug von Krankengeld von der SVA ändern nichts an der nicht mehr vorübergehenden Unterbrechung der Tätigkeit.

Dem FA ist Recht zu geben, dass die Gleichstellung bis maximal zum zweiten Geburtstag des Kindes analog zum Mutterschutzgesetz nur dann besteht, wenn vor der Geburt die selbständige Erwerbstätigkeit tatsächlich ausgeübt wurde und Wochengeldbezug vor der Geburt vorliegt.

Da die Bf ihre letzte Tätigkeit bereits im Oktober 2012 ausübte, ist das Kriterium, dass die selbständige Erwerbstätigkeit vor der Geburt tatsächlich ausgeübt wurde, nicht erfüllt.

Es wurden im maßgeblichen Zeitraum von Oktober 2012 bis acht Wochen vor dem voraussichtlichen Geburtstermin überhaupt keine im Zusammenhang mit der selbständigen Tätigkeit der Bf stehenden Handlungen gesetzt.

Bei einer derart langen Nichtausübung der Tätigkeit kann auch von einer der Ausübung der selbständigen Erwerbstätigkeit gleichgestellten Situation im Sinne des Art 1 Buchstabe b) der VO nicht mehr ausgegangen werden.

Nach Ansicht des BFG beendete die Bf nach 4 Monaten (24.06.2010 – 23.10.2012) die gewerbliche Tätigkeit in Österreich und zog in die Slowakei um.

Bei einer derart kurzen Tätigkeit im Inland kann auch nicht von einer gewöhnlichen Erwerbstätigkeit in Österreich iSd Art 12 Abs 2 der VO ausgegangen werden.

Die durchgehend aufrechte Meldung bei der SVA allein ist für die Annahme einer selbständigen Tätigkeit bzw nur vorübergehenden Unterbrechung dieser Tätigkeit nicht ausreichend, wenn keine Tätigkeit mehr ausgeübt und kein Versuch, neue Aufträge zu erhalten, unternommen werden, und darüber hinaus eine Übersiedlung in einen anderen Mitgliedstaat erfolgt, zumal die Meldung bei der SVA auch tätigkeitsfremde Gründe haben kann, wie zB in Österreich krankenversichert zu sein und Krankengeld zu erhalten.

Es handelt sich – im Gegensatz zum im vom VwGH beurteilten Sachverhalt im Erkenntnis vom 27.09.2012, 2012/16/0066, eben nicht um kurzfristige Zeiten zwischen zwei Pflegeverträgen, sodass die Bf im Streitzeitraum nach Art 11 Abs 3 lit e) der VO den Rechtsvorschriften ihres Wohnmitgliedstaats, somit der Slowakei unterliegt.

Es treffen somit keine Ansprüche verschiedener Mitgliedstaaten zusammen, sodass die Prioritätsregeln des Art 68 der VO nicht zur Anwendung gelangen.

Für Familienleistungen ist daher ausschließlich die Slowakei zuständig.

Im Streitzeitraum besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

Zulässigkeit einer Revision :

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist 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.

Diese Voraussetzung liegt im Beschwerdefall nicht vor, da sich das BFG an der Judikatur des VwGH (Erk 27.09.2012, 2012/16/0066) orientiert.

Es war spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 17. Mai 2016