

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Dr. Gerhild Fellner
in der Beschwerdesache des Adr,
betreffend die Bescheide des Finanzamtes Feldkirch vom 26.01.2016
hinsichtlich

- 1.) Abweisung eines Antrages auf Ausgleichszahlung gemäß Verordnung (EG) Nr. 883/2004 (DZ) ab September 2015 sowie
 - 2.) Rückforderung von Kinderabsetzbetrag und Ausgleichszahlung für die Kinder A und B für die Monate März 2015 bis August 2015
- zu Recht erkannt:

Die Beschwerden werden 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

I. Verwaltungsgeschehen:

Die angefochtenen Bescheide enthielten die Begründung, Österreich sei nicht zuständig für die Gewährung von Familienleistungen für im Ausland wohnhafte Kinder, da in Österreich keine berufliche Tätigkeit mehr ausgeübt werde und auch keine gleichgestellten Leistungen - wie Krankengeld - bezahlt würden.

Dagegen wandte sich der Beschwerdeführer in seiner **Beschwerde** und erläuterte: Seine Exgattin sei aufgrund einer langwierigen neurologischen Erkrankung nicht mehr in der Lage, die 24-Stunden-Pflege auszuführen. Laut Auskunft der Hausärztin könne sich der Krankheitsverlauf über Monate hinausziehen. Er entnehme der Homepage des Bundesministeriums für Familie und Jugend, dass für EU-Bürger ein Anspruch auf Familienbeihilfe auch dann bestehe, wenn keine Erwerbstätigkeit ausgeübt

werde, solange der Mittelpunkt der Lebensinteressen und der ständige Aufenthalt in Österreich lägen und eine in Österreich leistungspflichtige Krankenversicherung bestehe.

Er berief sich zudem auf Art. 1 der Verordnung (EWG) 1408/71, aus dem hervorgehe, dass „Arbeitnehmer“ unter anderem jede Person sei, die in der Sozialversicherung erfasst sei. Der Arbeitnehmerbegriff der Verordnung habe einen gemeinschaftsspezifischen Inhalt und werde vom EuGH sozialversicherungsrechtlich, nicht aber arbeitsrechtlich definiert. Das bedeute, dass es lediglich darauf ankomme, ob der Arbeitnehmer oder Selbstständige in einem System der sozialen Sicherheit pflicht-oder freiwillig versichert sei.

Seine Exgattin sei bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft in C als Selbstständige pflichtversichert. Er lege diesbezüglich einen Kontoauszug über die Bezahlung des 4. Vierteljahres 2015 bei.

Die entsprechende Regel müsse daher in seinem Fall zur Anwendung kommen. Er verstehe auch nicht, dass im August 2015 für den Zeitraum März 2015 bis August 2015 die Ausgleichszahlung erfolgt sei, obwohl schon damals keine ausgeübte Beschäftigung vorgelegen sei.

In der daraufhin ergehenden **Beschwerdevorentscheidung** wurden die Beschwerden seitens der Abgabenbehörde als unbegründet abgewiesen und dazu ausgeführt:

Die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit habe die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbstständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu und abwandern, ersetzt.

Zu überprüfen sei, ob entsprechend der VO EG Nr. 883/2004, die seit 1.5.2010 in Kraft stehe, in Österreich eine verordnungsgemäße Beschäftigung vorliege.

Die Abgabenbehörde verwies auf Art. 1 Z. 1 und 2, Art. 67 und 68 der VO EG Nr. 883/2004 sowie auf § 5 Abs. 3 FLAG 1967. Die Prioritätsregeln der Art. 67 und 68 der VO EG legten fest, welcher Mitgliedstaat vorrangig und welcher nachrangig für die Familienleistungen zuständig sei. Dementsprechend könnten Familienleistungen aus drei Gründen gewährt werden, nämlich aufgrund einer Beschäftigung/Erwerbstätigkeit, aufgrund des Bezuges einer Rente oder aufgrund des Wohnortes.

Zur Auslegung des Artikels 68 der VO EG habe die zuständige Verwaltungskommission den Beschluss Nr. F1 vom 12.6.2009 (2010/C 106/04) gefasst, welcher aussage:

Für die Zwecke des Artikels 68 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 gelten Ansprüche auf Familienleistungen insbesondere dann als durch eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgelöst, wenn sie u. a. erworben wurden wegen Krankheit, Mutterschaft, Arbeitsunfall, Berufskrankheit oder Arbeitslosigkeit, solange Arbeitsentgelt oder andere Leistungen als Renten im Zusammenhang mit diesen Versicherungsfällen zu zahlen sind

Die Exgattin des Beschwerdeführers und Mutter seiner drei Kinder sei bis Ende Februar 2015 in Österreich selbstständig tätig gewesen. Sie habe ihre selbstständige Tätigkeit ab 1.3.2015 krankheitshalber nicht mehr ausüben können. Seitens des Sozialversicherungsträgers werde kein Krankengeld ausbezahlt. Da sie ab 1. März bis laufend in Österreich nicht beschäftigt gewesen sei, liege eine nicht bloß vorübergehende Unterbrechung der selbstständigen Tätigkeit vor. Eine vorübergehende Unterbrechung sei dann gegeben, wenn kurzfristig, dh ca. drei Monate, die Tätigkeit der 24-Stunden-Pflegerin nicht ausgeübt werden könne, weil etwa das eine Pflegeverhältnis endete und nicht sofort eine neue Pflege Tätigkeit aufgenommen werden konnte.

Da kein Anspruch auf Krankengeld bestehe, liege auch kein gleichgestellter Sachverhalt vor. Die VO (EG) Nr. 883/2004 könne daher ab 1.3.2015 nicht mehr angewendet werden. Der Vater und die Kinder seien in der X wohnhaft und in Österreich werde keine berufliche Tätigkeit ausgeübt. Ein grenzüberschreitender Sachverhalt liege somit nicht vor. Es bestehe in Österreich kein Anspruch auf Familienleistungen.

Die von Seiten des Beschwerdeführers angesprochene Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 sei ab dem 1.5.2010 durch die VO (EG) Nr. 883/2004 ersetzt worden.

Abschließend erläuterte die Abgabenbehörde im Detail die gesetzlich normierte Rückzahlungsverpflichtung gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967.

In seinem daraufhin einlangenden **Antrag auf Vorlage** seiner Beschwerde an das Bundesfinanzgericht unterstrich der Beschwerdeführer das schon bisher Vorgebrachte und wies im weiteren auf die prekäre finanzielle Situation der Familie den.

II. Ermittlungen durch die RichterIn:

Ein Vertreter der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft teilte der RichterIn des Bundesfinanzgerichtes über telefonische Befragung Nachstehendes mit: Die Gattin des Beschwerdeführers sei von Dezember 2014 bis Mai 2016 durchgehend bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft versichert gewesen. Ab Juni 2016 sei das Gewerbe ruhend gestellt, ab Dezember 2017 zurückgelegt worden.

Im Jahr 2015 sei es zu mehreren Vorsprachen der Versicherten gekommen, es seien Bewilligungen betreffend ein MRT sowie einen Taxitransporte evident. Es sei auch zum Ende des Jahres 2015 eine Krankenversicherungskarte zugesendet worden. Eine Krankmeldung, wie sie Voraussetzung für die Zuerkennung des Krankengeldes bzw. einer Unterstützungsleistung wegen langandauernder Krankheit gewesen wäre, sei bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft nicht eingereicht worden.

III. Sachverhalt:

- Der Beschwerdeführer sowie seine Exgattin sind x-ische Staatsbürger und damit Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der europäischen Union.
- Die Exgattin des Beschwerdeführers war im Jänner und Februar Februar 2015 als selbstständige Personenbetreuerin in Österreich beschäftigt.

- Ab März 2015 konnte sie ihr Gewerbe krankheitsbedingt nicht mehr ausüben. Sie nahm medizinische Behandlung in Österreich in Anspruch.
- Sie war von Dezember 2014 bis Mai 2016 durchgehend bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft versichert.
- Im Juni 2016 stellte sie ihr Gewerbe ruhend, ab Dezember 2017 legte sie es zurück.
- Die Exgattin des Beschwerdeführers bezog, nachdem sie ab März 2015 erkrankt war, kein Krankengeld und keine Unterstützungsleistung wegen langandauernder Krankheit.
- Die Kinder des Beschwerdeführers und seiner Exgattin, für welche gegenständlich die Familienleistungen in Diskussion stehen, waren im Streitzeitraum bei ihrem Vater in der X haushaltszugehörig.

Die Feststellungen zum Sachverhalt gründen sich auf den Akteninhalt sowie auf die Ergebnisse von Ermittlungen, die von der RichterIn des BFG angestellt wurden.

IV. Rechtsgrundlagen:

Zum vom Beschwerdeführer angesprochenen (zeitlichen) Geltungsbereich der VO (EG) Nr. 883/2004 ist vorerst klarzustellen:

Sowohl Entwicklungen auf Gemeinschaftsebene als auch Änderungen von Rechtsvorschriften auf nationaler Ebene hatten es notwendig gemacht, zur Erreichung des Ziels des freien Personenverkehrs die Vorschriften der VO (EWG) Nr. 1408/71 – unter gleichzeitiger Aktualisierung und Vereinfachung - durch jene der VO (EG) Nr. 883/2004 zu ersetzen (vgl. *Csaszar/Lenneis/Wanke*, FLAG, S 736).

Die VO (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit gilt ihrem Art. 91 zufolge ab dem Tag des Inkrafttretens der Durchführungsverordnung.

Die Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der VO (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, trat ihrem Art. 97 zufolge am 1. Mai 2010 in Kraft. **Somit gilt die VO Nr. 883/2004 ab 1. Mai 2010 und ist insofern zweifellos für die frühestens im Jahr 2015 liegenden Streitzeiträume anzuwenden.** Das bloße Bestehen einer Pflichtversicherung oder einer freiwilligen Weiterversicherung im Sinne des Artikels I, lit. a sublit. i der (alten) VO (EWG) 1408/71 reicht daher als Anspruchsvoraussetzung für die Zuerkennung von Familienleistungen nicht mehr aus.

Die VO (EG) Nr. 883/2004 definiert in Art. 1 lit. b den Terminus „selbständige Erwerbstätigkeit“ folgendermaßen: Der Ausdruck bezeichnet **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.

Gemäß ihrem Art. 2 Abs. 1 gilt die VO (EG) Nr. 883/2004 für Staatsangehörige eines Mitgliedstaates, 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.

Gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. j umfasst die VO (EG) Nr. 883/2004 als Zweig der sozialen Sicherheit auch die Familienleistungen.

Art. 4 der VO (EG) Nr. 883/2004 bestimmt, dass Personen, für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates haben wie die Staatsangehörigen dieses Staates.

Gemäß Art. 67 der VO (EG) Nr. 883/2004 hat eine Person auch für Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaates, als ob die Familienangehörigen in diesem Mitgliedstaat wohnen würden.

Art. 11 der Verordnung Nr. 883/2004 lautet auszugsweise:

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

(2) Für die Zwecke dieses Titels wird bei Personen, die **aufgrund oder infolge ihrer Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit eine Geldleistung beziehen**, davon ausgegangen, dass sie diese Beschäftigung oder Tätigkeit ausüben. Dies gilt nicht für Invaliditäts-, Alters- oder Hinterbliebenenrenten oder für Renten bei Arbeitsunfällen oder Berufskrankheiten oder für Geldleistungen bei Krankheit, die eine Behandlung von unbegrenzter Dauer abdecken.

(3) vorbehaltlich der Art. 12-16 gilt Folgendes:

a) eine Person, die in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung oder selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaates.

Zur Klärung der Frage, **wann eine selbstständige Erwerbstätigkeit bzw. eine dieser gleichgestellte Situation vorliegt**, kann der Beschluss Nr. F1 der Verwaltungskommission für die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit vom 12.6.2009 zur Auslegung des Artikels 68 der VO (EG) Nr. 883/2004 herangezogen werden. Dieser lautet:

1. Für die Zwecke des Artikels 68 der VO (EG) Nr. 883/2004 gelten Ansprüche auf Familienleistungen insbesondere dann als „durch eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgelöst“, wenn sie erworben wurden

a) aufgrund einer tatsächlichen Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit oder auch

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

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

Ergänzend wird auf die in den angefochtenen Bescheiden und in der Beschwerdevorentscheidung genannten, bezug habenden Normen des FLAG 1967 - um Wiederholungen zu vermeiden ohne deren wörtliche Wiedergabe - verwiesen.

V. Rechtliche Würdigung:

Strittig ist, ob die Voraussetzungen für die Gewährung der österreichischen Familienleistungen in Form der Ausgleichszahlungen (Differenzzahlungen) im Streitzeitraum vorlagen.

Nicht strittig ist, dass grundsätzlich der Beschwerdeführer und Vater der Kinder auf Basis der Art. 60 VO (EG) Nr. 987/2009 iVm Art. 67 und 68 VO (EG) Nr. 883/2004 anspruchsberechtigt iSd § 2 Abs. 2 Z 1 FLAG 1967 ist.

Die Exgattin des Beschwerdeführers ist x-ische Staatsbürgerin und damit Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der Europäischen Union. Da sie im Streitzeitraum einen Wohnort in einem Mitgliedstaat der Union hatte, unterliegt sie, ebenso wie ihre Familienangehörigen, den Regelungen der VO (EG).

Sie übte ab März 2015 ihre Arbeit als selbständige Personenbetreuerin in Österreich krankheitsbedingt nicht mehr aus.

Entsprechend dem klaren Wortlaut des Beschlusses Nr. F1 der Verwaltungskommission für die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit vom 12.6.2009 zur Auslegung des Artikels 68 der VO (EG) Nr. 883/2004, Z 1 lit. b sublit. i, kommt es entscheidend darauf an, ob Arbeitsentgelt oder andere Leistungen (zB Arbeitslosengeld, Krankengeld) zu zahlen sind.

Eine „gleichgestellte Situation“ iSd Art. 1 lit. b der VO (EG) Nr. 883/2004 umschreibt daher jene Zeit, für die eine **auf die selbständige Beschäftigung zurückzuführende Leistung bezogen** wird (*Csaszar in Csaszar/Lenneis/Wanke*, § 53, Rz 80).

Wie aus der Aktenlage hervorgeht und durch die weiteren Ermittlungen des BFG (siehe Kontaktaufnahme mit der Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft durch die RichterIn) bestätigt wurde, hat die Exgattin des Beschwerdeführers nach krankheitsbedingter Beendigung ihrer selbständigen Tätigkeit in Österreich im Jahr 2015 kein Krankengeld bzw. auch keine Unterstützungsleistung bei langdauernder Krankheit erhalten. Es wurde keine entsprechende ärztliche Krankmeldung eingereicht.

Es bestand daher ab März 2015 kein Anspruch mehr auf Familienleistungen für A und B. Die für März bis August vorerst ausbezahlten Leistungen waren gemäß § 26 FLAG 1967 zurückzufordern (siehe hiezu auch die Ausführungen in der Beschwerdevorentscheidung, wonach die Rückzahlungspflicht eine objektive,

von subjektiven Momenten unabhängige Erstattungspflicht desjenigen ist, der die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat).

Der Rückforderung iSd § 26 FLAG 1967 der als „unrechtmäßig“ erkannten Bezüge an Familienleistungen steht es nicht entgegen, dass diese vorerst von Seiten der Abgabenbehörde ausbezahlt wurden.

Soweit der Beschwerdeführer beantragt hat, im Sinne der Judikatur zur vorübergehenden Unterbrechung eines Erwerbes möge die Abgabenbehörde ihren Rückforderungsanspruch nicht für sechs Monate (März 2015 bis August 2015), sondern bloß für drei Monate geltend machen, ist ihm zu entgegnen: Eine „vorübergehende Unterbrechung“ setzt definitionsgemäß voraus, dass die Erwerbstätigkeit nach Verstreichen einer mit rund drei Monate eingegrenzten Periode wieder aufgenommen wird. Gerade dies war aber bei der Exgattin des Beschwerdeführers nicht der Fall. Nachdem sie ihr Personenbetreuungsgewerbe ab März 2015 krankheitsbedingt nicht mehr ausgeübt hatte, nahm sie es auch nicht wieder auf (siehe Feststellungen zum Sachverhalt). Es lag somit ab März 2015 nicht bloß eine „vorübergehende Unterbrechung“, sondern ein endgültiger Abbruch vor.

Das BFG erkennt nicht die familiären und finanziellen Lasten, die der Beschwerdeführer zu tragen hat. Jedoch gelten die Gesetze für alle Anspruchswerber in gleicher Weise und erlauben kein Entgegenkommen in Einzelfällen.

Insgesamt war wie im Spruch zu entscheiden.

VI. Zulässigkeit einer Revision

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Die aufgezeigte, klare Rechtslage erlaubt eine zweifelsfreie Lösung der aufgeworfenen Rechtsfrage (Vgl. auch BFG 12.10.2015, RV/5101241/2014).

Feldkirch, am 30. April 2019

