

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Martina Salzinger in der Beschwerdesache ***1***, über die Beschwerde vom 5. März 2014 gegen den Bescheid des Finanzamtes ***2*** (nunmehr Finanzamt Österreich) vom 27. Jänner 2014 betreffend Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge an Kinderabsetzbetrag und Ausgleichszahlung gem. Verordnung (EG) 883/2004 für den Zeitraum Jänner 2013 bis Mai 2013 zu Recht erkannt:

I. Der Beschwerde wird gemäß § 279 BAO Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

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

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang

Mit Bescheid vom 27. Jänner 2014 über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge an Kinderabsetzbetrag und Ausgleichszahlung gem. Verordnung (EG) Nr. 883/2004 für die minderjährigen Kinder ***3*** betreffend den Zeitraum Jänner 2013 bis Mai 2013 wurde die Beschwerdeführerin (in der Folge kurz Bf.) unter Verweis auf § 26 Abs. 1 FLAG 1967 in Verbindung mit § 33 Abs. 3 EStG 1988 zur Rückzahlung von insgesamt 1.775,00 € verpflichtet. Begründend wurde ausgeführt, dass die Bf. in Österreich „bei der Fa. ***4*** als selbständige Zeitungszustellerin tätig“ sei. Sie verfüge über keinen Gewerbeschein, sei lt. Sozialversicherungsauszug nicht bei der Versicherung der gewerblichen Wirtschaft (GSVG) pflichtversichert, sondern ab August 2012 gem. § 16 ASVG selbstversichert. Der Familienwohnsitz befinde sich in ***5***. Der Jahresumsatz betrage rund € 8.600,00. Da in Österreich kein Gewerbeschein vorliege bzw. auch keine Versicherung als Selbständige abgeschlossen worden sei, unterliege die Bf. nicht den österreichischen Rechtsvorschriften.

Eine freiwillige Versicherung in Österreich löse keine Zuständigkeit Österreichs für den Familienbeihilfenbezug aus.

Gegen den angeführten Rückforderungsbescheid brachten die Bf. mit Schreiben vom 5.3.2014 und ergänzendem Schriftsatz vom 31.3.2014 Beschwerde ein und führte unter anderem ins Treffen:

*„...Frau ***6*** ist für die Firma ***7*** mit Sitz in ***8*** als Zeitungszustellerin tätig. Konzipiert war diese Beschäftigung nach Maßgabe der Firma ***4*** als selbstständige Tätigkeit. Es wurde daher zwecks steuerlicher Veranlagung ein Antrag auf Vergabe einer österreichischen Steuernummer gestellt, welcher aber zurückgewiesen wurde, obwohl Frau ***6*** auf Wunsch der Firma ***4*** einen Hauptwohnsitz in Österreich innehat. Mangels einer Betriebsstätte in Österreich könne dem Antrag auf Erteilung einer Steuernummer nicht entsprochen werden.*

*Die tschechische Familienleistungsbehörde (siehe Bescheid vom 6.11.2012 des tschechischen Arbeitsamtes) hat Frau ***6*** die dortige Leistung entzogen, weil der zur Leistung verpflichtete Staat Österreich sei...im Zuge einer finanzpolizeilichen Ermittlung im März 2013 seitens des Finanzamtes ***2*** festgestellt wurde, dass es sich in Wahrheit bei dem Auftrags-/Arbeitsverhältnis mit der Firma ***4*** nicht um eine Tätigkeit als selbständige Zeitungszustellerin, sondern nach Überprüfung sämtlicher relevanten Faktoren um ein echtes Dienstverhältnis handeln würde (siehe Niederschrift vom 14.03.2013 und rechtliche Beurteilung vom 21.03.2013 durch das Team Finanzpolizei), wonach in dieser Angelegenheit an das für die Firma ***4*** zuständige Finanzamt ***9***, GLA, ein Ersuchen um Überprüfung zu richten sei...“*

Beigelegt wurde:

a) Der in die deutsche Sprache übersetzte und an die Bf. gerichtete Bescheid 6.11.2012 des Arbeitsamtes der Tschechischen Republik – ***10***, wonach dieses nach der Verordnung des Europäischen Parlaments und Rates (EG) Nr. 883/2004... die Kinderbeihilfe für ***11*** vom 1.10.2012 entziehe, da der Anspruch auf Leistung zum 31.8.2012 erloschen sei. Begründung: *„Hinsichtlich dessen, dass die Tschechische Republik nicht Staat der Ausübung des Berufs keiner der gemeinsam beurteilten Personen ist, ist sie nicht kompetent, die oben genannte Leistung auszus zahlen. Der für die Auszahlung zuständige Staat der oben angeführten Leistung ist Österreich. Deshalb wird diese Leistung entzogen...“*

b) Die am 14.3.2013 vom Finanzamt ***2*** – Team Finanzpolizei „betreffend Erhebung zu ihrer selbständigen Tätigkeit (Abonnentenbetreuung)“ aufgenommene Niederschrift, in der die Bf. angab, dass vor Beginn ihrer Tätigkeit eine Krankenversicherung vorzulegen, ein Bankkonto anzugeben und der Wohnsitz in Österreich anzumelden war. So sei sie bei der Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft seit ***12*** angemeldet.

c) Bericht des Finanzamtes ***2*** vom 21.3.2013 über das Ergebnis der Nachschau anlässlich des Antrittsbesuches infolge des Antrags auf Vergabe einer Steuernummer, in dem die Ausführungen in angeführter Niederschrift durch das Team Finanzpolizei wie folgt zusammengefasst wurden:

*„Bei der niederschriftlichen Befragung bezüglich ihrer selbstständigen Tätigkeit als Zeitungszustellerin gab sie an, dass sie seit ***13*** für die Fa. ***14***, tätig wäre. Einen Gewerbeschein hätte sie nicht beantragt. Ihre Tour würde von Montag bis Sonntag jeweils um 04:00 Uhr in der Früh beginnen und umfasst die Ortschaften ...Jedenfalls müssten die Zeitungen vor 06:00 Uhr zugestellt sein (Vorgabe der Fa. ***4***). Seit 12.03.2013 hätte sie eine weitere Tour ...dazubekommen und muss bereits um 02:00 Uhr mit ihrer Arbeit beginnen. Eine Liste mit Namen und Adressen der Zeitungsabonnenten würde sie von der Fa. ***4*** bekommen. Befragt bezüglich der Abrechnung mit der Fa. ***4*** gab ***6*** an, dass diese monatlich durch die Fa. ***4*** erfolgt und das Geld auf ihr Konto überwiesen werde. Es würde nach der Stückzahl der zugestellten Zeitungen abgerechnet und für Sonn- und Feiertage würde sie einen höheren Betrag erhalten. Zulagen wie Kilometergeld würde sie nicht erhalten. Insgesamt würde sie ca. 220 Zeitungen an beiden Touren zustellen. Bei Problemen mit der Zustellung der Zeitungen oder wenn ***6*** einmal krank wäre, müsste sie bei Frau ***15***, welche ebenfalls bei der Fa. ***4*** arbeitet, anrufen und dies bekanntgeben. Um eine Vertretung müsste sich ***6*** nicht kümmern. Weiters gab ***6*** an, dass sie jeden Tag zwischen ihrer Heimat ***16*** in ***5*** und Österreich pendeln würde. Den Hauptwohnsitz in ***17*** hätte sie nur angemeldet, weil es die Fa. ***4*** verlangt hätte. Büro bzw. Computer würde sie nicht besitzen und auch für ihre Arbeit nicht benötigen. Als Telefon würde sie ein Handy, welches in ***5*** angemeldet ist, besitzen. Andere Auftraggeber als die Fa. ***4*** hätte sie nicht. Für die Zustellungen der Zeitungen würde sie seit Dezember 2012 das Auto ihres Bruders (VW Polo BJ 1997 mit tschechischen Kennzeichen) benutzen. Die Kosten für Benzin, Versicherung und Reparaturkosten würde sie selber bezahlen...Betreffend die Beurteilung, ob es sich bei ***6*** um eine Dienstnehmerin der Fa. ***4*** oder um eine selbständige Tätigkeit handelt, wird an das Finanzamt ***18***, GPLA, ein Ersuchen um Überprüfung gesendet“*

Im Akt finden sich zudem folgende Unterlagen (in Ablichtung):

a) "Familienstandsbescheinigung für die Gewährung von Familienleistungen" gemäß der VO 1408/71 bzw. VO 574/72 (Formular E 401) vom 24.1.2013, in der bestätigt worden ist, dass der mit der Bf. und den beiden Kindern in ***19*** wohnhafte Ehemann der Bf. keine Erwerbstätigkeit ausübe.

b) Vom Magistrat in ***5*** ausgestellte Geburtsurkunden der Kinder ***20*** und ***21***.

c) Vom Magistrat in ***19***, ***5***, ausgestellte Heiratsurkunde über die Eheschließung der Bf. mit Herrn ***22***

d) Ein am 11.3.2013 unterfertigtes Formular E 411 (Anfrage betreffend den Anspruch auf Familienleistungen (Kindergeld) in dem Mitgliedstaat, in dem die Familienangehörigen wohnen), aus dem hervorgeht, dass der Kindesvater in ***5*** in der Zeit von September 2012 bis Dezember 2012 keine berufliche Tätigkeit ausgeübt und keine Familienleistungen bezogen habe.

e) Ein von der ***23*** am 4.8.2012 ausgestellter Versicherungsnachweis, demzufolge die von der Bf. beantragte Selbstversicherung in der Krankenversicherung gem. § 16 ASVG mit ***12*** begonnen habe.

f) Versicherungsdatenauszug vom 24.1.2014, demzufolge die Bf. beginnend ab ***12*** bis laufend als selbstversichert gem. § 16 Abs. 1 ASVG gemeldet sei.

g) Einkommensteuererklärung für das Jahr 2012, in der die Bf. Einkünfte aus Gewerbebetrieb in Höhe von - 1.328,58 € erklärte.

h) Antrag auf Gewährung einer Ausgleichszahlung betreffend den Zeitraum Jänner bis Dezember 2013 für ***24***, in dem als Dienstgeber der Bf. die Gesellschaft „***25***“, angeführt ist.

Aus der Finanzamtsdatenbank bzw. dem vorgelegten Steuerakt geht weiters hervor:

Nach der beim Finanzamt eingelangten Mitteilung gemäß § 109a EStG habe die Bf. für ihre Tätigkeit als Kolporteur und Zeitungszusteller für die ***26*** im Jahr 2013 ein Entgelt in Höhe von € 11.557,24 (ohne USt) bezogen. Über Ersuchen des Finanzamtes wurden die der Mitteilung gemäß § 109a EStG zu Grunde liegenden und von der Gesellschaft ausgestellten Honorarnoten betreffend den Zeitraum Jänner bis September 2013 vorgelegt.

Auch betreffend die Folgejahre bis 2016 wurden dem Finanzamt jeweils von der ***26*** Mitteilungen gemäß § 109a EStG betreffend die von dieser an die Bf. ausgezahlten Entgelte übermittelt. Eine Veranlagung der Bf. zur Einkommensteuer ist nicht erfolgt.

Die Behördenabfrage aus dem Zentralen Melderegister vom 30.5.2023 zeigt, dass die Bf. die tschechische Staatsbürgerschaft besitzt und bis Jänner 2018 in Österreich mit Hauptwohnsitz gemeldet war.

Mit Beschwerdevorentscheidung vom 13.5.2014 wurde der Beschwerde gegen den Rückforderungsbescheid betreffend Kinderabsetzbetrag und Ausgleichszahlung gem. Verordnung (EG) 883/2004 betreffend den Zeitraum Jänner bis Mai 2013 vom 27.1.2014 keine Folge gegeben und dies so begründet:

„...Die Zuständigkeit eines Mitgliedsstaates für die Gewährung von Familienleistungen ist in den Art 11 bis 16 der VO 883/2004 geregelt. Gemäß Art 11 Abs. 3 der VO unterliegt eine Person den Rechtsvorschriften des Mitgliedsstaates in dem eine Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit ausgeübt wird, sofern eine Pflichtversicherung vorliegt.

*Die Kindesmutter ist in Österreich für die Fa. ***7*** als selbständige Zeitungszustellerin tätig. Sie verfügt lt. eigenen Angaben über keinen Gewerbeschein und es besteht lt. Versicherungsdatenauszug keine Pflichtversicherung bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, sondern liegt ab ***12*** bloß eine Selbstversicherung gem § 16 Abs. 1 ASVG vor. Der Familienwohnsitz befindet sich lt. Angaben der Kindesmutter in ***5***. Beim für die Fa. ***4*** zuständigen Finanzamt ***27*** ist derzeit keine GPLA-Prüfung für die im gegenständlichen Fall strittigen Zeiträume anhängig. Es ergibt sich somit keine Änderung zum Erstbescheid. Die Beschwerde war aus diesem Grund abzuweisen.“*

Die Bf. stellte am 19.5.2014 einen Antrag auf Vorlage der Bescheide an das Bundesfinanzgericht und verwies erneut auf die finanzpolizeilichen Ermittlungsergebnisse, wonach es sich bei dem Arbeitsverhältnis mit der die ***28*** um ein echtes Dienstverhältnis handeln würde.

Dem Bericht gem. § 150 BAO über das Ergebnis der Außenprüfung vom ***30*** der bei der ***29*** durchgeführten Prüfung der lohnabhängigen Abgaben (GPLA-Prüfung) betreffend den Zeitraum 2011 bis 2015 ist zu entnehmen, dass die Vertragsverhältnisse der für die Gesellschaft tätigen Zeitungszusteller als Dienstverhältnisse gem. § 4 Abs. 2 ASVG iVm § 47 Abs. 1 und 2 EStG 1988 zu qualifizieren seien.

Der in der Folge vom Verwaltungsgericht angeforderte Versicherungsdatenauszug betreffend die Bf. vom 6.6.2023 weist folgende Daten auf:

Von - bis	Meldende Stelle
31	Österreichische Gesundheitskasse Selbstversicherung § 16 ASVG

II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

Im vorliegenden Fall ist strittig, ob die Rückforderung der für den Zeitraum Jänner bis Mai 2013 zunächst an die Bf. ausbezahlten Beträge an Familienbeihilfe (Ausgleichszahlung) und Kinderabsetzbetrag für ihre minderjährigen Söhne zu Recht erfolgt ist oder nicht.

Das Bestehen eines Anspruches auf Familienbeihilfe in Österreich und in der Folge auf den Kinderabsetzbetrag ist primär vom Vorliegen der im Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967, BGBl. Nr. 376/1967, (alle angegebenen Gesetzesstellen sind jeweils in der für den Beschwerdefall maßgebenden Fassung angeführt), vorgesehenen Voraussetzungen abhängig. Die von der Bf. beantragten Leistungen sind daher nur dann zu gewähren, wenn diese Anspruchsvoraussetzungen auch im Beschwerdefall erfüllt sind. Die dafür relevante Gesetzeslage stellt sich wie folgt dar:

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.

Nach § 2 Abs. 2 FLAG 1967 hat Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind 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.

Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind nach § 2 Abs. 5 erster Satz FLAG 1967 dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt.

Gemäß § 2 Abs. 8 FLAG 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 nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005, oder nach § 54 des Asylgesetzes 2005 (AsylG 2005), BGBl. I Nr. 100/2005 idF BGBl. I Nr. 87/2012, 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 oder nach § 54 AsylG 2005 rechtmäßig in Österreich aufhalten.

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

Zufolge § 10 Abs. 2 zweiter Satz FLAG 1967 erlischt der Anspruch auf Familienbeihilfe mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschlussgrund hinzukommt.

§ 26 Abs. 1 und 2 FLAG 1967 bestimmt folgendes:

"(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."

§ 33 Abs. 3 Einkommensteuergesetz 1988 (EStG 1988), BGBl. Nr. 400/1988, hat folgenden Wortlaut:

"(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."

Gemäß § 167 Abs. 2 Bundesabgabenordnung (BAO), BGBl. Nr. 194/1961, hat die Abgabenbehörde - abgesehen von den in Abs. 1 dieser Gesetzesstelle genannten Fällen - unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht.

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: Verordnung (EG) Nr. 883/2004) 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 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (Verordnung Nr. 987/2009) trat ihrem Art. 97 zufolge am 1. Mai 2010 in Kraft. Somit gilt die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 ab 1. Mai 2010 und ist für den Streitzeitraum anzuwenden.

Nach Art. 1 Buchstabe a der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 bezeichnet für Zwecke dieser Verordnung der Ausdruck "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.

Familienangehöriger ist nach Art. 1 Buchstabe i Nr. 1 sublit. i der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Familienangehöriger bestimmt oder anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet wird.

Nach Art. 1 Buchstabe z der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 bezeichnet der Ausdruck "Familienleistungen" alle Sach- oder Geldleistungen zum Ausgleich von Familienlasten, mit Ausnahme von Unterhaltsvorschüssen und besonderen Geburts- und Adoptionsbeihilfen.

Die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 gilt nach ihrem Art. 2 Nr. 1 für Staatsangehörige eines Mitgliedstaats, Staatenlose oder Flüchtlinge mit Wohnort in einem Mitgliedstaat, für die die

Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, sowie für ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen.

Zufolge ihrem Art. 3 Abs. 1 Buchstabe j gilt Die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 auch für die Familienleistungen.

Gemäß Art. 4 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 haben - sofern in dieser Verordnung nicht anderes bestimmt ist - Personen, für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten auf Grund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats, wie die Staatsangehörigen dieses Staates.

Sofern in der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 nichts anderes bestimmt ist, dürfen gemäß ihrem Art. 7 Geldleistungen, die nach den Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten oder nach dieser Verordnung zu zahlen sind, nicht auf Grund der Tatsache gekürzt, geändert, zum Ruhen gebracht, entzogen oder beschlagnahmt werden, dass der Berechtigte oder seine Familienangehörigen in einem anderen als dem Mitgliedstaat wohnt oder wohnen, in dem der zur Zahlung verpflichtete Träger seinen Sitz hat.

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

Sind für denselben Zeitraum und für dieselben Familienangehörigen Leistungen nach den Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten zu gewähren, so gelten die in Art. 68 der Verordnung (EG) 883/2004 ausgeführten Prioritätsregeln wie folgt:

"(1)...a) Sind Leistungen von mehreren Mitgliedstaaten aus unterschiedlichen Gründen zu gewähren, so gilt folgende Rangfolge: an erster Stelle stehen die durch eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgelösten Ansprüche, darauf folgen die durch den Bezug einer Rente ausgelösten Ansprüche und schließlich die durch den Wohnort ausgelösten Ansprüche.

b) Sind Leistungen von mehreren Mitgliedstaaten aus denselben Gründen zu gewähren, so richtet sich die Rangfolge nach den folgenden subsidiären Kriterien:

- i) bei Ansprüchen, die durch eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder, unter der Voraussetzung, dass dort eine solche Tätigkeit ausgeübt wird, und subsidiär gegebenenfalls die nach den widerstreitenden Rechtsvorschriften zu gewährende höchste Leistung. Im letztgenannten Fall werden die Kosten für die Leistungen nach in der Durchführungsverordnung festgelegten Kriterien aufgeteilt;*
- ii) bei Ansprüchen, die durch den Bezug einer Rente ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder, unter der Voraussetzung, dass nach diesen Rechtsvorschriften eine Rente geschuldet wird, und subsidiär gegebenenfalls die längste Dauer der nach den widerstreitenden Rechtsvorschriften*

zurückgelegten Versicherungs- oder Wohnzeiten;

iii) bei Ansprüchen, die durch den Wohnort ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder.“

(2) Bei Zusammentreffen von Ansprüchen werden die Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften gewährt, die nach Absatz 1 Vorrang haben...“

Auf Basis der dargestellten Rechtslage lässt sich zusammenfassend folgendes festhalten:

§ 2 FLAG 1967 legt die allgemeinen Voraussetzungen fest, unter denen einer Person ein Anspruch auf Familienbeihilfe in Österreich zusteht. Um Familienbeihilfe für minderjährige Kinder zu erhalten, ist es zunächst einmal erforderlich, in Österreich einen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt zu haben. Für Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, genügt ein inländischer Wohnsitz oder der gewöhnliche Aufenthalt im Inland jedoch nicht für den Anspruch auf Familienbeihilfe. Vielmehr besteht nur dann ein Anspruch, wenn die in § 3 FLAG 1967 angeführten, qualifizierten Voraussetzungen vorliegen, die sowohl für den Elternteil als auch für das Kind auf einen rechtmäßigen Aufenthalt in Österreich abstellen. Die Bestimmung des § 2 Abs. 8 FLAG 1967 fordert außerdem für den Anspruchsberechtigten das Vorliegen des Mittelpunktes der Lebensinteressen in Österreich und normiert damit eine weitere Anspruchsvoraussetzung, die sowohl für Ausländer als auch für Österreicher gleichermaßen besteht. Darüber hinaus stellt § 5 Abs. 3 FLAG 1967 für die anspruchsvermittelnden Kinder das Erfordernis des ständigen Aufenthaltes in Österreich auf.

Hinsichtlich der Bf. steht jedenfalls fest, dass der Mittelpunkt der Lebensinteressen im Sinne des § 2 Abs. 8 FLAG 1967 jedenfalls nicht in Österreich liegt. Dieser Umstand steht dem Anspruch auf Familienbeihilfe jedoch grundsätzlich dann nicht entgegen, wenn die Bf. im Streitzeitraum unter den persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 fällt.

Dies ist im Beschwerdefall insofern gegeben, als die Bf. als tschechische Staatsangehörige in Österreich zwar berufstätig war, jedoch im gemeinsamen Haushalt mit ihrer Familie in ***5*** wohnte. Weiters fällt die österreichische Familienbeihilfe ohne Zweifel unter den Begriff „Familienleistung“ iSd Art. 1 Buchstabe z der Verordnung (EG) Nr. 883/2004.

Daraus folgt, dass die auf Wohnortklauseln beruhenden Bestimmungen des § 2 Abs. 8 FLAG, welche auf den wesentlich durch den Wohnort bestimmten Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet abstellt, und des § 5 Abs. 3 FLAG, der einen vom Wohnort abhängigen Ausschluss der Familienbeihilfe bei ständigem Aufenthalt des Kindes im Ausland vorsieht, zufolge des Art. 7 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 und dessen Anwendungsvorrangs im Beschwerdefall keine Anwendung finden. Weiters werden durch den in Art. 4 der Verordnung normierten Gleichbehandlungsgrundsatz die Bestimmungen des § 3 Abs. 1 und 2 FLAG mit besonderen Voraussetzungen für Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, verdrängt.

Für den Anspruch auf Familienleistungen in Österreich muss jedoch geprüft werden, ob die Bf. den österreichischen Rechtsvorschriften unterlag oder nicht. Nach der Grundregel in Art 11 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 unterliegen nämlich Personen, die in den Anwendungsbereich der Verordnung fallen, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Welche Rechtsordnung hierfür in Frage kommt, bestimmt Art 11 Abs. 3 VO (EG) Nr. 883/2004. Art. 11 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 lautet auszugsweise:

"Art. 11 (1) Personen, für die diese Verordnung gilt, unterliegen den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Welche Rechtsvorschriften dies sind, bestimmt sich nach diesem Titel.

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

(3) Vorbehaltlich der Art. 12 bis 16 gilt Folgendes:

a) Eine Person, die in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats; ...

e) Jede andere Person, die nicht unter die Buchstaben a) bis d) fällt, unterliegt unbeschadet anderslautender Bestimmungen dieser Verordnung, nach denen ihr Leistungen auf Grund der Rechtsvorschriften eines oder mehrerer anderer Mitgliedstaaten zustehen, den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats."

Die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 knüpft demnach in ihrem Art. 11 Abs. 3 lit. a hinsichtlich der Feststellung der für eine Person zum Tragen kommenden Rechtslage an die Ausübung einer Beschäftigung.

Für die Anwendbarkeit des österreichischen Rechts gilt es daher zu beurteilen, ob die von der Bf. in Österreich ausgeübte Tätigkeit als Zeitungszustellerin als "Beschäftigung" im Sinne des Art. 11 Abs. 3 lit. a der Verordnung Nr. 883/2004 zu qualifizieren ist. Nur, wenn dies nicht der Fall ist, sind nach Art. 11 Abs. 3 lit. e der Verordnung Nr. 883/2004 (die Spezialbestimmungen der lit. b bis d gelangen hier unstrittig nicht zur Anwendung) die Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaates (hier: ***5***) anwendbar.

In diesem Zusammenhang ist besonderes Augenmerk darauf zu lenken, dass die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 den Begriff der „Beschäftigung“ in Art. 1 lit. a als jede Tätigkeit oder gleichgestellte Situation definiert, 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 genannten Verordnung verweist daher auf das Sozialrecht des Mitgliedstaats, das auf den jeweiligen Sachverhalt anzuwenden ist.

Maßgeblich ist dem eindeutigen Wortlaut der oben genannten Bestimmung zufolge die nationale Definition der Beschäftigung (vgl. OGH, 24.3.2015, 10ObS117/14z). Es kommt daher nicht etwa darauf an, ob eine Person tatsächlich eine bestimmte Art der Versicherung abgeschlossen hat, sondern welcher Tatbestand erfüllt sein muss, damit eine Person als beschäftigt im Sinne des österreichischen Sozialversicherungsrechtes gilt.

Betrachtet man das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz - ASVG, BGBl. Nr. 189/1955, so kann im Groben gesagt werden, dass sich dessen Geltungsbereich grundsätzlich auf sämtliche unselbständig tätige Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer erstreckt. Der Gesetzgeber erklärt im ASVG schlechthin den Dienstnehmer als versicherungspflichtig. Die zentrale Figur des Dienstnehmers wird in § 4 Abs. 2 ASVG wie folgt beschrieben:

„(2) Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes ist, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird...“

In Österreich fallen grundsätzlich alle beschäftigten ASVG-Versicherten einschließlich freier Dienstnehmer/innen über der Geringfügigkeitsgrenze unter den Beschäftigtenbegriff. Erforderlich ist aber, dass eine tatsächliche und erlaubte Tätigkeit gegen Entgelt ausgeübt wird, wobei Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die ein so geringes Ausmaß haben, dass sie sich "als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen".

Aufgrund der Aktenlage steht fest, dass die Bf. im Beschwerdezeitraum für die ***29*** als Zeitungszustellerin tätig war. Aktenkundig ist auch, dass die Bf. daraus Entgelte erzielt hat und diese auch von der Gesellschaft gegenüber dem Finanzamt gemeldet wurden. Im Zuge der bei der Gesellschaft durchgeführten GPLA-Prüfung ergab sich zudem, dass es sich bei den zwischen der Gesellschaft und den Zeitungszustellern abgeschlossenen Vertragsverhältnissen um Dienstverhältnisse im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG gehandelt hat.

Das Bundesfinanzgericht gelangt daher zu dem Ergebnis, dass die von der Bf. für die ***29*** in Österreich ausgeübte Tätigkeit das Erfordernis einer „Beschäftigung“ im Sinne des Art. 11 Abs. 3 lit. a der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 erfüllt, sodass die Bf. den Rechtsvorschriften Österreichs unterlag.

Entgegen den Ausführungen des Finanzamtes schadet es nicht, dass die Bf. gem. § 16 ASVG selbstversichert war. Wie bereits erwähnt stellt nämlich der Wortlaut des Art. 1 Buchstabe a der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 nicht auf das Vorliegen einer Pflichtversicherung ab.

Damit besteht aber auf Grund der gemeinschaftsrechtlich vorgesehenen Prioritätsregeln des Art. 68 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 ein Anspruch der Bf. auf Gewährung der österreichischen Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages sowohl für ***21*** als auch für ***20*** und ist die Rückforderung zu Unrecht erfolgt.

Der Beschwerde war daher Folge zu geben und der angefochtene Bescheid aufzuheben.

Nichtzulässigkeit einer Revision

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG die ordentliche Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Diese Voraussetzungen sind im Beschwerdefall schon deshalb nicht erfüllt, weil das vorliegende Erkenntnis primär die Klärung einer auf den Einzelfall bezogenen Sachverhaltsfrage zum Gegenstand hatte und die hier maßgebende Rechtsfrage, nämlich wann von einer „Beschäftigung“ im Sinne des Artikel 1 lit. a der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 auszugehen ist, eindeutig dessen Wortlaut entnommen werden kann.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 30. Juni 2023