

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Elisabeth Wanke über die Beschwerde des A B, Adresse_Österreich, vertreten durch Memo Wirtschaftstreuhand GmbH, 3500 Krems an der Donau, Utzstraße 11/4, vom 30.9.2010, gegen den Bescheid des Finanzamtes Waldviertel, 3500 Krems an der Donau, Rechte Kremszeile 58, vom 24.8.2010, wonach zu Unrecht bezogene Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für C B, geboren im April 2009, für D E, geboren im September 1993 und für "Dr. F B sen" (richtig: F B), geboren im April 2001, jeweils für die Zeiträume Juni 2009 bis Juni 2010 zurückgefordert werden, Sozialversicherungsnummer X, Rückforderungsbetrag Euro 7.832,80, zu Recht erkannt:

I. Der Beschwerde wird gemäß § 279 Abs. 1 Bundesabgabenordnung (BAO) Folge geben.

Der angefochtene Bescheid wird ersatzlos aufgehoben.

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

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw) und nunmehriger Beschwerdeführer (Bf), A B, ist polnischer Staatsbürger, war ab September 2006 in Österreich als Kunstrestaurator gewerblich selbständig tätig gemeldet und bezog für drei mit der Mutter G E-B in Polen lebende Kinder (D, geb. September 1993, F, geb. April 2001, C, geb. April 2009) Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge.

Mit Formular Beih 1 vom 30.4.2010 gab der Bw dem Finanzamt bekannt, dass er seit Mai 2009 bei einem näher bezeichneten Dienstgeber nichtselbständig beschäftigt sei.

Mit Bescheid vom 24.8.2010 forderte das Finanzamt die vom Bw. für seine Kinder für den Zeitraum vom Juni 2009 bis Juni 2010 bezogenen Beträge an Familienbeihilfe in Höhe von Euro 5.555,20 und Kinderabsetzbeträgen in Höhe von Euro 2.277,60 als zu Unrecht bezogen zurück und verpflichtete den Bw gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 i.V.m. § 33 Abs.

4 Z 3 lit. a EStG 1988 (richtig seit der Novelle BGBl. I Nr. 26/2009: § 33 Abs. 3 EStG 1988) den Rückforderungsbetrag in Höhe von € 7.832,80 zurückzuzahlen.

Der Rückforderungsbescheid wurde wie folgt begründet:

Gemäß § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) haben Personen, die nicht Österreichische Staatsbürgerinnen sind, Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Nach Abs. 2 dieser Bestimmung besteht Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die nicht Österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. Nr. 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Weiters ist zu beachten, dass seit dem 1. Mai 2004, mit dem Beitritt Polens zur EU, auf polnische Staatsbürger die bisher gültige EU/EWR-Verordnung Nr. 1408 anzuwenden war.

Gemäß Art 3 der VO (EWG) Nr. 1408/71 haben Personen, die im Gebiet eines Mitgliedstaates wohnen und für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten auf Grund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats, wie die Staatsangehörigen dieses Staates, soweit besondere Bestimmungen dieser Verordnung nichts anderes vorsehen.

Mit dem EU-Erweiterungs-Anpassungsgesetz, BGBl. I 2004/28, hat Österreich den Beitritt der neuen Mitgliedstaaten umgesetzt und von der vertraglichen Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Arbeitnehmerfreizügigkeit für die neuen EU-Staatsbürger einzuschränken. Österreich kann Übergangsbestimmungen hinsichtlich der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Dienstleistungsfreiheit für die neuen EU-Bürger für maximal sieben Jahre einführen. Für Staatsangehörige der neu beigetretenen Staaten (mit Ausnahme Maltas und Zyperns) wird im § 32a Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslEG) normiert, dass sie nicht unter die Ausnahme für EWR-Bürger (§ 1 Abs. 2 lit 1 AuslEG) fallen. Neue EU-Bürger unterliegen für die Dauer der Anwendung des Übergangsarrangements (dh bis maximal 30. 4. 2011) weiterhin dem AuslBG.

Für polnische Arbeitnehmer besteht daher grundsätzlich Bewilligungspflicht nach dem AuslBG.

Da seitens des AMS für den Zeitraum Juni 2009 bis Juni 2010 keine erforderlichen Bewilligungen vorgelegen sind, waren Sie als Arbeitnehmer nicht rechtmäßig beschäftigt.

Mangels Rechtmäßigkeit der nichtselbständigen Beschäftigung war der Antrag auf Familienbeihilfe abzuweisen.

Für den oben genannten Zeitraum, war die Familienbeihilfe daher zurückzufordern.

Gegen Rückforderungsbescheid vom 24.8.2010 (in der Berufung wird als Datum 25.8.2010, zugestellt am 30.8.2010, angegeben) erhob der Bw durch seinen steuerlichen Vertreter Berufung mit dem Antrag, den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufzuheben:

Begründung: Bei Begründung des Arbeitsverhältnisses im Juni 2009 war mein Klient der Meinung, für seine Art der Tätigkeit (Künstler) sei die Einholung einer Bewilligung nach dem AuslBG nicht nötig, da er diese Tätigkeit zuvor bereits auf selbständiger Basis in Österreich ausgeübt hat. Vom Erfordernis des Vorliegens einer Bewilligung nach dem AuslBG hat er erst im Zuge der Einstellung der FBZahlungen erfahren. In der Folge hat er sofort den Antrag auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung nach dem AuslBG gestellt und diese auch umgehend erhalten.

Wäre mein Klient nicht falsch informiert worden, hätte er bereits vor Begründung des Arbeitsverhältnisses diese Bewilligung eingeholt.

Das Finanzamt legte am 9.10.2010 die Berufung dem Unabhängigen Finanzsenat als damaliger Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung vor.

Aktenkundig sind auch ein Formular E 411, Schulbesuchsbestätigungen für F und D, eine Bestätigung, dass die Mutter in Polen für die drei Kinder kein Kindergeld bezieht und keinen Antrag auf das Kindergeld für die neue Periode 2009/2010 gestellt hat, ein Sozialversicherungsdatenauszug, eine Auskunft des AMS und schließlich ein Bescheid des AMS vom 29.7.2010, wonach dem Arbeitgeber auf Grund seines Antrages gemäß § 4 AuslB G, BGBl 218/1975, idgF, unter bestimmten Auflagen gemäß § 8 Abs 1 und 2 AuslBG die Beschäftigungsbewilligung (Künstler) für den Bw für die berufliche Tätigkeit als Restaurator für die Zeit vom 30. Juli 2010 bis 29. Juli 2011 für den örtlichen Geltungsbereich Krems erteilt wird.

Gemäß § 323 Abs. 38 BAO sind am 31.12.2013 beim Unabhängigen Finanzsenat anhängig gewesenen Berufungen vom Bundesfinanzgericht als Beschwerden im Sinn des Art. 130 Abs. 1 B-VG zu erledigen sind.

Am 28.7.2014 erfolgte auf Grund langanhaltender Erkrankung der zunächst zuständig gewesenen RichterIn des BFG ein Wechsel der RichterIn gemäß § 9 Abs. 9 BFGG.

Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

Sachverhalt

Aus dem Akt des Finanzamtes ergibt sich folgender nicht strittiger Sachverhalt:

Der Bf A B ist polnischer Staatsbürger, verheiratet mit G E-B, die ebenfalls polnische Staatsbürgerin ist.

Der Familienwohnsitz befand sich laut eingereichtem Formular Beih 1 vom 30.04.2010 im strittigen Zeitraum in Polen (Adresse_Polen).

Die Kinder F und D besuchten laut den vorgelegten Bestätigungen im Schuljahr 2009/2010 die Schule in Polen, das Kind C war im streitgegenständlichen Zeitraum noch nicht schulpflichtig.

Laut Sozialversicherungsdatenauszug vom 18.6.2010 (bzw. 5.8.2013) war der Bf in Österreich von 1.9.2006 bis 31.5.2009 gewerblich selbständig Erwerbstätiger (wobei ab Oktober 2006 keine Beiträge bezahlt wurden) und ab 5.5.2009 (bis 14.7.2010) war der Bf als Arbeiter beschäftigt.

Laut Schriftverkehr zwischen dem AMS Krems und dem Finanzamt (e-Mail vom 8.11.2010) gab das AMS dem Finanzamt bekannt, dass der Bf seit 2007 einen gültigen Aufenthaltstitel habe und sich daher in Österreich aufhalten dürfe. Die Beschäftigung des Bf von 5.5.2009 bis 14.7.2010 wäre zwar bewilligungspflichtig gewesen, dies habe aber keinen Einfluss auf die Zu- oder Aberkennung des Arbeitslosengeldes, dem Bf stehe daher ab 26.7.2010 rechtlich korrekt das Arbeitslosengeld zu. Das AMS habe bereits eine Beschäftigungsbewilligung (gültig von 30.7.2010 bis 29.7.2011) erteilt.

Laut vorgelegter Bescheinigung vom 22.3.2010 wurde an die Ehefrau des Bf in Polen kein Kindergeld ausbezahlt. Laut Formular E411 (Anfrage betreffend den Anspruch auf Familienleistungen in dem Mitgliedstaat, in dem die Familienangehörigen wohnen) vom 9.6.2010 hat die Ehefrau des Bw. im Zeitraum ab 8.1.2009 keine berufliche Tätigkeit in Polen ausgeübt und für den Zeitraum ab 1.1.2009 keinen Antrag auf Familienleistungen in Polen gestellt.

Der Bf hat im Zeitraum Juni 2009 bis Juni 2010 für seine drei Kinder insgesamt an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag Euro 7.832,80 erhalten.

Rechtsgrundlagen

§ 2 FLAG 1967 lautet auszugsweise:

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

a) für minderjährige Kinder, ...

(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....

(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.

§ 3 FLAG 1967 lautet:

§ 3. (1) *Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben 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.*

(2) *Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.*

(3) *Abweichend von Abs. 1 haben Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 2005 (AsylG 2005), BGBl. I Nr. 100, gewährt wurde, Anspruch auf Familienbeihilfe. Anspruch besteht auch für Kinder, denen nach dem Asylgesetz 2005 Asyl gewährt wurde.*

(4) *Abweichend von Abs. 1 haben Personen, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde, Anspruch auf Familienbeihilfe, sofern sie keine Leistungen aus der Grundversorgung erhalten und unselbständig oder selbständig erwerbstätig sind. Anspruch besteht auch für Kinder, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde.*

(5) *In den Fällen des Abs. 2, Abs. 3 letzter Satz und Abs. 4 letzter Satz wird für nachgeborene Kinder die Familienbeihilfe rückwirkend gewährt. Gleiches gilt für Adoptiv- und Pflegekinder, rückwirkend bis zur Begründung des Mittelpunktes der Lebensinteressen im Bundesgebiet (§ 2 Abs. 8) durch den Elternteil und das Kind. Als nachgeborene Kinder gelten jene Kinder, die nach dem Zeitpunkt der Erteilung des Aufenthaltstitels oder der Zuerkennung des Status des Asylberechtigten oder subsidiär Schutzberechtigten an den zusammenführenden Fremden geboren werden.*

§ 5 Abs. 3 FLAG 1967 lautet:

(3) *Kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.*

§ 53 Abs. 1 FLAG 1967 lautet:

§ 53. (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.*

§ 26 FLAG 1967 lautet:

§ 26. (1) *Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.*

(2) *Zurückzuzahlende Beträge nach Abs. 1 können auf fällige oder fällig werdende Familienbeihilfen angerechnet werden.*

(3) Für die Rückzahlung eines zu Unrecht bezogenen Betrages an Familienbeihilfe haftet auch derjenige Elternteil des Kindes, der mit dem Rückzahlungspflichtigen in der Zeit, in der die Familienbeihilfe für das Kind zu Unrecht bezogen worden ist, im gemeinsamen Haushalt gelebt hat.

(4) Die Oberbehörden sind ermächtigt, in Ausübung des Aufsichtsrechtes die nachgeordneten Abgabenbehörden anzuweisen, von der Rückforderung des unrechtmäßigen Bezuges abzusehen, wenn die Rückforderung unbillig wäre.

§ 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 im Ausland aufhalten, steht kein Kinderabsetzbetrag zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 anzuwenden.

Auf den gegenständlichen Fall ist zunächst die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, in der konsolidierten Fassung ABIEG Nr. L 28 vom 30.1.1997 (im Folgenden VO 1408/71) anzuwenden.

Polen ist seit Mai 2004 Mitglied der Europäischen Union.

Die VO 1408/71 gilt nach ihrem Art. 4 Abs. 1 Buchstabe h für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, welche Familienleistungen betreffen. Die in Rede stehende Familienbeihilfe ist ohne Zweifel eine Familienleistung iSd Art. 1 Buchstabe u sublit. i der Verordnung Nr. 1408/71.

Zu den Familienangehörigen zählt Art 1 lit f der Verordnung jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Familienangehöriger bestimmt, anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet ist; wird nach diesen Rechtsvorschriften eine Person nur dann als Familienangehöriger oder Haushaltsangehöriger angesehen, wenn sie mit dem Arbeitnehmer oder dem Selbstständigen (oder dem Studierenden) in häuslicher Gemeinschaft lebt, so gilt diese Voraussetzung als erfüllt, wenn der Unterhalt der betreffenden Person überwiegend von diesem bestritten wird.

Art. 13 Abs 1 der VO 1408/71 bestimmt, dass - vorbehaltlich hier nicht in Betracht kommender Sonderbestimmungen - Personen, für die diese VO gilt, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats unterliegen.

Art. 13 Abs 2 lit a VO 1408/71 (VO) lautet:

Eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats abhängig beschäftigt ist, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Staates, und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines

anderen Mitgliedstaats wohnt oder ihr Arbeitgeber oder das Unternehmen, das sie beschäftigt, seinen Wohnsitz oder Betriebssitz im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats hat;

Nach Art. 73 der VO 1408/71 hat ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegt, vorbehaltlich der Bestimmungen in Anhang VI, für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des ersten Staates, als ob diese Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnten.

Für den Streitzeitraum Mai und Juni 2010 ist die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (im Folgenden: VO 883/2004) maßgebend.

Nach Art. 2 Abs. 1 der 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. Personen, für die diese Verordnung gilt, unterliegen nach Art. 11 der genannten VO den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats.

Nach Art. 11 Abs. 3 lit.a der VO unterliegt eine Person, die in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung oder selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt, den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats. Bei Personen, die aufgrund oder infolge ihrer Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit eine Geldleistung beziehen, wird davon ausgegangen, dass sie diese Beschäftigung oder Tätigkeit ausüben.

Beschwerdevorbringen

Der Bf bringt gegen den angefochtenen Bescheid vor, er sei der Meinung gewesen, für seine Art der Tätigkeit sei eine Beschäftigungsbewilligung nicht erforderlich gewesen und habe nach Kenntnis der Notwendigkeit einer Beschäftigungsbewilligung sofort eine erhalten.

Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides

Damit zeigt der Bf eine Rechtswidrigkeit (Art. 132 Abs. 1 Z 1 B-VG) des angefochtenen Bescheides nicht auf. Die Unkenntnis von Rechtsvorschriften steht einer Rückforderung nach § 26 FLAG 1967 bzw. § 33 Abs. 3 EStG 1988 grundsätzlich nicht entgegen.

Dennoch ist der angefochtene Bescheid aus einem anderen Grund rechtswidrig, diesen Umstand hat das Bundesfinanzgericht gemäß § 279 BAO von Amts wegen aufzugreifen.

Da der Bf im strittigen Zeitraum ausschließlich in Österreich eine nichtselbständige Beschäftigung ausübte und seine Ehefrau laut Aktenlage in Polen nicht beschäftigt

war, unterliegt der Bf nach Unionsrecht den österreichischen Rechtsvorschriften; dies wird auch vom Finanzamt nicht bestritten (für den Zeitraum der selbständigen Tätigkeit des Bw. – bis Mai 2009 - wurde durch das Finanzamt die volle Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag laufend gewährt und auch nicht rückgefordert).

Für den Bf gilt als Bürger der Union unionsrechtliches Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht. Er hält sich daher in Österreich rechtmäßig i.S.d. § 9 NAG auf.

Dieses Recht auf Freizügigkeit wurde hinsichtlich der Aufnahme einer Beschäftigung im Vertrag über den Beitritt Polens zur Europäischen Gemeinschaft eingeschränkt. Die Einschränkung der Freizügigkeit polnischer Staatsbürger ergibt sich aus Art. 24 und aus den Übergangsbestimmungen des Anhangs XII Nr. 2 bis 14 der Beitrittsakte. Das AuslBG ist daher grundsätzlich auf polnische Staatsbürger und auf Sachverhalte, die sich nach dem 30.4.2004 ereigneten, anzuwenden. Davon wiederum ausgenommen sind allerdings jene Personen, die schon seit dem Beitritt Polens oder danach rechtmäßig beschäftigt sind oder seit fünf Jahren im Bundesgebiet niedergelassen sind und eine erlaubte Erwerbstätigkeit ausüben.

Anlässlich der Erweiterungen der EU mit 1.5.2004 und mit 1.1.2007 wurden für Staatsangehörige einiger neuer Mitgliedsländer Übergangsbestimmungen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit und Dienstleistungsfreiheit in den Beitrittsverträgen vom 16.4.2003 und vom 25.4.2005 vereinbart. Diese Einschränkungen betreffen nur die Freizügigkeit für die Zwecke der Arbeitsaufnahme und können je nach Mitgliedstaat variieren. Für Staatsangehörige von Tschechien, Estland, Lettland, Litauen, Ungarn, Polen, Slowenien und der Slowakei endete die Übergangsfrist nach Ablauf der sieben Jahre endgültig am 30.4.2011. Während dieser Übergangsfrist bedarf die Ausübung einer nichtselbständigen Tätigkeit einer Arbeitserlaubnis, eines Befreiungsscheines, eines Niederlassungsnachweises oder einer Bestätigung gemäß § 32a AuslBG. Während der Geltung der Übergangsregelung sind für Staatsangehörige dieser Länder weiterhin Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes maßgebend.

Zahlreiche Entscheidungen des UFS verlangten bis zum Erkenntnis VwGH 29.9.2010, 2008/13/0160 für Unionsbürger aus Mitgliedstaaten, für die hinsichtlich des freien Arbeitsmarktzuganges eine Übergangsregelung gilt, das Vorliegen einer „echten“ selbständigen Tätigkeit oder einer rechtlich zulässigen nichtselbständigen Tätigkeit.

Das nationale Recht im FLAG enthält seit 1.1.2006 keine Bestimmung, dass die Beschäftigung nicht gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer verstoßen darf. Seit 1.1.2006 kommt es schon nach dem nationalen Recht nur auf einen aufrechten Aufenthaltstitel nach §§ 8 oder 9 NAG an (vgl. Aigner/Wanke in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 3 Rz 188 m.w.N.). Der rechtmäßige Aufenthalt in Österreich ist im gegenständlichen Fall gegeben.

Eine Person besitzt die Arbeitnehmereigenschaft i.S.d. der VO 1408/71, wenn sie auch nur gegen ein einziges Risiko im Rahmen eines der in Artikel 1 Buchstabe a dieser Verordnung genannten allgemeinen oder besonderen Systeme der sozialen Sicherheit

pflichtversichert oder freiwillig versichert ist, und zwar unabhängig vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses (EuGH 24.2.2005, C-543/03, Dodl und Oberhollenzer). Die VO erstreckt sich daher auf jede Person, welche, ob sie nun eine Erwerbstätigkeit ausübt oder nicht, die Versicherteneigenschaft nach den für die soziale Sicherheit geltenden Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten besitzt (EuGH 31.5.1979, 182/78, Pierik II; EuGH 4.5.1999, C-262/96, Sürül).

Das Unionsrecht verknüpft im Allgemeinen den Bezug von Familienleistungen für (seinerzeitige) „Wanderarbeiter“ mit einer aufrechten Versicherung für Erwerbstätige in Österreich, nicht aber mit der Rechtmäßigkeit einer Beschäftigung, eben weil die VO 1408/71 auch anwendbar ist, wenn kein Arbeitsverhältnis, sondern nur eine Versicherung besteht (vgl. EuGH 24.2.2005, C-543/03, Dodl und Oberhollenzer).

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (beginnend mit VwGH 22.2.2012, 2011/16/0236) ist nach dem klaren Wortlaut der unionsrechtlichen Vorschriften die Anwendung der VO 1408/71 durch die Beitrittsakte nicht eingeschränkt, denn die in Anhang XII angeführten Maßnahmen erwähnen nicht die VO 1408/71. Ebenso könne eine Verletzung der Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes die Anwendung der Verordnung (EWG) 1408/71 nicht verhindern.

Diese Rechtsprechung ist auf die im hier strittigen Zeitraum Mai und Juni 2010 anzuwendende Verordnung (EG) Nr. 883/2004 (VO 883/2004) sinngemäß anzuwenden.

Andere Rückforderungsgründe als die fehlende Beschäftigungsbewilligung werden im Rückforderungsbescheid nicht genannt und sind nach der Aktenlage auch nicht ersichtlich.

Der angefochtene Rückforderungsbescheid steht somit in Widerspruch zum Recht der Europäischen Union.

Der angefochtene Bescheid erweist sich daher als mit Rechtswidrigkeit (Art. 132 Abs. 1 Z 1 B-VG) behaftet, der als Beschwerde weiterwirkenden Berufung ist gemäß § 279 BAO Folge zu geben und der angefochtene Bescheid ersatzlos aufzuheben.

Gemäß § 25 Abs. 1 BFGG und § 282 BAO ist das Finanzamt verpflichtet, im gegenständlichen Fall mit den ihm zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des Bundesfinanzgerichtes entsprechenden Rechtszustand herzustellen und die entsprechenden Verbuchungen vorzunehmen.

Nichtzulässigkeit einer Revision

Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) eine Revision nicht zulässig, da der hier zu lösenden Rechtsfrage keine grundsätzliche Bedeutung zukommt. Das Bundesfinanzgericht folgt der dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes.

Wien, am 11. August 2014