



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der F, NB, vom 31. Mai 2011 gegen den Bescheid des Finanzamtes Waldviertel vom 17. Mai 2011 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen, soweit dieser über den Zeitraum November 2010 bis Mai 2011 abspricht, entschieden:

Die Berufung wird abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt hinsichtlich des Zeitraumes November 2010 bis Mai 2011 unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Mit Bescheid vom 17. Mai 2011 wurden vom Finanzamt Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für den Zeitraum Oktober 2010 bis Mai 2011 von der Berufungswerberin (Bw.) mit der Begründung zurückgefordert, dass diese sich seit 29. September 2010 in Sonderurlaub (ohne Erhalt von Bezügen) befinde und Anspruch auf Familienbeihilfe grundsätzlich nur für die Dauer einer Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit im Inland oder bei Bezug einer Geldleistung infolge dieser Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit bestehe.

Dagegen brachte die Bw. eine Berufung mit folgender Begründung ein:

"Ich kann die Familienbeihilfe keinesfalls zu Unrecht bezogen haben, da ich das Finanzamt Krems ständig über meinen Status informierte und mir die zuständige Sachbearbeiterin immer

wieder zusagte, dass das so in Ordnung ist. Auch aus rechtlicher Sicht ist die Begründung des Bescheides unnachvollziehbar, da ich nach wie vor in einem aufrechten Dienstverhältnis zum Land Niederösterreich stehe und "ich somit einer Beschäftigung im Inland" nachgehe. Auch widerspricht meine Beschäftigung gegen keine gesetzlichen Vorschriften. Aus dem Gesetztext ergibt sich nicht, dass bei einem Sonderurlaub unter Entfall der Bezüge die Familienbeihilfe entfällt - hierbei kann es sich nur eine Fehlinterpretation seitens der Sachbearbeiterin handeln. Weiters bin ich derzeit nicht in der Lage den geforderten Betrag zurück zu zahlen, da ich derzeit über kein Einkommen verfüge, weshalb ich um Stundung der Rückforderung ersuche bis zur endgültigen Entscheidung über diesen Bescheid. Mit September 2011 werde ich wieder einer Beschäftigung beim Land NÖ nachgehen, erst dann wäre es mir möglich, den Betrag in monatlichen Raten zu € 100,- abzuführen.

Es ergeht der Antrag auf Aufhebung des Bescheides infolge Rechtswidrigkeit und der Zugestehung eines Zahlungsaufschubes bis zur endgültigen Entscheidung über den verfahrensgegenständlichen Bescheid."

In weiterer Folge erließ das Finanzamt eine teilweise stattgebende Berufungsvorentscheidung (Stattgabe für Oktober 2010, Abweisung betreffend Zeitraum November 2010 bis Mai 2011) mit folgender Begründung:

"Bei grenzüberschreitenden Sachverhalten sind bezüglich der Familienleistungen nicht nur die innerstaatlichen Bestimmungen des FLAG 1967 zu beachten sondern die Verordnung 883/2004 (des Europäischen Parlaments und Rates vom 29.04.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit) bzw. die DVO 987/2009 (des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.09.2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der VO 883/2004 (gültig seit 1.5.2010)) zur Koordinierung der Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer und Selbständige welche innerhalb der EU-EWR zu- und abwandern. Diese hat allgemeine Geltung, ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedsstaat ("Durchgriffswirkung"). Die VO geht dem nationalen Recht in ihrer Anwendung vor ("Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts").

Artikel 2 der VO EWG 1408/71 regelt den persönlichen Geltungsbereich. Demnach gilt diese VO nach Abs. 1 für Arbeitnehmer, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, soweit sie Staatsangehörige eines Mitgliedstaates sind oder als Staatenlose, Flüchtlinge im Gebiet eines Mitgliedstaates wohnen, sowie für deren Familienangehörige und Hinterbliebene. Artikel 13 der VO EWG 1408/71 bestimmt:

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

(2) ... a) 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 ...;

Diese Bestimmung erklärt somit den Beschäftigungsort zum grundsätzlichen Anknüpfungspunkt.

Nach Artikel 73 der VO 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.

Einer Beschäftigung gleichgestellte Situation ist nach Art. 11 Abs. 2 auch der Bezug des Wochengelds oder Karenzgelds. Unter Karenz versteht man die arbeitsrechtliche Freistellung von der Arbeitsleistung anlässlich der Geburt eines Kindes (Rechtsanspruch) gegen Entfall der Bezüge (die Vorlage einer Karenzbestätigung ist erforderlich).

Mutterkarenz nach § 15 Mutterschutzgesetz schafft bis zum Ablauf des 2. Lebensjahres des Kindes ebenfalls eine gleichgestellte Situation. Somit kann die Familienbeihilfe bei aufrechter Dienstverhältnis bis max. zum 2. Lebensjahres des Kindes gewährt werden. Vereinbarungen zwischen Dienstgeber und Dienstnehmer über zusätzliche Freistellungen, die über die Dauer der gesetzlichen Karenz nach dem Mutterschutz- oder Väterkarenzgesetz (bis max. zum 2. Geburtstag) hinausgehen, sind Sonderurlaube, die nicht unter die Gleichstellung mit der Ausübung einer Beschäftigung fallen.

Ihr Sohn C wurde im Sept. 2008 geboren. Die Versicherung in Österreich war daher bis zum 2. Geburtstag des Sohnes im Sept 2010 aufrecht.

Sie waren in Österreich It. Versicherungsdatenauszug bis 4.10.2010 versichert. Gemäß § 11 Abs. 2 ASVG besteht die Pflichtversicherung nach dem Ende des Beschäftigungsverhältnisses unter anderem weiter für die Zeit des Bezuges einer Ersatzleistung für Urlaubsentgelt (Urlaubsabfindung, Urlaubssentschädigung) sowie für die Zeit des Bezuges einer Kündigungsentschädigung. Damit hat der österreichische Gesetzgeber diese Versicherungszeiten den (eentlichen) Beschäftigungszeiten gleichgehalten, weshalb geklärt ist, dass auch Zeiten des Bezuges einer Ersatzleistung für Urlaubsentgelt (Urlaubsabfindung, Urlaubssentschädigung) als Beschäftigung im Sinne der Artikel 13 und 14 der Verordnung anzusehen sind." (VwGH 19.12.2007, 2006/08/0163)

Somit unterlagen Sie für den Zeitraum bis Oktober 2010 durchgehend noch den Rechtsvorschriften Österreichs. Die Vorlage über den bewilligten Sonderurlaub der NÖ Landesregierung verlängert nicht automatisch die Pflichtversicherung.

Aus den angeführten Gründen war wie im Spruch zu entscheiden. Die Rückforderung der Familienbeihilfe sowie des Kinderabsetzbetrages November 2010 bis Mai 2011 bleibt aufrecht.

Hinsichtlich der in der Berufung angesprochenen Ratenzahlung der Rückforderung werden sie ersucht ein entsprechendes Ratenansuchen an das Finanzamt / Abgabensicherung zu stellen."

Dagegen brachte die Bw. einen Vorlageantrag ein, den sie wie folgt begründete:

"Mit der Berufungsvorentscheidung vom 26.9.2011 entschieden Sie über meine Berufung vom 31.5.2011 und stellten fest, dass mir für den Zeitraum November 2010 bis Mai 2011 der Kinderabsetzbetrag und die Familienbeihilfe nicht zusteht, obwohl mir diese bereits ausbezahlt worden war, dagegen erhebe ich das Rechtsmittel der Berufung, da es für den Rechtsunterworfenen unzumutbar ist für Fehler in der Finanzverwaltung einzustehen.

Wie bereits in der Berufung vom 31.5.2011 angeführt, habe ich mich stets rechtskonform verhalten, mir wurde vom Finanzamt Krems mehrfach die Auskunft erteilt, dass mir sowohl der Kinderabsetzbetrag als auch die Familienbeihilfe weiterhin zusteht, wenn sich nun nachträglich Rechtsvorschriften ändern, kann dies nicht mir zur Last gelegt werden, außerdem habe ich das Geld bereits für meine Kinder verbraucht.

Sie führen an, dass "Nach Artikel 73 der VO hat ein Arbeitnehmer, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates unterliegt für seine Familienangehörige, die im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates wohnen, Anspruch auf Familienleistung, als ob diese Familienangehörige im Gebiet dieses Staates wohnten." Mit keinem Wort ist in dieser Verordnung angeführt, dass eine Pflichtversicherung bestehen muss, vielmehr wird an den Passus „Arbeitnehmer“ angeknüpft. Mein Dienstverhältnis zum Land NÖ war im Zeitraum November 2010 bis Mai 2011 uneingeschränkt aufrecht, ich befand mich zu diesem Zeitpunkt lediglich auf Sonderurlaub, sodass ich in diesem Zeitraum nach wie vor Beschäftigter des Landes NÖ war und mir somit sowohl die Familienbeihilfe als auch der Kinderabsetzbetrag zusteht.

Hinsichtlich des Ratenansuchens wird nochmals auf das Schreiben 31.5.2011 verwiesen, dies sollte amtswegig an die dafür vorgesehene Stelle weitergeleitet werden, es ist dem Rechtsunterworfenen unzumutbar, Behörden interne Verwaltungsaufgaben (Weiterleitung von Schriftstücken) zu übernehmen, zudem ihm auch das erforderliche Wissen dazu fehlt."

### ***Über die Berufung wurde erwogen:***

Gemäß § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, 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.

Gemäß § 53 Abs. 1 FLAG idF des Budgetbegleitgesetzes 2001, BGBl. I Nr. 142/2000 sind Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt. Hierbei ist der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten.

Tschechien ist Vertragspartner des Übereinkommens über den europäischen Wirtschaftsraum (EWR). Die Bw als tschechische Staatsbürgerin ist daher, soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, im FLAG 1967 den österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt. Familienleistungen, und damit insbesondere Familienbeihilfen, sind unionsrechtlich dem Bereich der sozialen Sicherheit zugeordnet. Ab Mai 2010 gilt in Bezug auf die Mitgliedstaaten der Europäischen Union die Verordnung (EG) 883/2004, geändert und ergänzt durch die Verordnung (EG) 988/2009 sowie die Durchführungsverordnung (EG) 987/2009.

Gemäß [§ 26 Abs. 1 FLAG 1967](#) hat derjenige die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen, der die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat.

Die Familienbeihilfe ist als Kernleistung in der Verordnung (VO) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 vereinbart worden. Diese Verordnung ist vom Europäischen Parlament und dem Rat der Europäischen Union zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit erlassen worden und gelangt grundsätzlich in Österreich zur Anwendung. Allerdings müssen für die Anwendung der [VO \(EG\) Nr. 883/2004](#) einige Voraussetzungen gegeben sein. [Art. 2 Abs. 1 VO \(EG\) Nr. 883/2004](#) bestimmt, dass diese Verordnung für Staatsangehörige eines Mitgliedstaats, Staatenlose und Flüchtlinge mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat gilt, für die die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, sowie für ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen. Im vorliegenden Fall ist unstrittig, dass der Bw. Staatsangehörige eines Mitgliedstaates ist und ihren Wohnsitz in Tschechien hat. Im vorliegenden Fall ist nach dem persönlichen Geltungsbereich somit diese VO anwendbar.

Gemäß [Art. 11 Abs. 1 VO \(EG\) Nr. 883/2004](#) unterliegen Personen, für die diese Verordnung gilt, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaates. Welche Rechtsvorschriften dies sind,

bestimmt sich nach diesem Titel. In Absatz 2 des zitierten Artikels wird bei Personen für Zwecke dieses Titels, die aufgrund oder infolge ihrer Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit eine Geldleistung beziehen, davon ausgegangen, dass sie diese Beschäftigung oder Tätigkeit ausüben. Die Verordnung 883/2004 und ihre Durchführungsverordnung VO 987/2009 traten mit 1. Mai 2010 in Kraft. Die alte Verordnung (VO (EG) 1408/71) und ihre alte Durchführungsverordnung (DVO 574/72) wurden mit dem Beginn der Anwendung der neuen Verordnung und ihrer DVO aufgehoben.

Der Arbeitnehmerbegriff der alten Verordnung (EG) 1408/71 existiert nicht mehr. Die VO (EG) verwendet stattdessen den Begriff (Ausübung einer) Beschäftigung. Voraussetzung ist die tatsächliche Ausübung einer rechtmäßigen, erlaubten Tätigkeit gegen Arbeitsentgelt. Dabei ist auf das nationale Recht abzustellen. In Österreich sind darunter grundsätzlich alle beschäftigten ASVG-Versicherten über der Geringfügigkeitsgrenze zu verstehen. Gemäß Art. 1 VO (EG) Nr. 883/2004 bezeichnet 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.

Der Bezug einer Geldleistung auf Grund oder infolge einer Beschäftigung gilt als Ausübung der Beschäftigung, somit als einer Beschäftigung gleichgestellte Situation (Art. 11 Abs. 2). Dazu gehört beispielsweise der Bezug von Krankengeld, Wochengeld, sowie anderer Leistungen, welche aus einer unselbständigen Tätigkeit gebühren.

Vereinbarungen zwischen Dienstgeber und Dienstnehmer über zusätzliche Freistellungen, die über die Dauer der gesetzlichen Karenz nach dem Mutterschutz- oder Väterkarenzgesetz (bis max. zum 2. Geburtstag) hinausgehen, sind Sonderurlaube, die nicht unter die Gleichstellung mit der Ausübung einer Beschäftigung fallen (vgl. *Csaszar/Lenneis/Wanke*, FLAG, Durchführungsrichtlinien zum FLAG 1967, 4.1.1.2., siehe dazu auch das Beispiel Nr. 5 unter 6.4.3.).

Im vorliegenden Fall ist unstrittig, dass die Bw. im Streitzeitraum in Sonderurlaub und somit weder unselbständig noch selbständig erwerbstätig war. Da die Bw. im gegenständlichen Fall laut vorliegenden Unterlagen im Zeitraum November 2010 bis Mai 2011 keine Geldleistung aufgrund oder infolge einer Beschäftigung bezog, kann nicht davon ausgegangen werden, dass sie in diesem Zeitraum eine Beschäftigung oder Tätigkeit im Sinne des [Art. 11 Abs. 2 VO \(EG\) Nr. 883/2004](#) ausübte. Im diesem Zeitraum lag somit keine einer Beschäftigung gleichgestellte Situation im Sinne des Art. 11 Abs. 2 der VO (EG) 883/2004 vor.

Somit ist Österreich in diesem Zeitraum nicht als Beschäftigungsstaat der Bw. anzusehen und die Bw. unterliegt gemäß Art. 11 Abs 3 VO (EG) Nr. 883/2004 den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaates. Damit sind jedoch die Voraussetzungen für einen

Familienbeihilfenanspruch in Österreich im Zeitraum November 2010 bis Mai 2011 nicht gegeben (vgl. Art. 68 VO (EG) Nr. 883/2004, Prioritätsregeln bei Zusammentreffen von Ansprüchen).

Soweit die Bw. vermeint, sie habe darauf vertrauen können, dass die ihr ausbezahlten Beträge aus der Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge zu Recht vom zuständigen Finanzamt ausbezahlt worden seien, ist darauf hinzuweisen, dass sich aus der oben zitierten Bestimmung ([§ 26 Abs. 1 FLAG 1967](#)) eine objektive Erstattungspflicht zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe ergibt. Subjektive Momente, wie Verschulden, Gutgläubigkeit oder die Verwendung, sind nach ständiger Rechtsprechung des VwGH für die Verpflichtung zur Rückerstattung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge unerheblich. Entscheidend ist lediglich, ob der Empfänger die Beiträge zu Unrecht erhalten hat (vgl. etwa VwGH vom 24.6.2009, Zl. [2007/15/0162](#)). Da im vorliegenden Fall die Bw. die Beiträge zu Unrecht erhalten hat, sind diese unabhängig von der Gutgläubigkeit der Bw. und ihrer gutgläubigen Verwendung zurückzufordern.

Aufgrund der von der Bw. zu Unrecht bezogenen Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge hat sie die entsprechenden Beträge für den Zeitraum November 2010 bis Mai 2011 zurückzuzahlen.

Hinsichtlich Oktober 2010 wurde der Berufung durch das Finanzamt mittels Berufungsvorentscheidung stattgegeben.

Wien, am 25. Februar 2013