

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin NN in der Beschwerdesache BP, A-EU, über die Beschwerde vom 25. Jänner 2016 gegen den Bescheid der belangten Behörde Finanzamt Wien 2/20/21/22 vom 22. Dezember 2015 betreffend Rückforderung der Familienbeihilfe (KG) für den Zeitraum vom Oktober 2014 bis einschließlich Juni 2015 zu Recht erkannt:

- I. Der Beschwerde wird gemäß § 279 BAO Folge gegeben.
- II. Der angefochtene Bescheid wird ersatzlos aufgehoben.
- III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) zulässig.

Entscheidungsgründe

Mit Bescheid vom 22. Dezember 2015 (gerichtet an die Bf mit Anschrift --W, -str.---) wurden die an die Beschwerdeführerin (Bf) für den Zeitraum vom Oktober 2014 bis Juni 2015 ausbezahlten Beträge an Familienbeihilfe (in Höhe der nach § 8 Abs. 2 Z 1 lit. a FLAG für den Zeitraum ab Juli 2014 vorgesehenen vollen Monatsbeträge von € 109,70 unter dem Titel einer Ausgleichszahlung gem. Verordnung (EG) 883/2004/DZ) und KG-Beträge (monatlich € 58,40), somit in Höhe von insgesamt € 1.512,90 für das Kind Kind (geb. am **** 2014) gemäß § 26 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 iVm § 33 Abs. 3 Einkommensteuergesetz 1988 rückgefordert. Begründend führte die Abgabenbehörde aus, *die Bf habe vom 01. Oktober 2013 bis 04. Mai 2014 Weiterbildungsgeld und anschließend Mutterschaftsgeld aus dem Weiterbildungsgeld bezogen, weshalb keine einer Beschäftigung iSd Art. 11 Abs. 2 der EU VO 883/2004 gleich gestellte Situation vorgelegen habe. Für den Zeitraum vom Oktober 2014 bis Juni 2015 sei Österreich aufgrund der EU VO 883/2004 weder vorrangig, noch nachrangig für die Gewährung der Familienleistungen zuständig gewesen, weshalb die Auszahlung der Familienbeihilfe zu Unrecht erfolgt sei.*

Die Bf erhob mit 25. Jänner 2016 Beschwerde gegen den Rückforderungsbescheid und führte aus, *sie habe den Bescheid wegen ihres Weihnachtsurlaubes erst am 11. Jänner erhalten. Die Begründung würde die Bf innerhalb der nächsten Tage nach Konsultation ihres Anwaltes nachreichen. Sie ersuche um Aussetzung des Rückforderungsbetrages.*

Mit 28. Jänner 2016 langte das Ergänzungsschreiben der Bf vom 27. Jänner 2016 bei der Abgabenbehörde ein. Darin wird ausgeführt: "...*bitte um die Aussetzung des strittigen Betrages von € 1.512,90 bis zur Erledigung der Beschwerde. Ich bin ungarische Staatsbürgerin, seit 2009 arbeite ich in Österreich an der Uni vorerst als Projektmitarbeiterin, seit 2010 als wissenschaftlicher Senior lecturer an der Abteilung F---* Ich bin seit 2009 in W- mit Hauptwohnsitz gemeldet, bin seit diesem Zeitpunkt ausschließlich in Österreich sozialversichert und steuerlich erfasst. Für die Zeitraum zwischen 01.10.2014 und 04.05.2014 habe ich mit Unterstützung meiner Arbeitnehmer Bildungskarenz beantragt, um an einer postdoktoralen Weiterbildung an der Uni-Ungarn teilnehmen zu können und meine Habilitationsschrift vorbereiten zu können. Während meiner Weiterbildungszeit war mein Vertrag mit der Uni aufrecht, meine Stelle im Institut wurde beibehalten (sie wurde durch eine Karenzvertretung besetzt). Am 05.05.2014 bin ich wegen einer Risikoschwangerschaft in Mutterschutz gegangen, am ****2014 ist meine Tochter in U- auf die Welt gekommen. Mein Mutterschutz endete am 22.09.2014, meine Karenz am 06 2015. Bis Juli 2015 lag der Lebensmittelpunkt unserer Familie vorübergehend in U-. Während dieser Zeit habe ich mein Mietverhältnis in W- weiter aufrechtgehalten. Die Rückkehrabsicht ist also sowohl von meiner Seite als auch von der Seite meiner Arbeitgeber deutlich. Kinderbetreuungsgeld und Familienbeihilfe habe ich -wegen unseres ungarischen Wohnsitzes -sowohl in Ungarn als auch in Österreich beantragt. Bereits am 05. November 2014 hat das dieBeh (Magyar Behör) einen Beschluss getroffen, dass ich (d.h. meine Familie) in Ungarn keine Familienleistung, weder Familienbeihilfe noch Kinderbetreuungsgeld beziehen kann, für die Familienleistungen sei Österreich zuständig. Mein Antrag auf Familienbeihilfe wurde einmal bereits genau geprüft und bewilligt, jegliche telefonische und persönliche Gespräche zeugten darüber, dass ich die Leistungen rechtmäßig beantragt und in Anspruch genommen habe. Ihre Entscheidung, die ich am 11. Januar 2016 erhalten habe, deklariert jedoch, dass ich den Kinderabsetzbetrag und die Ausgleichszahlung gem. Verordnung (EG) 883/2004 für den Zeitraum von Oktober 2014 und Juni 2015 zurückzuzahlen verpflichtet bin. Laut Ihrer Begründung liegt während der Zeit der Weiterbildung keine Beschäftigung iSd Art. 11 Abs. 2 der EU VO 883/2004 vor. Die EU Verordnung, den Sie zitieren erwähnt nichts, was Ihre Feststellung begründen würde, ich zitiere: '(2) Für die Zwecke dieses Titels wird bei Personen, die aufgrund 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. Die oben zitierte Erklärung, wie die gesamte EU-Verordnung disponiert nicht über die Bildungskarenz, erwähnt nicht, dass diese keiner Beschäftigung gleichzusetzen wäre. Dies kann laut den relevanten Passagen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (§ 11) ebenso nicht vermutet werden. Ich bitte Sie also, mein Antrag nochmal zu prüfen und mir die Familienbeihilfe für den genannten Zeitraum zu gewähren....".

Im Verwaltungsakt liegen auf:

2 Meldebescheinigungen (für Bf und Kind Ki--: beide mit Hauptwohnsitz --W, -str.---);

1 Niederschrift des Magistratischen Bezirksamtes W----; Melde-Pass- und Fundservice, vom 05.01.2015: *"Frau Bf, geb. ****1981, möchte ihre Tochter, Kin---, geb. geb. an der Adresse ---straße mit Hauptwohnsitz anmelden. Sie kann aber nur eine Kopie der Geburtsurkunde vorlegen. Frau Bf** bekommt eine Frist bis zum 5.4.2015, um einen gültigen Reisepass der Tochter vorzulegen. Frau Bf** bekommt eine Kopie der Niederschrift ausgehändigt..."*.

1 Bestätigung über die Namensänderung des Kindes (von Namealt auf Namene), ausgestellt in U- am 03.12.2014 (Kopie);

1 Sozialversicherungskarte des Kindesvaters D--Vater (Kopie);

1 Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe vom 25.09.2014 für das Kind Kind (geb. am 2014);

Dem Beihilfenantrag beigeschlossen (lt. Antrag als Beilagen angeführt: Geburtsurkunde des Kindes, Hauptwohnsitzmeldung, Formular E 104 über den Wohnsitz in Ungarn, Kopie Mutter-Kind-Pass, Heiratsurkunde):

1 Kopie des Reisepasses (ausgestellt im November 2011 in Ungarn),

1 Meldebestätigung für die Bf und das Kind Kind (gemeldet seit 16.09.2014 an der Adresse der Mutter in AdresseUngarn).

1 Heiratsurkunde vom 10.08.2013, ausgestellt in U-;

1 Geburtsurkunde für das Kind Kind (Kopie), ausgestellt in U- am 13.geb.;

1 Familienstandsbescheinigung (E 401), ausgestellt am 25. September 2014 in U- mit Wohnsitz des Kindes am Familienwohnsitz in Ung---;

1 Mutter-Kind (Schwangerschaftspass in deutscher Übersetzung);

1 Urkunde über die Namensänderung betreffend den Ehegatten der Bf, ausgestellt am 06 2014 zur Nr. Urkunde in U- (Kindesvater lt E 401: Namealt, Vorname; Namensänderung auf Namene);

1 Karenzbestätigung der Uni vom 10.09.2014 (Karenz gemäß § 15 MSchG/§ 2 VKG: *"Sehr geehrte Frau Bf** MA PhD! Wir gratulieren Ihnen zur Geburt Ihres Kindes Tochter am 2014. Ihrem Wunsch entsprechend beginnt die Elternkarenz am 23.09.2014 und endet am 30.06.2015. Während dieser Zeit erhalten Sie kein Gehalt von der Uni. Gemäß § 20 Abs. 3 KV verlängert sich Ihr Arbeitsverhältnis um die Dauer Ihrer Abwesenheit, längstens jedoch bis 26.01.2018. Bei Fragen zum Kinderbetreuungsgeld wenden Sie sich bitte an den Krankenversicherungsträger..."*.

1 Schreiben der Magyar Behör, Ort vom 03. November 2014: *"Anbei schicken wir Ihnen unser Bescheid und die Kopie der Anträge für Familienleistungen von Bf (Familienwohnsitz.). Laut unsere Angaben haben wir festgestellt, dass Familienangehörige*

---Bf SzVers von oben genannten Person in Österreich eine berufliche Tätigkeit ausübt, und seine Mann in Ungarn nicht versichert ist. Nach der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 der Europäischen Parlament und des Rates und Verordnung (EG) Nr. 987/2009 der Europäischen Parlament und des Rates gehört dies Angelegenheit zu österreichischem Recht...".

1 Dienstzeitbestätigung der Uni vom 16. November 2015: *"Die Uni -Personalwesen und Frauenförderung -Personaladministration bestätigt hiermit, dass Frau BP MA PhD geboren am ****1981, wohnhaft in z-str, --W an der Uni wie folgt beschäftigt ist: -01.10.2010-26.01.2018 (20 Stunden/Woche) als Senior Lecturer am Institut ***Institut. Im Zeitraum 01.10.2013-04.05.2014 konsumierte Frau Bf** MA PhD Bildungskarenz. Im Zeitraum 05.05.2014-22.09.2014 hatte die oben genannte Person auf Grund ihrer Schwangerschaft ein Beschäftigungsverbot und im Zeitraum 23.09.2014 bis 30.06.2015 war Frau Bf** MA PhD in Elternkarenz nach Mutterschutzgesetz (MSchG)."*

1 Bestätigung des Herrn D--Vater an die Kasse (Kundenzentrum Kinderbetreuungsgeld) vom 26. April 2015: *"Hiermit bestätige ich offiziell, dass ich in Ungarn als freiberufliche Künstler (Schriftsteller, Journalist) arbeite. Einkomme aus nicht freiberufliche Tätigkeit habe ich weder in Ungarn noch in Österreich. Mein durchschnittliches Bruttoeinkommen beträgt 120.000 Forint (zurzeit 398 Eur), die steuerlichen Pflichten komme ich in Ungarn nach."*

1 Bestätigung des X Kindergartens (Kiga) vom 03.12.2015: *"Das Kind TT-, geboren am 2014 besucht unseren Kindergarten in AdreKiga seit 01.09.2015 regelmäßig."*

Diverse Kontoauszüge (Überweisungsbestätigungen) der Bank für den Zeitraum August 2015 bis November 2015.

1 Bestätigung des Lreg, über den an die Bf erteilten Aufenthaltstitel: *"Eingangsdatum 14.12.2010 Bewilligungsdauer bis 99.99.9999 Reisepassnummer PassNr Anmeldebescheinigung".*

Mit Beschwerdeverentscheidung vom 11. Mai 2016 wurde die Beschwerde unter Anführung der Bezug habenden gesetzlichen Bestimmungen und den Bestimmungen der Verordnung (EG) 883/2004 als unbegründet abgewiesen. *Strittig sei, ob die (Anm.: BFG: Familienleistungen) im Streitzeitraum Oktober 2014 bis Juni 2015 wegen einer Beschäftigung oder einer einer Beschäftigung gleichgestellten Situation den österreichischen Rechtsvorschriften unterlagen. Der Bezug einer Geldleistung auf Grund oder infolge einer Beschäftigung gilt als Ausübung der Beschäftigung, somit als einer Beschäftigung gleichgestellte Situation (Art. 11 Abs. 2). Dazu gehöre beispielsweise der Bezug von Krankengeld oder Wochengeld. Gemäß den Bestimmungen der VO (EG) 883/2004 liege nur bei Vorliegen einer gesetzlichen Karenz nach dem Mutterschutzgesetz, nicht jedoch bei Bildungskarenz eine Situation vor, welche einer Beschäftigung iSd VO (EG) 883/2004 gleichgestellt ist. Zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes im Juni 2014 habe die Bf Weiterbildungsgeld auf Grund einer Bildungskarenz bezogen. Beim anschließenden Karenzurlaub habe es sich zwar um eine gesetzliche Karenz nach § 15 MSchG*

gehandelt, da die Bf aber vom 01. Oktober 2013 bis 04. Mai 2014 Leistungen vom AMS erhalten (Weiterbildungsgeld) und aus dem Weiterbildungsgeld das Mutterschaftsgeld bezogen habe, und somit keine 6 Monate vor Beginn des Mutterschutzes eine tatsächliche Erwerbstätigkeit ausgeübt habe, liege keine Beschäftigung oder eine einer Beschäftigung gleichgestellte Situation iSd EU-Verordnung vor, weshalb Österreich im Rückforderungszeitraum nicht als Beschäftigungsstaat anzusehen und Österreich weder vorrangig noch nachrangig für die Gewährung der Familienleistungen auf Grund der VO (EG) 883/2004 zuständig sei.

Nach aufliegendem Rückschein wurde die an die Bf an ihre Adresse in Österreich gerichtete Beschwerde vorentscheidung von der Bf (Formular Verf 40) am 27. Mai 2016 übernommen.

Der Vorlageantrag wurde mit 06 2016 persönlich eingebracht und wie folgt begründet: *"...Für die Zeitraum zwischen 01.10.2014 und 30.geb. (Anm. BFG: vgl. demgegenüber in der Beschwerde: "Zeitraum zwischen 01.10.2014 und 04.05.2014", gemeint wohl jeweils 01.10.2013 anstatt 01.10.2014) habe die Bf mit Unterstützung ihrer Arbeitgeber Bildungskarenz beantragt...(vgl. oben Beschwerde). Ergänzend führte die Bf aus, "Das österreichische Finanzamt hat im Juni 2015 die Bearbeitung meines Falles abgeschlossen, mir wurde für den Zeitraum Oktober 2014 bis Juni 2016 die Differenzzahlung gewährt, die ich rückwirkend erhalten habe und seit Juni 2015 laufend erhalte. Am 11. Januar 2016 habe ich einen neuen Bescheid mit dem Datum 22.12.2015 erhalten, welche deklariert, dass ich das Kinderabsetzbetrag und die Ausgleichszahlung gem. Verordnung (EG) 883/2004 für den Zeitraum von Oktober 2014 und Juni 2015 zurückzahlen verpflichtet bin. Laut der Begründung liegt während der Zeit der Weiterbildung keine Beschäftigung iSd Art. 11 Abs. 2 der EU VO 883/2004 vor. Der OGH hat mehrfach klargestellt, dass das Unionsrecht Anwendungsvorrang vor innerstaatlichem Recht hat, das mit den Bestimmungen des Unionsrecht unvereinbar ist. In 10 ObS 117/14z und in ObS 148/14h (vgl. auch 10 ObS 92/15z, 10 ObS 110/15x und 10 ObS 155/15i) sprach der OGH aus, dass die Gleichstellung von Erwerbsunterbrechungen iSd § 24 Abs. 2 KBGG zuvor eine mindestens sechs Monate andauernde Erwerbstätigkeit ausgeübt wurde. In denselben Entscheidungen wurde ausgesprochen, dass in Fällen, die mehrere EU-Mitgliedstaaten berühren, § 24 Abs. 2 die Definition des Begriffs der Beschäftigung iSd Art 1 VO 883/2004 darstellt. In 10 ObS 117/14z sprach der OGH aus, dass im Anwendungsbereich der VO 882/2004, also in kollisionsrechtlicher Hinsicht, z.B. der Bezug von Karenzgeld auch außerhalb der arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlung als Beschäftigung iSd Art 11 Abs 2 VO 883/2004 anzusehen ist. Arbeitnehmer/innen müssen in Fällen, die in den Anwendungsbereich der VO 883/2004 fallen, auch für die Gewährung eines pauschalen Kinderbetreuungsgeldes nachweisen, dass sie vor dem Beginn des Beschäftigungsverbots (Frauen) bzw vor der Geburt des Kindes (Männer) eine mindestens sechs Monate andauernde Beschäftigung vorweisen können (10 ObS 117/14z). Allerdings ist im Anwendungsbereich der VO 883/2004 die erforderliche Erwerbstätigkeit iSd des Art 1 lit a und des Art 11 Abs 2 nach unionsrechtlichen Kriterien auszulegen. Der OGH hat*

dazu ausgeführt, dass hier "von der Fiktion einer weiteren Ausübung der Erwerbstätigkeit insbesondere dann auszugehen (ist), wenn das Beschäftigungsverhältnis lediglich vorübergehend (...) unterbrochen wird, dem Grunde nach aber fortbesteht und die nach nationalem Recht zu einer Teilversicherung führt" (RIS-Justiz RS 0130045). Bei einer Bildungskarenz liegt eine befristete Karenzierung zu einem besonderen Zweck vor, dessen Einhaltung der/die Karenzierte Arbeitnehmerin gegenüber dem Arbeitgeber und dem AMS nachzuweisen hat. Das zugrunde liegende Arbeitsverhältnis besteht dem Grunde nach weiter und wird nach Ablauf der vereinbarten Frist (von maximal 12 Monaten) weiter geführt. Nur bei Einhaltung der mit dem Zweck der Weiterbildungskarenz in engem sachlichen Zusammenhang stehenden Weiter- bzw Fortbildungskarenz erhalten die karenzierten ArbeitnehmerInnen das Weiterbildungsgeld gem § 26 AIVG. Mit dem Bezug des Weiterbildungsgeldes verbunden ist die Kranken- und Unfallversicherung gem. §§ 40 und 40a AIVG sowie die Teilversicherung in der Pensionsversicherung gem. § 8 Abs 1 Z 2 lit b ASVG. Es wird vorgebracht, dass in Fällen, die im Anwendungsbereich der VO 883/2004 liegen, davon auszugehen ist, dass eine im Beobachtungszeitraum des § 24 Abs 2 KGBB vorliegende Bildungskarenz ebenso als Erwerbstätigkeit iSd Art 11 Abs 2 VO 883/2004 anzusehen ist wie ein Krankenstand. § 24 Abs 1 Z 2 KBGG ist in diesen Fällen ebenfalls nach unionsrechtlichen Kriterien auszulegen. Der Bezug von Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung wie das Weiterbildungsgeld hat in diesen Fällen denselben Zweck, wie das Krankengeld in Fällen des Krankenstandes nach dem Ende des Entgeltfortzahlungsanspruchs, nämlich die wirtschaftliche Absicherung. Wenn ein Krankenstand mit Karenzgeldbezug unionsrechtlich als erforderliche Beschäftigung anzusehen ist, muss dasselbe auch für Bildungskarenz mit Weiterbildungsgeld gelten."

Mit Schreiben vom 19. September 2016 gab die Bf gegenüber der Abgabenbehörde an, "... Gegen die Beschwerdevorentscheidung des Finanzamtes vom 11.05.2016 bezüglich der rückgeforderten Familienbeihilfe für den Zeitraum von Oktober 2014 bis Juni 2015 habe ich am 06 2016 Klage bei der Bundesfinanzgericht erhoben. Ich bitte bis zum Abschluss des Verfahrens die Aussetzung des Rückstandes zu ermöglichen. Die Aussetzungsantrag habe ich nach Absprache mit Herr XX (Anm. BFG: anonymisiert) am 23. August bereits per Post zukommen lassen, diese scheint allerdings nicht angekommen zu sein. Darüber hinaus möchte ich Sie informieren, dass die Lebensmittelpunkt von mir und meiner Familie seit 01. September 2016 in Ungarn liegt. Mein Arbeitsvertrag bei der Uni ist weiterhin aufrecht, in Ungarn gehe ich keine Erwerbstätigkeit nach. Mein Mann ist nach wie vor selbständige Künstler ohne Einkommen. Meine aktuelle Adresse lautet: Adresse-U. Ich bitte Sie dementsprechend mich bis auf weiteres unter der angegebenen ungarischen Adresse zu kontaktieren."

Mit Ergänzungsschreiben vom 25. Jänner 2017 gab die Bf an, der Lebensmittelpunkt der Familie liege seit 01.07.2016 vorübergehend in Ungarn (U-), das Arbeitsverhältnis der Bf bei der Universität bleibe weiterhin aufrecht. Dem Schreiben angeschlossen wurde ein -vorliegend nicht streitgegenständlicher -Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe (Differenzzahlung) für die im Dezember 2016 geborene zweite Tochter (Xki2).

Mit Schreiben vom 23. Mai 2017 bestätigte die Kontrollbehörde für Familienleistungen (Regierungsamt des RU), dass der Gatte der Bf (Vat) in Ungarn seit 12.2009 bis laufend arbeitet *"und so von 12.2009 Ungarn der zuständige Staat ist. Sie hat den Antrag für FB vom 12.2016 beantragt. Die Auszahlung der Leistung erfolgt seit 12.12.2016 (siehe beigefügte E 411 und unseren Bescheid)"*. Diesem Schreiben beigefügt wurde ein Formular E 411 sowie die Bestätigung über die ab Dezember 2016 in Ungarn für beide Kinder ausbezahlten Familienleistungen.

Über die Beschwerde wurde erwogen:

Rechtsgrundlagen:

Nationales Recht (Österreich)

§ 2 FLAG 1967 idgF lautet:

(1) Anspruch auf Familienbeihilfe haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben,

a) für minderjährige Kinder,

b) 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. Bei volljährigen Kindern, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992, BGBl. Nr. 305, genannte Einrichtung besuchen, ist eine Berufsausbildung nur dann anzunehmen, wenn sie die vorgesehene Studienzeit pro Studienabschnitt um nicht mehr als ein Semester oder die vorgesehene Ausbildungszeit um nicht mehr als ein Ausbildungsjahr überschreiten. Wird ein Studienabschnitt in der vorgesehenen Studienzeit absolviert, kann einem weiteren Studienabschnitt ein Semester zugerechnet werden. Die Studienzeit wird durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis (zB Krankheit) oder nachgewiesenes Auslandsstudium verlängert. Dabei bewirkt eine Studienbehinderung von jeweils drei Monaten eine Verlängerung der Studienzeit um ein Semester. Zeiten als Studentenvertreterin oder Studentenvertreter nach dem Hochschülerschaftsgesetz 1998, BGBl. I Nr. 22/1999, sind unter Berücksichtigung der Funktion und der zeitlichen Inanspruchnahme bis zum Höchstausmaß von vier Semestern nicht in die zur Erlangung der Familienbeihilfe vorgesehene höchstzulässige Studienzeit einzurechnen. Gleiches gilt für die Vorsitzenden und die Sprecher der Heimvertretungen nach dem Studentenheimgesetz, BGBl. Nr. 291/1986. Der Bundesminister für Umwelt, Jugend und Familie hat durch Verordnung die näheren Voraussetzungen für diese Nichteinrechnung festzulegen. Zeiten des Mutterschutzes sowie die Pflege und Erziehung eines eigenen Kindes bis zur Vollendung des zweiten Lebensjahres hemmen den Ablauf der Studienzeit. Bei einem Studienwechsel gelten die in § 17 Studienförderungsgesetz 1992, BGBl. Nr. 305, angeführten Regelungen auch für den Anspruch auf Familienbeihilfe. Die Aufnahme als ordentlicher Hörer gilt als Anspruchsvoraussetzung für das erste Studienjahr. Anspruch ab dem zweiten Studienjahr besteht nur dann, wenn für ein vorhergehendes Studienjahr die Ablegung einer Teilprüfung der ersten Diplomprüfung

oder des ersten Rigorosums oder von Prüfungen aus Pflicht- und Wahlfächern des betriebenen Studiums im Gesamtumfang von acht Semesterwochenstunden oder im Ausmaß von 16 ECTS-Punkten nachgewiesen wird. Der Nachweis ist unabhängig von einem Wechsel der Einrichtung oder des Studiums durch Bestätigungen der im § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannten Einrichtungen zu erbringen. Für eine Verlängerung des Nachweiszeitraumes gelten die für die Verlängerung der Studienzeit genannten Gründe sinngemäß,

c) für volljährige Kinder, die wegen einer vor Vollendung des 21. Lebensjahres oder während einer späteren Berufsausbildung, jedoch spätestens vor Vollendung des 25. Lebensjahres, eingetretenen körperlichen oder geistigen Behinderung voraussichtlich dauernd außerstande sind, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen,

d) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, für die Zeit zwischen dem Abschluss der Schulausbildung und dem Beginn einer weiteren Berufsausbildung, wenn die weitere Berufsausbildung zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach Abschluss der Schulausbildung begonnen wird,

e) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, für die Zeit zwischen der Beendigung des Präsenz- oder Ausbildungs- oder Zivildienstes und dem Beginn oder der Fortsetzung der Berufsausbildung, wenn die Berufsausbildung zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach dem Ende des Präsenz- oder Zivildienstes begonnen oder fortgesetzt wird,

f) (Anm.: aufgehoben durch BGBl. I Nr. 111/2010)

g) für volljährige Kinder, die in dem Monat, in dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, den Präsenz- oder Ausbildungsdienst oder Zivildienst leisten oder davor geleistet haben, bis längstens zur Vollendung des 25. Lebensjahres, sofern sie nach Ableistung des Präsenz- oder Ausbildungsdienstes oder Zivildienstes 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; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer,

h) für volljährige Kinder, die erheblich behindert sind (§ 8 Abs. 5), das 25. 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; § 2 Abs. 1 lit. b zweiter bis letzter Satz sind nicht anzuwenden,

i) für volljährige Kinder, die sich in dem Monat, in dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, in Berufsausbildung befinden und die vor Vollendung des 24. Lebensjahres ein Kind geboren haben oder an dem Tag, an dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, schwanger sind, bis längstens zur Vollendung des 25. Lebensjahres; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer,

- j) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr vollendet haben bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres, bis längstens zum erstmöglichen Abschluss eines Studiums, wenn sie
- aa) bis zu dem Kalenderjahr, in dem sie das 19. Lebensjahr vollendet haben, dieses Studium begonnen haben, und
- bb) die gesetzliche Studiendauer dieses Studiums bis zum erstmöglichen Studienabschluss zehn oder mehr Semester beträgt, und
- cc) die gesetzliche Studiendauer dieses Studiums nicht überschritten wird,
- k) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr vollendet haben bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres, und die sich in Berufsausbildung befinden, wenn sie vor Vollendung des 24. Lebensjahres einmalig in der Dauer von acht bis zwölf Monaten eine freiwillige praktische Hilfstätigkeit bei einer von einem gemeinnützigen Träger der freien Wohlfahrtspflege zugewiesenen Einsatzstelle im Inland ausgeübt haben; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer,
- l) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die teilnehmen am
- aa) Freiwilligen Sozialjahr nach Abschnitt 2 des Freiwilligengesetzes, BGBl. I Nr. 17/2012,
- bb) Freiwilligen Umweltschutzjahr nach Abschnitt 3 des Freiwilligengesetzes, BGBl. I Nr. 17/2012,
- cc) Gedenkdienst, Friedens- und Sozialdienst im Ausland nach Abschnitt 4 des Freiwilligengesetzes, BGBl. I Nr. 17/2012,
- dd) Europäischen Freiwilligendienst nach dem Beschluss Nr. 1719/2006/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. November 2006 über die Einführung des Programms „Jugend in Aktion“ im Zeitraum 2007-2013.
- (2) Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs 1 genanntes Kind hat die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.
- (3) Im Sinne dieses Abschnittes sind Kinder einer Person
- a) deren Nachkommen,
- b) deren Wahlkinder und deren Nachkommen,
- c) deren Stiefkinder,
- d) deren Pflegekinder (§§ 186 und 186 a des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches).
- (4) Die Kosten des Unterhalts umfassen bei minderjährigen Kindern auch die Kosten der Erziehung und bei volljährigen Kindern, die für einen Beruf ausgebildet oder in ihrem Beruf fortgebildet werden, auch die Kosten der Berufsausbildung oder der Berufsbildung.

(5) Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltszugehörigkeit gilt nicht als aufgehoben, wenn

- a) sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält,*
- b) das Kind für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt,*
- c) sich das Kind wegen eines Leidens oder Gebrechens nicht nur vorübergehend in Anstaltspflege befindet, wenn die Person zu den Kosten des Unterhalts mindestens in Höhe der Familienbeihilfe für ein Kind beiträgt; handelt es sich um ein erheblich behindertes Kind, erhöht sich dieser Betrag um den Erhöhungsbetrag für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs 4).*

Ein Kind gilt bei beiden Elternteilen als haushaltszugehörig, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen, dem das Kind angehört.

(6) Bezieht ein Kind Einkünfte, die durch Gesetz als einkommensteuerfrei erklärt sind, ist bei Beurteilung der Frage, ob ein Kind auf Kosten einer Person unterhalten wird, von dem um jene Einkünfte geminderten Betrag der Kosten des Unterhalts auszugehen; in diesen Fällen trägt eine Person die Kosten des Unterhalts jedoch nur dann überwiegend, wenn sie hiezu monatlich mindestens in einem Ausmaß beiträgt, das betragsmäßig der Familienbeihilfe für ein Kind (§ 8 Abs 2) oder, wenn es sich um ein erheblich behindertes Kind handelt, der Familienbeihilfe für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs 2 und 4) entspricht.

(7) Unterhaltsleistungen auf Grund eines Ausgedinges gelten als auf Kosten des Unterhaltsleistenden erbracht, wenn der Unterhaltsleistende mit dem Empfänger der Unterhaltsleistungen verwandt oder verschwägert ist; solche Unterhaltsleistungen zählen für den Anspruch auf Familienbeihilfe auch nicht als eigene Einkünfte des Kindes.

(8) Personen haben 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.

§ 2a FLAG 1967 lautet:

(1) Gehört ein Kind zum gemeinsamen Haushalt der Eltern, so geht der Anspruch des Elternteiles, der den Haushalt überwiegend führt, dem Anspruch des anderen Elternteiles vor. Bis zum Nachweis des Gegenteils wird vermutet, daß die Mutter den Haushalt überwiegend führt.

(2) In den Fällen des Abs. 1 kann der Elternteil, der einen vorrangigen Anspruch hat, zugunsten des anderen Elternteiles verzichten. Der Verzicht kann auch rückwirkend abgegeben werden, allerdings nur für Zeiträume, für die die Familienbeihilfe noch nicht bezogen wurde. Der Verzicht kann widerrufen werden.

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 FLAG 1967 lautet:

(1) Personen, die Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe haben, haben keinen Anspruch auf Familienbeihilfe.

(2) Österreichische Staatsbürger, die gemäß Abs. 1 oder gemäß § 5 Abs. 5 vom Anspruch auf die Familienbeihilfe ausgeschlossen sind, erhalten eine Ausgleichszahlung, wenn die Höhe der gleichartigen ausländischen Beihilfe, auf die sie oder eine andere Person (§ 5 Abs. 5) Anspruch haben, geringer ist als die Familienbeihilfe, die ihnen nach diesem Bundesgesetz ansonsten zu gewähren wäre.

(3) Die Ausgleichszahlung wird in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen der gleichartigen ausländischen Beihilfe und der Familienbeihilfe, die nach diesem Bundesgesetz zu gewähren wäre, geleistet.

(4) Die Ausgleichszahlung ist jährlich nach Ablauf des Kalenderjahres, wenn aber der Anspruch auf die gleichartige ausländische Beihilfe früher erlischt, nach Erlöschen dieses Anspruches über Antrag zu gewähren.

(5) Die in ausländischer Währung gezahlten gleichartigen ausländischen Beihilfen sind nach den vom Bundesministerium für Finanzen auf Grund des § 4 Abs. 8 des Umsatzsteuergesetzes 1972, BGBl. Nr. 223/1972, in der „Wiener Zeitung“ kundgemachten jeweiligen Durchschnittskursen in inländische Währung umzurechnen.

(6) Die Ausgleichszahlung gilt als Familienbeihilfe im Sinne dieses Bundesgesetzes; die Bestimmungen über die Höhe der Familienbeihilfe finden jedoch auf die Ausgleichszahlung keine Anwendung.

(7) Der Anspruch auf die Ausgleichszahlung geht auf die Kinder, für die sie zu gewähren ist, über, wenn der Anspruchsberechtigte vor rechtzeitiger Geltendmachung des Anspruches gestorben ist. Sind mehrere anspruchsberechtigte Kinder vorhanden, ist die Ausgleichszahlung durch die Anzahl der anspruchsberechtigten Kinder zu teilen.

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

§§ 10, 11, 12, 13 FLAG 1967 lauten:

§ 10 FLAG:

(1) Die Familienbeihilfe wird, abgesehen von den Fällen des § 10a, nur auf Antrag gewährt; die Erhöhung der Familienbeihilfe für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4) ist besonders zu beantragen.

(2) Die Familienbeihilfe wird vom Beginn des Monats gewährt, in dem die Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt werden. Der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschlussgrund hinzukommt.

(3) Die Familienbeihilfe und die erhöhte Familienbeihilfe für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4) werden höchstens für fünf Jahre rückwirkend vom Beginn des Monats der Antragstellung gewährt. In Bezug auf geltend gemachte Ansprüche ist § 209 Abs. 3 der Bundesabgabenordnung, BGBl. Nr. 194/1961, anzuwenden.

(4) Für einen Monat gebührt Familienbeihilfe nur einmal.

(5) Minderjährige, die das 16. Lebensjahr vollendet haben, bedürfen zur Geltendmachung des Anspruches auf die Familienbeihilfe und zur Empfangnahme der Familienbeihilfe nicht der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters.

§ 11 FLAG:

(1) Die Familienbeihilfe wird, abgesehen von den Fällen des § 4, monatlich durch das Wohnsitzfinanzamt automationsunterstützt ausgezahlt.

(2) Die Auszahlung erfolgt durch Überweisung auf ein Girokonto bei einer inländischen oder ausländischen Kreditunternehmung. Bei berücksichtigungswürdigen Umständen erfolgt die Auszahlung mit Baranweisung.

(3) Die Gebühren für die Auszahlung der Familienbeihilfe im Inland sind aus allgemeinen Haushaltsmitteln zu tragen.

§ 12 FLAG:

(1) Das Wohnsitzfinanzamt hat bei Entstehen oder Wegfall eines Anspruches auf Familienbeihilfe eine Mitteilung auszustellen. Eine Mitteilung über den Bezug der Familienbeihilfe ist auch über begründetes Ersuchen der die Familienbeihilfe beziehenden Person auszustellen.

(2) Wird die Auszahlung der Familienbeihilfe eingestellt, ist die Person, die bislang die Familienbeihilfe bezogen hat, zu verständigen.

§ 13. Über Anträge auf Gewährung der Familienbeihilfe hat das nach dem Wohnsitz oder dem gewöhnlichen Aufenthalt der antragstellenden Person zuständige Finanzamt zu entscheiden. Insoweit einem Antrag nicht oder nicht vollinhaltlich stattzugeben ist, ist ein Bescheid zu erlassen.

§ 13 FLAG idF BGBl 40/2017 erster Satz lautet:

Über Anträge auf Gewährung der Familienbeihilfe hat das Wohnsitzfinanzamt der antragstellenden Person zu entscheiden.

§ 53 FLAG 1967 lautet:

(1) Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) sind, soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt. Hiebei ist der

ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraums nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten.

(2) Die Gleichstellung im Sinne des Abs. 1 gilt auch im Bereich der Amtssitzabkommen sowie Privilegienabkommen, soweit diese für Angestellte X Einrichtungen und haushaltszugehörige Familienmitglieder nicht österreichischer Staatsbürgerschaft einen Leistungsausschluss aus dem Familienlastenausgleich vorsehen.

(3) § 41 ist im Rahmen der Koordinierung der sozialen Sicherheit im Europäischen Wirtschaftsraum mit der Maßgabe anzuwenden, dass ein Dienstnehmer im Bundesgebiet als beschäftigt gilt, wenn er den österreichischen Rechtsvorschriften über soziale Sicherheit unterliegt.

§ 33 Abs. 3 EStG 1988 lautet:

(3) Steuerpflichtigen, denen auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, steht im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag von monatlich 58,40 Euro für jedes Kind zu. Für Kinder, die sich ständig außerhalb eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines Staates des Europäischen Wirtschaftsraumes oder der Schweiz aufhalten, steht kein Kinderabsetzbetrag zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 anzuwenden.

Unionsrecht:

Die hier (ab Oktober 2010; vgl. Antrag) maßgeblichen EU-Verordnungen, die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der Sozialen Sicherheit und die Durchführungsverordnung (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 (Geltung ab 1. Mai 2010) sind anwendbar, wenn ein Sachverhalt vorliegt, der zwei oder mehr Mitgliedstaaten berührt. Sie sind auf Unionsbürger, Staatenlose und Flüchtlinge anwendbar, und zwar für alle versicherten Personen und deren Angehörige.

Die VO 883/2004 gilt nach ihrem Art. 3 Abs. 1 Buchstabe j für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, welche Familienleistungen betreffen. Die in Rede stehende Familienbeihilfe ist eine Familienleistung im Sinne des Art. 3 der VO (EG) 883/2004 (wie folgt).

Gemäß Art 1 VO 883/2004 (Definitionen) 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; “

lit c-y) ...

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

Nach Art. 2 Abs. 1 VO 883/2004 gilt diese Verordnung für Staatsangehörige eines Mitgliedstaats, Staatenlose und Flüchtlinge mit Wohnort in dem Mitgliedstaat, für die die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, sowie für ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen.

Zu den Familienangehörigen zählt Art. 1 Abs. 1 lit. i Z 1 sub.lit. i VO 883/2004 jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Familienangehöriger bestimmt oder anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet wird. Wird nach den anzuwendenden nationalen Rechtsvorschriften eine Person nur dann als Familien- oder Haushaltsangehöriger angesehen, wenn sie mit dem Versicherten oder dem Rentner in häuslicher Gemeinschaft lebt, so gilt gemäß Art. 1 Abs. 1 lit. i Z 3 VO 883/2004 diese Voraussetzung als erfüllt, wenn der Unterhalt der betreffenden Person überwiegend von dem Versicherten oder dem Rentner bestritten wird.

Art. 3 VO 883/2004 (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.

(2) Sofern im Anhang XI nichts anderes bestimmt ist, gilt diese Verordnung für die allgemeinen und die besonderen, die auf Beiträgen beruhenden und die beitragsfreien Systeme der sozialen Sicherheit sowie für die Systeme betreffend die Verpflichtungen von Arbeitgebern und Reedern.

Art. 4 VO 883/2004 (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.

Art 7 VO 883/2004 („Aufhebung der Wohnortklauseln“):

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.

Personen, für die diese Verordnung gilt, unterliegen nach Art. 11 Abs. 1 VO 883/2004 den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats.

Art. 11 VO 883/2004 lautet auszugsweise:

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 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 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) ein Beamter unterliegt den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, dem die ihn beschäftigende Verwaltungseinheit angehört;

c) eine Person, die nach den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats Leistungen bei Arbeitslosigkeit gemäß Artikel 65 erhält, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats;

d) eine zum Wehr- oder Zivildienst eines Mitgliedstaats einberufene oder wiedereinberufene Person unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats;

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...."

Art. 13 VO 883/2004 lautet:

Ausübung von Tätigkeiten in zwei oder mehr Mitgliedstaaten

(1) Eine Person, die gewöhnlich in zwei oder mehr Mitgliedstaaten eine Beschäftigung ausübt, unterliegt:

a) den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats, wenn sie dort einen wesentlichen Teil ihrer Tätigkeit ausübt, oder

b) wenn sie im Wohnmitgliedstaat keinen wesentlichen Teil ihrer Tätigkeit ausübt,

i) den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem das Unternehmen oder der Arbeitgeber seinen Sitz oder Wohnsitz hat, sofern sie bei einem Unternehmen bzw. einem Arbeitgeber beschäftigt ist, oder

ii) den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem die Unternehmen oder Arbeitgeber ihren Sitz oder Wohnsitz haben, wenn sie bei zwei oder mehr Unternehmen oder Arbeitgebern beschäftigt ist, die ihren Sitz oder Wohnsitz in nur einem Mitgliedstaat haben, oder

iii) den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem das Unternehmen oder der Arbeitgeber außerhalb des Wohnmitgliedstaats seinen Sitz oder Wohnsitz hat, sofern sie bei zwei oder mehr Unternehmen oder Arbeitgebern beschäftigt ist, die ihre Sitze oder Wohnsitze in zwei Mitgliedstaaten haben, von denen einer der Wohnmitgliedstaat ist, oder

iv) den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats, sofern sie bei zwei oder mehr Unternehmen oder Arbeitgebern beschäftigt ist, von denen mindestens zwei ihren Sitz oder Wohnsitz in verschiedenen Mitgliedstaaten außerhalb des Wohnmitgliedstaats haben.

(2) Eine Person, die gewöhnlich in zwei oder mehr Mitgliedstaaten eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt, unterliegt:

a) den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats, wenn sie dort einen wesentlichen Teil ihrer Tätigkeit ausübt,

oder

b) den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem sich der Mittelpunkt ihrer Tätigkeiten befindet, wenn sie nicht in einem der Mitgliedstaaten wohnt, in denen sie einen wesentlichen Teil ihrer Tätigkeit ausübt.

(3) Eine Person, die gewöhnlich in verschiedenen Mitgliedstaaten eine Beschäftigung und eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem sie eine Beschäftigung ausübt, oder, wenn sie eine solche Beschäftigung in zwei oder mehr Mitgliedstaaten ausübt, den nach Absatz 1 bestimmten Rechtsvorschriften.

(4) Eine Person, die in einem Mitgliedstaat als Beamter beschäftigt ist und die eine Beschäftigung und/oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit in einem oder mehreren anderen Mitgliedstaaten ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, dem die sie beschäftigende Verwaltungseinheit angehört.

(5) Die in den Absätzen 1 bis 4 genannten Personen werden für die Zwecke der nach diesen Bestimmungen ermittelten Rechtsvorschriften so behandelt, als ob sie ihre gesamte Beschäftigung oder selbstständige Erwerbstätigkeit in dem betreffenden Mitgliedstaat ausüben und dort ihre gesamten Einkünfte erzielen würden.

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

Art. 68 VO 883/2004 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:

sub.lit. 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;

sub.lit. 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;

sub. lit. 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 Durchführungsverordnung über die vorläufige Gewährung von Leistungen erforderlichenfalls den in Absatz 2 genannten Unterschiedsbetrag;

b) der zuständige Träger des Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften vorrangig gelten, bearbeitet den Antrag, als ob er direkt bei ihm gestellt worden wäre; der Tag der Einreichung des Antrags beim ersten Träger gilt als der Tag der Einreichung bei dem Träger, der vorrangig zuständig ist.

Die Verordnung (EG) Nr. 987/2009 enthält **Durchführungsbestimmungen** zur VO 883/2004.

Art. 14 VO 987/2009 lautet:

Artikel 14

Nähere Vorschriften zu den Artikeln 12 und 13 der Grundverordnung

(1) Bei der Anwendung von Artikel 12 Absatz 1 der Grundverordnung umfassen die Worte „eine Person, die in einem Mitgliedstaat für Rechnung eines Arbeitgebers, der gewöhnlich dort tätig ist, eine Beschäftigung ausübt und die von diesem Arbeitgeber in einen anderen Mitgliedstaat entsandt wird“ auch eine Person, die im Hinblick auf die Entsendung in einen anderen Mitgliedstaat eingestellt wird, vorausgesetzt die betreffende Person unterliegt unmittelbar vor Beginn ihrer Beschäftigung bereits den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem das Unternehmen, bei dem sie eingestellt wird, seinen Sitz hat.

(2) Bei der Anwendung von Artikel 12 Absatz 1 der Grundverordnung beziehen sich die Worte „der gewöhnlich dort tätig ist“ auf einen Arbeitgeber, der gewöhnlich andere nennenswerte Tätigkeiten als reine interne Verwaltungstätigkeiten auf dem Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats, in dem das Unternehmen niedergelassen ist, ausübt, unter Berücksichtigung aller Kriterien, die die Tätigkeit des betreffenden Unternehmens

kennzeichnen; die maßgebenden Kriterien müssen auf die Besonderheiten eines jeden Arbeitgebers und die Eigenart der ausgeübten Tätigkeiten abgestimmt sein.

(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.

(4) Bei der Anwendung von Artikel 12 Absatz 2 der Grundverordnung kommt es für die Feststellung, ob die Erwerbstätigkeit, die ein Selbständiger in einem anderen Mitgliedstaat ausübt, eine „ähnliche“ Tätigkeit wie die gewöhnlich ausgeübte selbständige Erwerbstätigkeit ist, auf die tatsächliche Eigenart der Tätigkeit und nicht darauf an, ob dieser andere Mitgliedstaat diese Tätigkeit als Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit qualifiziert.

(5) Bei der Anwendung von Artikel 13 Absatz 1 der Grundverordnung beziehen sich die Worte „eine Person, die gewöhnlich in zwei oder mehr Mitgliedstaaten eine Beschäftigung ausübt“ insbesondere auf eine Person,

a) die eine Tätigkeit in einem Mitgliedstaat beibehält, aber zugleich eine gesonderte Tätigkeit in einem oder mehreren anderen Mitgliedstaaten ausübt, und zwar unabhängig von der Dauer oder der Eigenart dieser gesonderten Tätigkeit;

b) die kontinuierlich Tätigkeiten alternierend in zwei oder mehr Mitgliedstaaten nachgeht, mit der Ausnahme von unbedeutenden Tätigkeiten, und zwar unabhängig von der Häufigkeit oder der Regelmäßigkeit des Alternierens.

(6) Bei der Anwendung von Artikel 13 Absatz 2 der Grundverordnung beziehen sich die Worte „eine Person, die gewöhnlich in zwei oder mehr Mitgliedstaaten eine selbständige Erwerbstätigkeit ausübt“ insbesondere auf eine Person, die gleichzeitig oder abwechselnd eine oder mehrere gesonderte selbständige Tätigkeiten in zwei oder mehr Mitgliedstaaten ausübt, und zwar unabhängig von der Eigenart dieser Tätigkeiten.

(7) Um die Tätigkeiten nach den Absätzen 5 und 6 von den in Artikel 12 Absätze 1 und 2 der Grundverordnung beschriebenen Situationen zu unterscheiden, ist die Dauer der Tätigkeit in einem oder weiteren Mitgliedstaaten (ob dauerhaft, kurzfristiger oder vorübergehender Art) entscheidend. Zu diesem Zweck erfolgt eine Gesamtbewertung aller maßgebenden Fakten, einschließlich insbesondere, wenn es sich um einen Arbeitnehmer handelt, des Arbeitsortes, wie er im Arbeitsvertrag definiert ist.

(8) Bei der Anwendung von Artikel 13 Absätze 1 und 2 der Grundverordnung bedeutet die Ausübung „eines wesentlichen Teils der Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit“ in einem Mitgliedstaat, dass der Arbeitnehmer oder Selbständige dort einen quantitativ erheblichen Teil seiner Tätigkeit ausübt, was aber nicht notwendigerweise der größte Teil seiner Tätigkeit sein muss.

Um festzustellen, ob ein wesentlicher Teil der Tätigkeit in einem Mitgliedstaat ausgeübt wird, werden folgende Orientierungskriterien herangezogen:

- a) im Falle einer Beschäftigung die Arbeitszeit und/oder das Arbeitsentgelt und*
- b) im Falle einer selbständigen Erwerbstätigkeit der Umsatz, die Arbeitszeit, die Anzahl der erbrachten Dienstleistungen und/oder das Einkommen.*

Wird im Rahmen einer Gesamtbewertung bei den genannten Kriterien ein Anteil von weniger als 25 % erreicht, so ist dies ein Anzeichen dafür, dass ein wesentlicher Teil der Tätigkeit nicht in dem entsprechenden Mitgliedstaat ausgeübt wird.

(9) Bei der Anwendung von Artikel 13 Absatz 2 Buchstabe b der Grundverordnung wird bei Selbständigen der „Mittelpunkt ihrer Tätigkeiten“ anhand sämtlicher Merkmale bestimmt, die ihre berufliche Tätigkeit kennzeichnen; hierzu gehören namentlich der Ort, an dem sich die feste und ständige Niederlassung befindet, von dem aus die betreffende Person ihre Tätigkeiten ausübt, die gewöhnliche Art oder die Dauer der ausgeübten Tätigkeiten, die Anzahl der erbrachten Dienstleistungen sowie der sich aus sämtlichen Umständen ergebende Wille der betreffenden Person.

(10) Für die Festlegung der anzuwendenden Rechtsvorschriften nach den Absätzen 8 und 9 berücksichtigen die betroffenen Träger die für die folgenden 12 Kalendermonate angenommene Situation.

(11) Für eine Person, die ihre Beschäftigung in zwei oder mehreren Mitgliedstaaten für einen Arbeitgeber ausübt, der seinen Sitz außerhalb des Hoheitsgebiets der Union hat, gelten die Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats, wenn diese Person in einem Mitgliedstaat wohnt, in dem sie keine wesentliche Tätigkeit ausübt.

Art. 60 DVO 987/2009 lautet:

Artikel 60 Verfahren bei der Anwendung von Artikel 67 und 68 der Grundverordnung

(1) Die Familienleistungen werden bei dem zuständigen Träger beantragt. Bei der Anwendung von Artikel 67 und 68 der Grundverordnung ist, insbesondere was das Recht einer Person zur Erhebung eines Leistungsanspruchs anbelangt, die Situation der gesamten Familie in einer Weise zu berücksichtigen, als würden alle beteiligten Personen unter die Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats fallen und dort wohnen. Nimmt eine Person, die berechtigt ist, Anspruch auf die Leistungen zu erheben, dieses Recht nicht wahr, berücksichtigt der zuständige Träger des Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften anzuwenden sind, einen Antrag auf Familienleistungen, der von dem anderen Elternteil, einer als Elternteil behandelten Person oder von der Person oder Institution, die als Vormund des Kindes oder der Kinder handelt, gestellt wird.

(2) Der nach Absatz 1 in Anspruch genommene Träger prüft den Antrag anhand der detaillierten Angaben des Antragstellers und berücksichtigt dabei die gesamten tatsächlichen und rechtlichen Umstände, die die familiäre Situation des Antragstellers ausmachen.

Kommt dieser Träger zu dem Schluss, dass seine Rechtsvorschriften nach Artikel 68 Absätze 1 und 2 der Grundverordnung prioritär anzuwenden sind, so zahlt er die Familienleistungen nach den von ihm angewandten Rechtsvorschriften.

Ist dieser Träger der Meinung, dass aufgrund der Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats ein Anspruch auf einen Unterschiedsbetrag nach Artikel 68 Absatz 2 der Grundverordnung bestehen könnte, so übermittelt er den Antrag unverzüglich dem zuständigen Träger des anderen Mitgliedstaats und informiert die betreffende Person; außerdem unterrichtet er den Träger des anderen Mitgliedstaats darüber, wie er über den Antrag entschieden hat und in welcher Höhe Familienleistungen gezahlt wurden.

(3) Kommt der Träger, bei dem der Antrag gestellt wurde, zu dem Schluss, dass seine Rechtsvorschriften zwar anwendbar, aber nach Artikel 68 Absätze 1 und 2 der Grundverordnung nicht prioritär anwendbar sind, so trifft er unverzüglich eine vorläufige Entscheidung über die anzuwendenden Prioritätsregeln, leitet den Antrag nach Artikel 68 Absatz 3 der Grundverordnung an den Träger des anderen Mitgliedstaats weiter und informiert auch den Antragsteller darüber. Dieser Träger nimmt innerhalb einer Frist von zwei Monaten zu der vorläufigen Entscheidung Stellung.

Falls der Träger, an den der Antrag weitergeleitet wurde, nicht innerhalb von zwei Monaten nach Eingang des Antrags Stellung nimmt, wird die oben genannte vorläufige Entscheidung anwendbar und zahlt dieser Träger die in seinen Rechtsvorschriften vorgesehenen Leistungen und informiert den Träger, an den der Antrag gerichtet war, über die Höhe der gezahlten Leistungen.

(4) Sind sich die betreffenden Träger nicht einig, welche Rechtsvorschriften prioritär anwendbar sind, so gilt Artikel 6 Absätze 2 bis 5 der Durchführungsverordnung. Zu diesem Zweck ist der in Artikel 6 Absatz 2 der Durchführungsverordnung genannte Träger des Wohnorts der Träger des Wohnorts des Kindes oder der Kinder.

(5) Der Träger, der eine vorläufige Leistungszahlung vorgenommen hat, die höher ist als der letztlich zu seinen Lasten gehende Betrag, kann den zu viel gezahlten Betrag nach dem Verfahren des Artikels 73 der Durchführungsverordnung vom vorrangig zuständigen Träger zurückfordern.

Sachverhalt und Beschwerdeausführungen:

Der Versicherungsdatenauszug weist für die Bf die folgenden für den Rückforderungszeitraum relevanten Daten auf:

Dienstgeber/ auszahlende Stelle	Versicherungsfall	Zeitraum
Versicherungsanstalt Öffentlich Bediensteter/UniW	Angestellte	01.09.2010-30.09.2013
Wiener GKK	Beitragsgrundlage Arbeitslosenbezug	01.01.2013
AMS W-	Weiterbildungsgeld nach ALVG 1977	keine Beitragsgrundlagen
Wiener GKK	Beitragsgrundlage Wochengeldbezug	01.01.2014-01.01.2014
Wiener GKK	Beitragsgrundlage Arbeitslosenbezug	01.01.2014-01.01.2014
Wiener GKK	Wochengeldbezug Sonderfall	05.05.2014-22.09.2014
Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter	Pflichtversicherung in der KV	05.05.2014-22.09.2014
Wiener GKK	Anzeige einer Lebendgeburt	2014-2014
Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter	Anzeige einer Lebendgeburt	2014-2014
Pensions- Versicherungsanstalt	Vorläufige Versicherungszeit/ Kindererziehung *	01.07.2014-30.06.2018
Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter	Elternkarenz**	05.06.2015-30.06.2015
Uni	Angestellte	01.07.2015-15.10.2016
Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter		16.10.2016-05.02.2017
Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter	Anspruch auf Kinderbetreuungsg.	05.12.2016-04.12.2017

Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter	Beitragsgrundlage Wochengeldbezug	01.01.2017
Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter	KV B-KUVG Dienstverhältnis ohne Bezüge	05.12.2017-31.12.2017
Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter	Angestellte	01.01.2018-03.11.2019
Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter		04.11.2019-laufend

*Die Pensionsversicherungsanstalt bestätigte den Eintrag der vorläufigen Versicherungszeit wg. Kindererziehung für den Zeitraum vom 01.07.2014 bis 30.06.2018 (4 Jahre ab Geburt des Kindes). Diese Eintragung gelte vorbehaltlich künftiger Meldungen.

** Laut Auskunft der Versicherungsanstalt Öffentlich Bediensteter beitragslose Elternkarenz im angeführten Zeitraum. Im Zeitraum vom 23.09.2014 bis 04.06.2015 war die Bf laut Auskunft der Versicherung unbezahlt freigestellt ohne Beiträge (vgl. Rückforderungszeitraum Oktober 2014 bis Juni 2015).

Im (hier nicht strittigen) Folgezeitraum vom 01.07.2015 bis 05.02.2017 war die Bf versichert mit Beiträgen, danach vom 06.02.2017 bis 04.12.2017 unbezahlt freigestellt mit Weitergewährung der Freistellung bis 31.12.2017. Ab 01.01.2018 hat die Bf wieder beim ausgewiesenen Dienstgeber gearbeitet und Versicherungsbeiträge einbezahlt.

Im Zeitraum vom 01.01.2011 bis zum 30.09.2013 bezog die Bf € 55.267,05 brutto zuzüglich € 9.509,98 SZ. Im Zeitraum vom 01.07.2015 bis 31.10.2019 € 19.589,00 brutto zuzüglich SZ € 2.955,58.

Die Bf war durchgehend *auch* an ihrem Wohnsitz in Österreich polizeilich gemeldet. Sie bereitete sich an der UniUngarn auf ihre Habilitation vor und war ab dem Zeitraum des vorzeitig in Anspruch genommenen Mutterschutzes (ab Mai 2014) bis zur Wiederaufnahme ihrer Erwerbstätigkeit in Österreich (zunächst ab Juli 2015) an ihrem Familienwohnsitz in Ungarn aufhältig. Das Kind (Kind), auf das sich der gegenständlich strittige Rückforderungsanspruch bezieht, wurde am 06.2014 in Ungarn geboren und lebte bei den Eltern (vgl. ua E 401 vom 25. September 2014; Auszüge aus dem Mutter-Kind Pass; Kopie der Geburtsurkunde, Heiratsurkunde wie oben).

Der im gemeinsamen Haushalt lebende Ehegatte der Bf ist Künstler und bezog nach den Angaben der Bf und den wie oben vorgelegten Bestätigungen im hier maßgeblichen Zeitraum kein über der Geringfügigkeitsgrenze liegendes Einkommen. Zunächst war hinsichtlich des Ehegatten bestätigt worden, dass er im Wohnsitzstaat als

nicht versichert galt und in Ungarn keine Familienleistungen für das Kind der Bf (Kind) bezogen hat. Eine ungarische Versicherungskarte mit Ausstellungsdatum 21.04.2018 wurde der Abgabenbehörde vorgelegt (hier aufliegend in Ablichtung). Nach der zuletzt vorgelegten Bestätigung der in Ungarn für Familienleistungen zuständigen Kontrollbehörde war der Ehegatte seit 2009 in Ungarn beschäftigt und sei Ungarn daher seit 2009 der für Familienleistungen vorrangig zuständige Staat (vgl. oben). Der Wohnsitz der Bf und ihrer Tochter wurde nach den Angaben der Bf ab Juli 2016 (vorübergehend) bzw ab September 2016 gänzlich nach Ungarn verlegt. Der Ehegatte hat für das zweite Kind geboren 2016 Familienleistungen in Ungarn beantragt. Ab dem Zeitraum 12/2016 erfolgten Auszahlungen von ungarischen Leistungen für beide Kinder (vgl. Bezugsbestätigung vom 23.05.2017 und E 411, oben).

Dass die Bf im Rückforderungszeitraum (bzw davor) nicht der haushaltsführende Elternteil gewesen oder seitens der Bf eine Verzichts- oder Abtretungserklärung zugunsten ihres Ehegatten abgegeben worden wäre, ist nicht hervorgetreten und wurde dies auch von der Abgabenbehörde nicht behauptet (vgl. die oben in § 2a FLAG normierte Haushaltsführungsfiktion).

Die Bf hat nach ihren Angaben Familienleistungen für ihr erstes Kind sowohl in Österreich als auch in Ungarn beantragt. Dass für den vorliegend in Rede stehenden Rückforderungszeitraum in Ungarn (für das erste Kind) Auszahlungen an die Bf oder an ihren Ehegatten aufgrund eines primär zu berücksichtigenden dortigen Anspruchs erfolgt wären, ist nicht hervorgetreten. Die endgültige Verlegung des Wohnsitzes (gewöhnlicher Aufenthalt) des Kindes nach Ungarn erfolgte nach Angaben der Bf Mitte 2016.

In Streit steht im vorliegenden Fall die Frage, ob der Bezug von Wochengeld (vgl. oben Wochengeldbezug Sonderfall vom 05.05.2014 bis 22.09.2014) nach einer vorher für den Zeitraum vom 01. Oktober 2013 bis zum 06. Mai 2015 bewilligten und infolge des vorzeitigen Mutterschutzes (gesetzliche Karenz gemäß § 15 MSchG mit Karenzvereinbarung) bis zum 04. Mai 2015 unter Bezug von Weiterbildungsgeld beanspruchten Dienstfreistellung zur Weiterbildung einen Anspruch auf Gewährung der Familienbeihilfe (KG) auch für den gegenständlich strittigen Zeitraum vom Oktober 2014 bis einschließlich Juni 2015 vermitteln konnte.

Die Abgabenbehörde begründete die Rückforderung der vorliegend strittigen Familienleistungen (Zeitraum ab Beendigung des Wochengeldbezugs im Oktober 2014 bis zum Beginn der Wiederbeschäftigung ab Juli 2015) damit, dass die Bf Mutterschaftsgeld aus dem im Zeitraum vom 01. Oktober 2013 bis 04. Mai 2014 zuerkannten Weiterbildungsgeld bezogen habe. Vor Beginn des Mutterschutzes habe für mehr als sechs Monate keine tatsächliche Beschäftigung, die einer Beschäftigung iSd Art. 11 Abs. 2 der EU-Verordnung 883/2004 gleichzustellen wäre, vorgelegen, weshalb Österreich weder vor-, noch nachrangig für die Gewährung von Familienleistungen zuständig gewesen sei (vgl. Beschwerdeentscheidung). Beim an den Mutterschutz anschließenden Karenzurlaub habe es sich zwar um eine gesetzliche Karenz nach § 15 MSchG gehandelt. Die Bf habe aber davor vom 01. Oktober 2013 bis zum 04. Mai 2014 Leistungen vom

Arbeitsmarktservice erhalten (Weiterbildungsgeld; für zwischen dem Dienstgeber und der Bf vom Oktober 2013 bis ursprünglich Juni 2014 vereinbarte Weiterbildungszeit) und sei aus dem Weiterbildungsgeld das Mutterschaftsgeld bezogen worden.

Die Bf wendete unter Anführung der (zitierten) Judikatur des Obersten Gerichtshofes (im Vorlageantrag) dagegen ein, es sei in Fällen, die im Anwendungsbereich der VO 883/2004 lägen, eine im Beobachtungszeitraum des § 24 Abs. 2 KGBB (Anm. BFG: richtig wohl KBGG) vorliegende Bildungskarenz ebenso als Erwerbstätigkeit iSd Art 11 Abs 2 VO 883/2004 anzusehen wie ein Krankenstand etc. Die Rückforderung der Beträge sei daher nicht rechtmäßig.

Erwägungen und rechtliche Würdigung:

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

Es gebührt nach nationalem Recht pro Monat und Kind die Familienbeihilfe nur einmal (§ 10 Abs. 4 FLAG 1967). Daran ändert das Unionsrecht nichts (vgl. VwGH 24.02.2010, 2009/13/0241).

Außerhalb des Anwendungsbereichs der VO 883/2004 stünde der Mutter nach nationalem Recht keine Familienbeihilfe (Differenzzahlung/Ausgleichszahlung) für ihr Kind zu.

Zur Geltung der VO (EG) 883/2004 ("Soziale Sicherheit") innerhalb der Mitgliedstaaten der Europäischen Union:

Art. 288 AEUV regelt betreffend Rechtsakte der Union:

"Die Verordnung hat allgemeine Geltung. Sie ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedsstaat." (vgl. *Csaszar/Lenneis/Wanke*, Familienlastenausgleichsgesetz/Kommentar, Rz 62 zu § 3).

Nach dem Unionsrecht unterliegen Personen, für die diese Verordnung gilt, immer nur den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates (Art. 11 Abs. 1 VO), wobei bei nachrangiger Zuständigkeit (bezogen auf zwei Personen und zwei oder mehr beteiligte Mitgliedstaaten) der andere Mitgliedstaat zu einer Differenzzahlung (Ausgleichszahlung) verpflichtet sein kann (Art. 68 VO). In der Regel sind dies gemäß Art. 11 Abs. 3 lit. a VO die Rechtsvorschriften des Beschäftigungsstaates, also jenes Staates, in welchem eine selbständige oder nichtselbständige Tätigkeit ausgeübt wird, anzuwenden (vgl. *Csaszar/Lenneis/Wanke*, FLAG, § 53 Rz 60).

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

Liegt wie hier 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 06 2004 berichtigten Fassung (im Folgenden: VO 883/2004) anzuwenden.

In Anwendung der oben angeführten nationalen und unionsrechtlichen Bestimmungen folgt für den beschwerdegegenständlichen Fall:

Da die Beschwerdeführerin ungarische 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 ist, gilt die VO 883/2004 für sie sowie für ihre Familienangehörigen.

Demzufolge finden die auf Wohnortklauseln beruhenden Bestimmungen des § 2 Abs 1 FLAG 1967, welche für den Familienbeihilfenbezug auf den Wohnort im Bundesgebiet abstellen, 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.

Nach Art 4 VO 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.

Bei Anwendung des Art. 67 VO 883/2004 iVm Art. 60 Abs. 1 VO 987/2009 ist zu fingieren, dass sowohl die Voraussetzung des inländischen Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts (§ 2 Abs. 1 FLAG 1967) als auch die Voraussetzung des Mittelpunktes der Lebensinteressen im Bundesgebiet (§ 2 Abs. 8 FLAG 1967) hinsichtlich aller Mitglieder der jeweiligen Familie ("beteiligten Personen") vorliegt, auch wenn einzelne oder alle Mitglieder dieser Familie tatsächlich in einem anderen Mitgliedstaat der Union (des EWR oder der Schweiz) wohnen.

Nach Art. 60 Abs. 1 VO 987/2009 (Durchführungsverordnung zur VO 883/2004) ist in Bezug auf die die Familienleistungen regelnden Art. 67 f VO 883/2004, insbesondere was das Recht einer Person zur Erhebung eines Leistungsanspruchs anbelangt, die Situation der gesamten Familie in einer Weise zu berücksichtigen, als würden alle beteiligten Personen unter die Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats fallen und dort wohnen. Diese Fiktion bewirkt, dass die Wohnsituation auf Grundlage der im Streitzeitraum im anderen EU-Mitgliedstaat gegebenen Verhältnisse (fiktiv) ins Inland übertragen wird. Hierbei ist unionsrechtlich die Beihilfe entweder der den Unterhalt (überwiegend) leistenden Person oder der haushaltsführenden Person zu gewähren,

wobei vorrangig die haushaltsführende Person Anspruch auf die Familienleistungen hat (vgl. zuletzt EuGH C-378/14 Urteil).

Nach der wie oben zitierten Bestimmung des Artikels 60 Abs. 1 der vorliegend anzuwendenden Verordnung (EG) Nr. 987/2009 (Durchführungsverordnung zur Grundverordnung (EG) Nr. 883/2004) werden Familienleistungen beim zur Auszahlung zuständigen Träger beantragt.

Im Einzelnen gilt das Folgende:

Im beschwerdegegenständlichen Fall ist betreffend die Rückforderung des als Ausgleichszahlung bzw. Differenzzahlung ausgewiesenen Familienbeihilfenbetrages einschließlich KG (monatlich € 109,70 zuzüglich monatlich € 58,40 KG für den Zeitraum vom Oktober 2014 bis einschließlich Juni 2015) zunächst zu prüfen, ob bzw. für welche Zeiträume gem. Art 11 Abs 3 lit a VO 883/2004 eine Beschäftigung oder selbstständige Erwerbstätigkeit in Österreich 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: Ungarn) anwendbar.

Hinsichtlich des Vorliegens einer Erwerbstätigkeit oder einer Erwerbstätigkeit gleich gestellten Situation in den ersten 48 Monaten nach der Geburt:

Zwischen den Parteien des Verfahrens ist strittig, ob eine Bildungskarenz und die danach vorzeitig beanspruchte Mutterschutzzeit für den an den Mutterschutz anschließenden Zeitraum der ersten 48 Monate (im gegenständlichen Fall, nur der ersten 12 Monate) nach der Geburt eines Kindes für den Zeitraum der Kindererziehung (unter den gegebenen Umständen) den Anspruch auf Familienleistungen iSd Art 11 Abs 3 lit a iVm Art 1 lit. b VO 883/2004 begründen konnte.

Die VO 883/2004 definiert den Begriff der "Beschäftigung" 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 a der Verordnung).

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 zunächst, 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.

Die Abgabenbehörde geht von einer nicht möglichen Gleichstellung eines Krankengeldbezuges mit jenem eines Weiterbildungsgeldes aus, was sowohl in begrifflicher als auch in systematischer Hinsicht zutreffend ist. Die Behörde geht bei der Beurteilung der Voraussetzungen für einen Familienbeihilfenbezug aber

zu Unrecht davon aus, dass der Bezug von Weiterbildungsgeld im Zeitraum vor dem Wochengeldbezug einen Anspruch für den Zeitraum nach dem Wochengeldbezug, nämlich im Kindererziehungszeitraum (vorliegend bis zur Wiederaufnahme der Tätigkeit beim selben Arbeitgeber) ausschließt. Dies aus den folgenden Gründen:

Während die Bestimmung des Art 11 Abs 2 VO 883/2004 nach der Judikatur 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 – 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 mit Beschluss eine weitere Konkretisierung des in Art 68 VO 883/2004 verwendeten Begriffs „Beschäftigung“ bzw „selbstständige Erwerbstätigkeit“ vorgenommen (Beschluss Nr F1 vom 06 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" (Anm.: Hervorhebung durch BFG) , 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 die 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.

Der Beschluss Nr F1 setzt „*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 gleich. Offen bleibt in diesem Zusammenhang, inwieweit ein solcher unbezahlter *Urlaub* nach den einschlägigen (nationalen) Rechtsvorschriften einer Beschäftigung (oder selbstständigen Erwerbstätigkeit) 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 gemäß der Judikatur 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 im 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 eine einer Beschäftigung gleichgestellte Situation angenommen werden kann, die iVm Art 11 leg cit zu einer Anwendung der österreichischen Rechtsvorschriften führt (vgl auch OGH 24.3.2015, 10 Ob S 117/14z).

Nach den vorgelegten Unterlagen war die Bf während der Zeit ihrer Bildungskarenz kranken- und unfallversichert iSd § 40 Abs. 1 iVm § 6 Abs. 1 Z 4 Arbeitslosenversicherungsg (AIVG) sowie § 40a 2. Satz AIVG (Beitragsgrundlage: Arbeitslosengeldbezug/Weiterbildungsgeldbezug) und sind Personen, die Weiterbildungsgeld bzw Bildungsteilzeitgeld beziehen, außerdem in der gesetzlichen Pensionsversicherung pflichtversichert. Nach § 6 Abs. 3 AIVG werden als Versicherungen aus Mitteln der Arbeitslosenversicherung Krankenversicherung, Unfallversicherung und Pensionsversicherung für Bezieher einer Beihilfe zur Deckung des Lebensunterhaltes nach dem ArbeitsmarktserviceG, BGBl. Nr. 313/1994, §§ 33 ff über die finanziellen Leistungen, gewährt. Den diesbezüglichen Ausführungen der Bf (vgl. Vorlageantrag) ist die Abgabenbehörde nicht entgegen getreten.

A b Inanspruchnahme des Mutterschutzes (ab 05. Mai 2014) bis zum 22. September 2014 (Ende Wochengeldbezug, Sonderfall) war die Bf in der Krankenversicherung versichert.

Die Bf war laut Sozialversicherungsdatenauszug im Zeitraum ab Juli 2015 wieder beim selben Dienstgeber beschäftigt (bis zur Geburt ihres 2. Kindes).

Für den gegenständlich zu beurteilenden Zeitraum nach Wochengeldbezug (Geburt des Kindes am 06 2014; ab 06 2014 vorläufige Versicherungszeit wegen Kindererziehung

bis zum 06 2018) gilt, dem Fall des Vorliegens einer selbständigen Erwerbstätigkeit vergleichbar, das Folgende:

In einem Zeitraum, in dem eine Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit anlässlich der Geburt eines Kindes nicht mehr aktiv ausgeübt wird, gilt diese als fortgeführt, sofern keine Beendigung des Dienstverhältnisses bzw 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 § 3 Abs. 3 Z 4 GSVG sieht § 8 Abs. 1 Z 2 lit g ASVG für diesen Fall eine Teilversicherung in der Pensionsversicherung vor. Es fallen gemäß der letztgenannten Bestimmung des § 8 Abs. 1 Z 2 lit g ASVG „*Personen, die ihr Kind (§ 227a 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 § 227a Abs. 4 bis 6 im Inland erziehen, wenn sie zuletzt nach diesem Bundesgesetz pensionsversichert oder noch nicht pensionsversichert waren*“ unter diese (Teil) Versicherung(vgl. ua BFG 12.6.2019, RV/5100806/2018; BFG 17.6.2019, RV/5101466/2018 zur entsprechenden Bestimmung des § 3 Abs. 3 Z 4 GSVG).

Als vorliegend erfüllte Voraussetzung für eine Teilversicherung in der Pensionsversicherung ist bei der Bf die bisherige Pensionsversicherung nach dem ASVG anzusehen (§ 8 Abs. 1 Z 2 lit b ASVG) . Die Beschwerdeführerin galt daher nach Inanspruchnahme der Bildungskarenz und nach Bezug des Wochengeldes (§ 8 Abs. 1 Z 2 lit. a und b ASVG iVm § 6 Abs. 1 Z 4 AIVG) für die ersten 48 Monate nach der Geburt des Kindes als in der Pensionsversicherung (teil) versichert (§ 8 Abs 1 Z 2 lit. g ASVG). Gemäß § 3 Abs 1 Z 2 APG gelten ua die Zeiten der Kindererziehung iSd § 8 Abs. 1 Z 2 lit. g ASVG als Versicherungszeiten für Zwecke des Pensionskontos. Betreffend das in § 8 Abs. 1 Z 2 lit. g ASVG genannte Erfordernis einer Erziehung des Kindes im Inland ist auf die hier zitierte Judikatur des OGH zu verweisen, der zufolge 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).

Die belangte Behörde geht offenkundig davon aus, 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 tatsächlich ausgeübte Erwerbstätigkeit vorliegt. Dem ist zu entgegen, dass eine derartige Voraussetzung weder dem Unionsrecht, noch den Bestimmungen des ASVG (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 Gesetzesmaterialien 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 gelten (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 (unselbständigen) 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 auch nicht im Widerspruch zum Erkenntnis des VwGH vom 27.9.2012, 2012/16/0066. Diesem 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 (im vorliegend zu beurteilenden Fall war das Dienstverhältnis der Bf zur Uni aufrecht, was auch durch die Wiederaufnahme der Tätigkeit ab dem Zeitraum Juli 2015 dokumentiert ist), sodass nach § 2 Abs 1 Z 1 GSVG (vorliegend nach der entsprechenden Bestimmung des ASVG durchgehend) eine Pflichtversicherung bestand.

Der VwGH hat im zitierten Erkenntnis ua darauf hingewiesen, 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 eine 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 nicht abschließende 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 in Rede stehende vorübergehende Unterbrechung einer 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 steht fest, dass die Beschwerdeführerin für die ersten 48 Monate nach der Geburt ihrer Tochter (vgl. oben vom 06 2014 bis 06 2018) aufgrund der insoweit gegebenen Teilversicherung in der Pensionsversicherung gemäß Art 11 Abs 3 lit a VO 883/2004 den Rechtsvorschriften Österreichs unterlag.

Zusammenfassung:

Bei einer vorübergehenden Unterbrechung der Erwerbstätigkeit sind die jeweiligen Leistungen wegen Arbeitslosigkeit einer Erwerbstätigkeit gleichgestellt. Dies gilt entsprechend auch für die Inanspruchnahme einer Bildungskarenzzeit, während

der Weiterbildungsgeld nach dem Arbeitslosenversicherungsgesetz (ALVG) iVm ArbeitsmarktserviceG (AMSG) bezogen wird (vgl. zur Pflicht- bzw Teilversicherung oben).

Betreffend den Bezug von Wochengeld im Zeitraum 05. Mai 2014 bis 22. September 2014 fingiert Art 11 Abs 2 VO 883/2004 im beschwerdegegenständlichen Fall insoweit das Vorliegen einer Erwerbstätigkeit (vgl dazu die unter Punkt 3.2. erfolgten Ausführungen; vgl auch Beschluss Nr F1 Z 1 lit b sublit i), sodass die Beschwerdeführerin (insoweit vorliegend aber unstrittig) auch insoweit gem Art 11 Abs 3 lit a VO 883/2004 den Rechtsvorschriften Österreichs unterlag.

Hinsichtlich des Rückforderungszeitraums gilt insbesondere:

Da sowohl der Weiterbildungsgeld- als auch der Wochengeldbezug, infolge des Bestehens einer Weiterversicherung (Pflichtversicherung wie oben) als eine einer Erwerbstätigkeit gleich gestellte Situation anzusehen waren, die Bf insbesondere aber während der unbezahlten Karenzzeit (§ 15 MSchG), demnach im vorliegend zu beurteilenden Rückforderungszeitraum (Oktober 2014 bis Juni 2015) als teilversichert in der Pensionsversicherung galt, war diese Zeit als eine Erwerbstätigkeit iSd VO 883/2004 anzusehen (vgl. zur Gleichstellung einer selbständigen Erwerbstätigkeit nach dem GSVG insbesondere VwGH vom 27.9.2012, 2012/16/0066; BFG 12.6.2019, RV/5100806/2018; BFG 17.6.2019, RV/5101466/2018).

Bei Leistungen im EG-Bereich ist im Übrigen zu berücksichtigen, dass die EG-Vorschriften rechtserweiternd wirken und das nationale Recht modifizieren sowie alle Sozialleistungen in einem übergeordneten Verbund zu behandeln und zuzuordnen sind.

Bei den nunmehr bestehenden überstaatlichen Bezugspunkten erschiene es auch gerechtfertigt, im Hinblick auf den Umstand, dass Zuständigkeitswechsel bei kurzfristigen Unterbrechungen von Erwerbstätigkeiten unionsrechtlich nicht vorgesehen sind, insoweit Härten infolge Rückforderung entsprechend zu berücksichtigen. Dies unter Berücksichtigung der oben zitierten Bestimmungen des Artikels 68 Abs. 2 VO (EG) 883/2004 iVm Art 60 DVO 987/2009 (vgl. ua auch EuGH 12.6.2012, C-611/10 und C-612/10, Rn 41) .

Die Auszahlung der strittigen Beträge erfolgte aufgrund der insoweit vorliegenden Zuständigkeit Österreichs gemäß Art. 68 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 zu Recht.

Hinweis: Dass aufgrund einer im Rückforderungszeitraum bestehenden primären Zuständigkeit Ungarns an die Bf oder ihren Ehegatten im Wohnsitzstaat Ungarn Familienleistungen auszubezahlen gewesen wären bzw bezahlt wurden, ist nicht evident. Allfällige Ausgleichsansprüche gegenüber dem ungarischen Träger aufgrund einer (seit 2009 in Bezug auf den Gatten der Bf bestätigten) primären Zuständigkeit Ungarns (vgl. oben nach der Bestätigung vom 23. Mai 2017), würden sich dabei nach Artikel 6 Abs. 5 der Durchführungsverordnung (EG) 987/2009 nach Maßgabe des Titels IV Kapitel III der Durchführungsverordnung bestimmen.

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 der Beschäftigung in den ersten 48 Monaten nach der Geburt eines Kindes zum Zwecke der Kindererziehung als nichtselbständige 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 gegeben ist, liegt eine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht vor, weshalb gemäß § 25a Abs 1 VwGG spruchgemäß zu entscheiden war.

Wien, am 9. Jänner 2020