

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Mag. Regina Vogt in der Beschwerdesache ***Bf1***, ***Bf1-Adr***, vertreten durch Dr. Michael Kotschnigg, Stadlauer Straße 39/1/Top12, 1220 Wien, über die Beschwerde vom 5. Dezember 2019 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 2/20/21/22 vom 20. November 2019 betreffend Abweisung des Antrages vom 19.7.2019 auf Aufhebung der Beschwerdeverentscheidung vom 7.8.2018 gemäß § 299 Bundesabgabenordnung (BAO) zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.

Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

1. Verfahrensgang

Zum Verfahrensablauf wird zunächst auf den Vorlagebericht der belangten Behörde vom 10.7.2020 verwiesen. In diesem wird folgendes ausgeführt:

„Im Abweisungsbescheid vom 20.11.2019 wurde der Antrag der Bf. auf Aufhebung der BVE vom 07.08.2018 nach § 299 abgewiesen. Strittig ist, ob diese Abweisung rechtmäßig war.

Verfahrensverlauf:

*Am 24.07.2017 wurde der Antrag der Bf. auf Ausgleichszahlung vom ***BF1StNr1***.06.2017 für das Kind ***1*** ab April 2017 vom FA33 (Neunkirchen Wiener Neustadt) abgewiesen, da die Bf. für dieses Kind keinen Wochengeldbezug erhielt und somit keine einer Beschäftigung gleichgestellte Situation in Österreich vorlag.*

Aufgrund einer gegen diesen Bescheid eingebrachten Beschwerde wurde am 18.09.2017 eine abweisende BVE erlassen. Ein Vorlageantrag gegen diese BVE wurde nicht eingebracht.

Am 03.04.2018 stellte die Bf. ihren ersten Antrag auf Aufhebung der BVE vom 18.09.2017 nach § 299 BAO.

Dieser Antrag wurde am 16.05.2018 abgewiesen, da das FA33 von der Richtigkeit der BVE vom 18.09.2017 ausging.

Aufgrund der Beschwerde vom 14.06.2018 wurde am 07.08.2018 eine abweisende BVE erlassen. Gegen diese BVE brachte die Bf. erneut keinen Vorlageantrag ein.

Der Akt der Bf. wurde nach dieser BVE, aufgrund des Wohnsitzes der Bf., an das FA12 abgetreten.

Am 19.07.2019 brachte die Bf. erneut einen Antrag nach § 299 BAO ein. Dieses Mal richtet sich dieser Antrag gegen die BVE vom 07.08.2019. Dieser Antrag wurde vom ho. FA am 20.11.2019 abgewiesen, da das ho. FA keine Unrichtigkeit an der BVE vom 07.08.2019 feststellen konnte. Beim Bescheid vom 20.11.2019 handelt es sich um den verfahrensgegenständlichen Bescheid.

*Die daraufhin erhobene Beschwerde vom 05.***BF1StNr1***.2019 wurde mit BVE vom 11.03.2020 abgewiesen. Am 27.04.2020 brachte die Bf. ihren Vorlageantrag ein.“*

Im gegenständlichen Verfahren ist somit zu überprüfen, ob mit der Beschwerdeentscheidung vom 18.9.2017 der Antrag der Bf. auf Gewährung von Familienbeihilfe für ihren Sohn ***1*** ab April 2017 zu Recht abgewiesen worden war.

In diesem Bescheid vertrat die (damals zuständige) Behörde folgende Rechtsauffassung:

„Die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 in der ab 1. Mai 2010 gültigen Fassung regelt, welcher Mitgliedstaat für ein und denselben Zeitraum für ein und denselben Familienangehörigen vorrangig zur Gewährung der im jeweiligen Hoheitsgebiet vorgesehenen Familienleistungen verpflichtet ist.

Vorrangig muss grundsätzlich jener Mitgliedstaat die Familienleistungen gewähren, in dem eine Erwerbstätigkeit ausgeübt wird.

Sind die Elternteile in verschiedenen Mitgliedstaaten erwerbstätig, trifft die vorrangige

Verpflichtung zur Gewährung der Familienleistungen jenen Mitgliedsstaat, in dessen Gebiet die Familienangehörigen wohnen.

Sind die Familienleistungen im anderen Mitgliedsstaat höher, besteht dort gegebenenfalls ein Anspruch auf Gewährung des Unterschiedsbetrages (Artikel 68 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004).

*Gemäß dem Auszug der Sozialversicherung waren Sie bereits seit 15.02.2010 in Österreich beschäftigt. Am 07.03.2015 wurde Ihre Tochter ***2*** geboren. Aufgrund Ihrer Beschäftigung*

in Österreich wurde Ihnen für den Zeitraum 05.01.2015 - 30.05.2015 auch der Bezug von Wochengeld in Österreich bewilligt. Die Familienbeihilfe konnte für die Dauer der gesetzlichen Karenz ausbezahlt werden. Sie haben diese für den Zeitraum 03/2015 - 03/2017 auch erhalten. Nach Ablauf der Karenzzeit von 2 Jahren waren Sie weder in Österreich beschäftigt, noch haben Sie Wochengeld für das zweite Kind erhalten (lt. Auszug der Sozialversicherung).

*Am 21.04.2017 wurde Ihr Sohn ***1*** geboren.*

Da zwischen dem Ablauf der gesetzlichen Karenz für das erste Kind und der Geburt des zweiten Kindes keine Beschäftigung ausgeübt wurde und auch kein Wochengeld bezogen wurde, endet die Zuständigkeit Österreichs gemäß Rücksprache mit unserer Fachabteilung im BMFJ per 03/2017. Die Familienbeihilfe kann daher ab 04/2017 nicht gewährt werden.“

In ihrem Antrag vom 3.4.2018 auf Aufhebung dieser Beschwerdeentscheidung brachte die Bf. in der Sache folgendes vor:

„Das Kernargument der BVE, meine Mandantin sei zwischen dem Ablauf der Karenz des ersten und der Geburt ihres zweiten Kindes keiner Beschäftigung in Österreich nachgegangen, ist nicht grundlegend falsch, trifft hier aber nicht den Punkt. Zum einen hatte Frau....

für ihr erstes Kind ***2*** mit ihrem Arbeitgeber (***3*** AG) eine Karenzvereinbarung getroffen

auf Grund derer ihr erster Arbeitstag nach Ablauf der Karenz der 7.3.2017 gewesen wäre.

Bis dahin war sie in Karenz, der einer Beschäftigung gleich zu halten ist.

2.2.2. Frau.... ist (weit) vor Ablauf der Karenz für ihr erstes Kind neuerlich

schwanger geworden, sodass von einem nahtlosen Übergang der ersten in die zweite Karenz auszugehen ist. Solcherart hat meine Mandantin aus Rechtsgründen keine Gelegenheit gehabt, ihre Tätigkeit auch nur für einen einzigen Tag wieder aufzunehmen. Die folgende Zeittafel soll dies illustrieren:

20.07.2016: Beginn der neuen Schwangerschaft

11.10.2016 : Feststellung der Schwangerschaft des zweiten Kindes durch den Gynäkologen

17.10.2016: Meldung der Schwangerschaft an ***3***

24.10.2016 : neue Karenzvereinbarung mit dem 22.10.2018 als erstem Arbeitstag nach der Karenz

6.11.2016: Ende Kindergeld für das erste Kind ***2***

24.2.2017: Beginn Mutterschutz für das zweite Kind ***1***

6.3.2017: Ende der Karenzvereinbarung für das erste Kind ***2***

21.4.2017: Geburt des zweiten Kindes

16.6.2017: Ende Mutterschutz für das zweite Kind

17.6.2017: Beginn der Karenzzeit für das zweite Kind

Im weiteren Verfahren verwies die Bf. inhaltlich auf dieses Vorbringen. Als Nachweise dafür wurden die Karenzvereinbarungen mit dem Arbeitgeber für Kind 1 (31.5.2015-6.3.2017) und Kind 2 (17.6.2017-21.10.2018) sowie eine Bestätigung des Dienstgebers, wonach sich die Bf. seit 15.2.2010 in einem unbefristeten Dienstverhältnis befinde vorgelegt.

Die belangte Behörde übermittelte eine Abfrage der Versicherungszeiten der Bf. in Österreich mit folgender Aufstellung (soweit hier relevant):

15.2.2010-30.5.2015

7.3.2015-6.11.2016 Anspruch auf Kinderbetreuungsgeld

ab 22.10.2018 (Arbeitsbeginn nach Ablauf der Karenzvereinbarung für Kind 2)

Im Verfahren vor dem Bundesfinanzgericht legte die Bf. mit Schreiben bzw. E-Mail vom 19.4.2021 und vom 20.5.2021 neuerlich zwei Karenzvereinbarungen mit ihrem Arbeitgeber vor

und verwies darauf, dass sie noch während der Karenzzeit für Kind 1 mit Kind 2 schwanger wurde, sodass sie nicht arbeiten gehen habe können.

Weiters habe ihr der Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung nach Ende der Karenz zugesagt, sodass gleichsam ein „unbefristetes Dienstverhältnis“ vorliege.

Die NÖ GKK habe die Bezahlung von Wochengeld für Kind 2 lt. vorgelegtem Schreiben vom 24.2.2017 mit der Begründung verwehrt, dass die Bf. keine der in § 122 Abs. 3 ASVG geregelten Anspruchsvoraussetzungen erfülle.

Durch Vorlage von Meldebestätigungen wurde nachgewiesen, dass sich der Familienwohnsitz seit dem Jahr 2013 in Ungarn befindet.

Per E-Mail vom 29.4.2021 wurde der Bf. die ständige Rechtsprechung des Bundesfinanzgerichtes in jenen Fällen, in denen nicht zumindest eine Teilversicherung in Österreich besteht, zur Kenntnis gebracht und die Möglichkeit zur Stellungnahme dazu eingeräumt. Wörtlich wurde folgendes ausgeführt:

.....“insbesondere auf die Entscheidungen des BFG vom 9.1.2020, 704676/2016 und 24.1.2020, RV/7100389/2019 verweisen, wonach FB während eines mit dem AG bis zum 2. Geburtstag des Kindes vereinbarten Karenzurlaubes dann zusteht, wenn die Antragstellerin zumindest gem. § 8 Abs. 1 Zif.2 lit.g ASVG in der Pensionsversicherung teilversichert ist. In diesen Entscheidungen wird dargelegt, dass sich dies einerseits aus der VO (EU) 883/2004 ergibt (die auch hier unstrittig anzuwenden ist) und andererseits aus der innerstaatlichen Rechtsprechung (hier des OGH), die gem. Art. 1 lit. b iVm Art. 11 Abs. 2 der VO für die Frage heranzuziehen ist, wann eine Beschäftigung bzw. eine einer Beschäftigung gleichgestellte Situation im Sinne der VO vorliegt. Mit der gleichen Thematik beschäftigten sich etwa auch die Entscheidungen des BFG vom 2.11.2020, RV/7103381/2018 und vom 19.10.2017, RV/7103308/2017. Unstrittig war Frau weder im Zeitraum ab April 2017 noch unmittelbar davor versichert. Liegt eine einer Beschäftigung gleichgestellte Situation im Sinne der VO nicht vor, ist der Wohnmitgliedstaat für Familienleistungen zuständig.“

Die Bf. führte per E-Mail vom 20.5.2021 dazu aus, dass sie ihrer Ansicht nach Anspruch auf Kinderbetreuungsgeld gehabt hätte und sich bis zu der allfälligen Bewilligung in Ungarn versichert habe, weiters dass üblicherweise die in Ungarn aufgewendeten Sozialversicherungszeiten in Österreich rückvergütet würden unter Anrechnung der auf die betreffenden Monate entfallenden Versicherungszeiten, sowie, dass sie von der NÖ GKK noch immer nichts in Händen habe.

Der Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung wurde mit Eingabe vom 25.5.2021 zurückgezogen.

Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt

Die Bf. ist seit dem Jahr 2010 bei der Firma ***3*** in Österreich beschäftigt.

Am 5.3.2015 wurde Kind 1 geboren und mit dem Arbeitgeber eine zweijährige Karenz (5.3.2017) vereinbart.

Kinderbetreuungsgeld wurde bis 6.11.2016 bezogen. Bis dahin war die Bf. in Österreich versichert.

Vor Ablauf der Karenz für Kind 1 wurde die Bf. erneut schwanger.

Die Schutzfrist für Kind 2 begann am 24.2.2017.

Kind 2 wurde am 17.4.2017 geboren.

Anspruch auf Wochengeld bestand nicht.

Für Kind 2 wurde mit dem Arbeitgeber eine Karenzzeit bis 21.10.2018 vereinbart.

Ab dem 22.10.2018 war die Bf. wieder in Österreich versichert.

2. Beweiswürdigung

Beweis wurde aufgenommen durch Einsicht in den von der belangten Behörde übermittelten Verwaltungsakt und das ergänzende Vorbringen der Bf. im Zuge des gegenständlichen Verfahrens.

3. Rechtliche Beurteilung

4. Zu Spruchpunkt I.

§ 299 BAO lautet:

(1) Die Abgabenbehörde kann auf Antrag der Partei oder von Amts wegen einen Bescheid der Abgabenbehörde aufheben, wenn der Spruch des Bescheides sich als nicht richtigerweist. Der Antrag hat zu enthalten:

a) die Bezeichnung des aufzuhebenden Bescheides;

b) die Gründe, auf die sich die behauptete Unrichtigkeit stützt.

(2) Mit dem aufhebenden Bescheid ist der den aufgehobenen Bescheid ersetzende Bescheid zu verbinden. Dies gilt nur, wenn dieselbe Abgabenbehörde zur Erlassung beider Bescheide zuständig ist.

(3) Durch die Aufhebung des aufhebenden Bescheides (Abs. 1) tritt das Verfahren in die Lage zurück, in der es sich vor der Aufhebung (Abs. 1) befunden hat.

Gemäß § 299 Abs. 1 BAO kann ein Bescheid der Abgabenbehörde aufgehoben werden. Der Inhalt eines Bescheides ist nicht richtig, wenn der Spruch des Bescheides nicht dem Gesetz entspricht. Weshalb die Rechtswidrigkeit vorliegt (etwa bei einer unrichtigen Auslegung einer Bestimmung, bei mangelnder Kenntnis des entscheidungsrelevanten Sachverhalts, bei Übersehen von Grundlagenbescheiden), ist für die Anwendbarkeit des § 299 Abs. 1 nicht ausschlaggebend. Die Aufhebung setzt weder ein Verschulden der Abgabenbehörde noch ein Verschulden (bzw. ein Nichtverschulden) des Bescheidadressaten voraus. Die Aufhebung setzt die Gewissheit der Rechtswidrigkeit voraus; die bloße Möglichkeit reicht nicht aus (Ritz, BAO 6, § 299, Tz 10, 11 und 13).

Gegenständlich bedarf es daher vorerst der Bescheidüberprüfung nach dem Maßstab des materiellen Rechts, weil nur die Feststellung der inhaltlichen Rechtswidrigkeit seine Aufhebung rechtfertigt (vgl. VwGH 10.5.1988, 85/14/0034: Zu den Voraussetzungen der Anwendung des § 299 BAO - gleichgültig ob zum Vorteil oder zum Nachteil des Abgabepflichtigen - gehört eine nicht bloß geringfügige Rechtswidrigkeit).

Zu prüfen ist daher die Frage, ob der Bf. ab der Geburt des Kindes 2 (April 2017) Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge zustehen oder nicht.

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

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

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

Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben gemäß § 3 Abs. 1 FLAG 1967 nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl I Nr 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhalten. Anspruch auf Familienbeihilfe besteht nach § 3 Abs. 2 FLAG 1967 für Kinder, die nichtösterreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 NAG rechtmäßig in Österreich aufhalten.

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

Nach § 53 Abs. 1 FLAG 1967 sind "Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum(EWR) ..., soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, in diesem Bundesgesetzösterreichischen Staatsbürgern gleichgestellt. Hierbei 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."

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

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

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

(2) (...)“

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

Zu den im österreichischen Recht vorgesehenen Familienleistungen in diesem Sinn gehören unter anderem die im FLAG 1967 geregelte Familienbeihilfe, der im EStG 1988 geregelte Kinderabsetzbetrag sowie das Kinderbetreuungsgeld iSd KBGG (Gebhart in Lenneis/Wanke (Hrsg), FLAG² § 53 Rz 148f).

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.

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

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

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

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

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

Demnach finden die durch den Anwendungsvorrang dieser Bestimmung verdrängten Bestimmungen des § 3 Abs. 1 und 2 FLAG 1967 mit besonderen Voraussetzungen für Personen, die nichtösterreichische Staatsbürger sind, auf die Beschwerdeführerin und ihre Familienangehörigen keine Anwendung.

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

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

„Eine Person hat auch für Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats, als ob die Familienangehörigen in diesem Mitgliedstaat wohnen würden. (...)“

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

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

1. 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 Erwerbstätigkeitsausgelösten 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:

1. bei Ansprüchen, die durch eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeitsausgelöst 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;
2. 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.

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

Art. 11 der VO 883/2004 lautet:

„(1) Personen, für die diese Verordnung gilt, unterliegen den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Welche Rechtsvorschriften dies sind, bestimmt sich nach diesem Titel.

(2) Für die Zwecke dieses Titels wird bei Personen, die aufgrund oder infolge ihrer Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit eine Geldleistung beziehen, davonausgegangen, 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;

.....

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.

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

Art. 1 lit b der 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“.

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

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

Einheitliche europarechtliche Begriffsbestimmungen existieren somit – außerhalb des Anwendungsbereichs des Art. 11 Abs. 2 VO 883/2004 – in Bezug auf die in Rede stehende, der

Ausübung einer Tätigkeit gleichgestellte Situation nicht. Die Verwaltungskommission für die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (im Folgenden: die Verwaltungskommission) hat allerdings mit Beschluss eine weitere Konkretisierung des in Art 68 VO 883/2004 verwendeten Begriffs „Beschäftigung“ bzw „selbständige Erwerbstätigkeit“ vorgenommen (Beschluss Nr. F1 vom 12. Juni 2009 zur Auslegung des Artikels 68 der Verordnung (EG)Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates hinsichtlich der Prioritätsregeln beim Zusammentreffen von Familienleistungen [2010/C 106/04], ABl 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 selbständigen Erwerbstätigkeit (zB wegen Urlaubs, Arbeitslosigkeit etc) zum Teil unterschiedlich behandelt werden (vgl Erwägungsgrund 2 zum Beschluss Nr. F1).

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

- a) aufgrund einer tatsächlichen Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit oder auch
- b) während Zeiten einer vorübergehenden Unterbrechung einer solchen Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit
- i) wegen Krankheit, Mutterschaft, Arbeitsunfall, Berufskrankheit oder Arbeitslosigkeit, solange Arbeitsentgelt oder andere Leistungen als Renten in Zusammenhang mit diesen Versicherungsfällen zu zahlen sind, oder
- ii) durch bezahlten Urlaub, Streik oder Aussperrung oder
- iii) durch unbezahlten Urlaub zum Zweck der Kindererziehung, *solange dieser Urlaub nach den einschlägigen Rechtsvorschriften einer Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit gleichgestellt ist.*“

Zwar bezieht sich der Beschluss Nr. F1 auf die Prioritätsregeln des Art 68 VO 883/2004; da die Prioritätsregeln aber an 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.

Tatsache ist, dass die Bf. kein Wochengeld bezogen hat. Ob zu Recht oder zu Unrecht ist nicht vom Bundesfinanzgericht zu prüfen. Es lag daher jedenfalls bis zum Beginn der Karenz lt. Karenzvereinbarung (17.6.2017) schon aus diesem Grund keine einer Beschäftigung gleichgestellte Situation im Sinne der Verordnung vor.

Für den beschwerdegegenständlichen Fall ist wesentlich, dass der Beschluss Nr. F1 „unbezahlten Urlaub zum Zweck der Kindererziehung, solange dieser Urlaub nach den einschlägigen innerstaatlichen Rechtsvorschriften einer Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit gleichgestellt ist“, während Zeiten einer vorübergehenden Unterbrechung einer Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit der tatsächlichen Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit gleichsetzt. Offen bleibt damit jedoch, inwieweit ein solcher unbezahlter Urlaub nach den einschlägigen (nationalen) Rechtsvorschriften einer Beschäftigung oder selbstständigen 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, ABl 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 (10ObS 35/11m) die Ansicht, dass die Arbeitnehmereigenschaft iSd Art. 1 lit a VO (EWG) 1408/71 iSd Rsp des EuGH auch während des Zeitraums einer sechsmonatigen Verlängerung der Karenz gegeben sei, weil während dieser Zeit nach § 8 Abs. 1 Z 2 lit g ASVG eine Teilversicherung in der Pensionsversicherung bestand. Die Voraussetzung der Erziehung eines Kindes in den ersten 48 Lebensmonaten im Inland liege vor, weil das Erfordernis einer Erziehung im Inland zur Vermeidung einer Diskriminierung so zu verstehen sei, dass auch eine Erziehung des Kindes in der Schweiz unschädlich ist. Gleiches gilt für die Erziehung eines Kindes in einem anderen EU-Mitgliedstaat (vgl OGH 24.4.2015, 10 Ob S 117/14z).

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

Auch die Verwaltungskommission stellt in Erwägungsgrund 5 zum Beschluss Nr. F1 Bezug auf die Rechtsprechung des EuGH in der Rs C-543/03, Dodl und Oberhollenzer fest: „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 selbstständige Erwerbstätigkeit gemäß Artikel 68 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 gelten.“

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

Voraussetzung für eine Teilversicherung in der Pensionsversicherung ist gemäß § 8 Abs. 1 Z 2 lit. g ASVG die bisherige Pensionsversicherung nach dem ASVG (vgl. z.B. BFG vom 9.1.2020, RV/7104676/2016 und vom 24.1.2020, RV/7100389/2019).

Zu Beginn des mit dem Arbeitgeber vereinbarten (unbezahlten) Karenzurlaubes für Kind 2 war die Bf. jedoch unstrittig nicht in Österreich zumindest pensionsversichert.

Da somit eine nach den inländischen Rechtsvorschriften eine „einer Beschäftigung gleichgestellte Situation“ im Sinne des Beschlusses F1 nicht vorliegt, ergibt sich nach der VO 883/2004 kein Anknüpfungspunkt für die Gewährung der Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbeträge durch Österreich. (vgl. BFG vom 15.1.2021, RV/5101273/2020). Die Bf. unterliegt daher gem. Art. 11 Abs. 3 lit. e der VO 883/2004 hinsichtlich der Gewährung von Familienleistungen den Rechtsvorschriften ihres Wohnmitgliedstaates Ungarn.

Da sich somit die Beschwerdeentscheidung vom 7.8.2018 als rechtsrichtig erweist, war der (rechtzeitig gestellte) Antrag vom 19.7.2019 auf Aufhebung ebendieser Beschwerdeentscheidung als unbegründet abzuweisen.

Zu Spruchpunkt II. (Revision)

a) Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche

Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Die Entscheidung im gegenständlichen Fall hing jedoch von der Lösung der *Sachverhaltsfrage* ab, ob die Bf. vor Beginn der unbezahlten Karenz in einem Zweig der Österreichischen Sozialversicherung versichert war.

Wien, am 8. Juni 2021