

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R über die Beschwerde der Bf., X., vertreten durch Erwin Redl, 3843 Dobersberg, Karlsteiner Straße 18, gegen den Bescheid des Finanzamtes Waldviertel vom 18. September 2011, betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum Juni bis Dezember 2011, zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

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

## Entscheidungsgründe

Die Beschwerdeführerin (Bf.), eine polnische Staatsbürgerin, bezog im Streitzeitraum Juni bis Dezember 2011 für ihre beiden Kinder, geboren 1994 und 1996, Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge.

Im Zuge der Überprüfung der Anspruchsvoraussetzungen ersuchte das Finanzamt die Bf. mit Schreiben vom 19. August 2013 um Beantwortung der folgenden Fragen:

*"1. Wie viele Stunden arbeiten bzw. arbeiten Sie wöchentlich?*

*2. Welche Arbeiten werden von Ihnen verrichtet und wo?*

*Bitte beschreiben Sie Ihren genauen Tätigkeitsbereich.*

*3. Lt. Versicherungsdatenauszug waren Sie vom 01.12.2007 bis 31.05.2011 und vom 23.01.2013 bis 31.05.2013 als gewerblich Erwerbstätige versichert. Vom 01.05.2011 bis 31.05.2011 bzw. 01.01.2013 bis 31.05.2013 sind die Versicherungsbeiträge nicht bezahlt. Im Zeitraum 01.06.2011 bis 31.12.2012 lag lt. Versicherungsdatenauszug keine Versicherung vor.*

*Sie werden um Stellungnahme gebeten."*

Das Auskunftsersuchen wurde vom steuerlichen Vertreters der Bf. mit Schriftsatz vom 23. Juli 2013 wie folgt beantwortet:

*"... Frau R. beendete Ihren Gewerbebetrieb im Jahr 2011. Mit den Gläubigern wurde ein außergerichtlicher Schuldennachlass vereinbart, welcher im ersten Halbjahr 2012 von den Gläubigern angenommen wurde, die Quotenzahlungen wurden danach auch erfüllt.*

*Die Zahlungen wurden durch eine Vorauszahlung der Miete von der Firma Y. an die K. GmbH finanziert und die Mittel der Frau R. von der GmbH zur Verfügung gestellt.*

*Um die K. GmbH nicht in Schwierigkeiten (Überschuldung) zu bringen, wurde ein niedriger Geschäftsführerbezug verrechnet.*

*Ab 1.8.2013 wird ein Gehalt für eine 20-Stunden-Beschäftigung ausbezahlt."*

Die Bf. selbst äußerte sich dazu mit Schreiben vom 27. August 2013 wie folgt:

*"1. Als Geschäftsführer der GmbH war keine Arbeitszeit vereinbart, der Aufwand betrug ca. 10 - 16 Stunden pro Woche.*

*2. Meine Tätigkeit als Geschäftsführer: Einkauf und Kontaktaufnahme mit inländischen und ausländischen Lieferanten, gesamte Kundenbetreuung vor Ort, Verwaltungsaufgaben, administrative Tätigkeit im Geschäft, Werbung und Gestaltung etc.*

*3. Ich kann keine Auskunft geben warum die Versicherungsbeiträge nicht bezahlt wurden. Für den Zeitraum 1.6.2011 bis 31.12.2011 vermute ich das offensichtlich auf Grund des gesamten niedrigen Einkommens in dieser Zeit keine Versicherungspflicht bestand.*

*Die ganze Zeit bin ich in Österreich gemeldet und habe hier seit 2006 in Österreich gelebt und auf meinem Wohnsitz gearbeitet."*

Das Finanzamt forderte mit Bescheid vom 18. September 2013 die für den oben genannten Zeitraum bezogenen Beträge unter Verweis auf § 26 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) mit der Begründung zurück, dass, da die Bf. in den Monaten Juni bis Dezember 2011 keine Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit ausgeübt bzw. keine Geldleistung infolge dieser Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit bezogen habe und keine Versicherung in Österreich vorgelegen sei, für diese Monate kein Anspruch auf Ausgleichszahlung bestünde.

Der steuerliche Vertreter der Bf. brachte gegen den Rückforderungsbescheid fristgerecht Berufung ein und brachte darin vor, dass die Rückforderung damit begründet worden sei, dass in den angeführten Monaten keine Beschäftigung bzw. keine Pflichtversicherung bestanden habe. Dies entspreche nicht ganz den Tatsachen, denn die Bf. sei im damaligen Zeitraum nach dem GSVG pflichtversichert und durchgehend als Geschäftsführerin tätig gewesen. Die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag seien demnach rechtmäßig bezogen worden. Die rückwirkende Ruhendmeldung des Gewerbes sei erst im November 2012 erfolgt, eine Rückverrechnung der SV-Beiträge erst mit Kontoauszug vom 26. Jänner 2013.

Die Bf. habe die Beihilfe laufend und im guten Glauben verbraucht und sie sei nicht in der Lage, den Betrag zurückzuzahlen. Die Beihilfen seien zum damaligen Zeitpunkt rechtmäßig bezogen worden. Die Rückforderung würde angesichts der schlechten

privaten wirtschaftlichen Situation der Bf. für sie nun auch eine Katastrophe bedeuten, vor allem könnte sie ihrem Sohn nicht dessen Studium weiter finanzieren.

Die Berufung wurde ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung dem unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung vorgelegt.

Hingewiesen wird darauf, dass die am 31. Dezember 2013 beim Unabhängigen Finanzsenat anhängigen Berufungen gemäß § 323 Abs. 38 BAO vom Bundesfinanzgericht als Beschwerden im Sinn des Art. 130 Abs. 1 B-VG zu erledigen sind.

### **Über die Beschwerde wurde erwogen:**

#### **Folgender Sachverhalt ergibt sich aus der Aktenlage und wird der Entscheidung zu Grunde gelegt:**

Die Bf. ist polnische Staatsbürgerin. Sie ist seit 31. Juli 2006 mit einem Hauptwohnsitz in Österreich gemeldet.

Sie war Geschäftsführerin der K. GmbH. Die Gesellschaft wurde laut Firmenbuchauszug am 29. Februar 2008 errichtet und am 11. März 2008 in das Firmenbuch eingetragen.

Auszug aus dem Sozialversicherungsauszug vom 9. September 2013:

1.12.2007 - 31.5.2011	gewerbl. selbständig Erwerbstätige
1.5.2011 - 31.5.2011	nicht bezahlte Beiträge BSVG, GSVG, FSVG
1.1.2013 -31.5.2013	nicht bezahlte Beiträge BSVG, GSVG, FSVG
23.1.2013 - 31.5.2013	gewerbl. selbständig Erwerbstätige
1.8.2013 - 21.8.2013	Angestellte K. GmbH
22.8.2013 laufend	gewerbl. selbständig Erwerbstätige

Die Bf. ist seit 1994 verheiratet. Ihr Mann ist ebenfalls polnischer Staatsbürger.

Er ist laut Angaben der Bf. (Formular Beih1, Zuerkennung auf Ausgleichszahlung zur Familienbeihilfe ab 2012) in Polen Angestellter im Großhandel.

Die beiden in den Jahren 1994 und 1996 geborenen Kinder lebten im Streitzeitraum in Polen und besuchten dort die Schule.

Die Bf. meldete am 9. November 2012 bei der WKO einen Nichtbetrieb ab 31. März 2011.

Die Pflichtversicherung wurde ab 31. Mai 2011 beendet und die Beiträge rückerstattet.

#### **Gesetzliche Bestimmungen und rechtliche Würdigung:**

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.

§ 3 FLAG 1967 legt zusätzliche Voraussetzungen für Personen und für Kinder fest, die nicht österreichische Staatsbürger sind.

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

Gemäß § 53 Abs. 1 FLAG 1967 sind Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, im FLAG österreichischen 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.

Ab Mai 2010 ist in Bezug auf die Mitgliedstaaten der Europäischen Union und ab Mai 2011 für Staatsangehörige des (neueren) Mitgliedslandes Polen (aufgrund Ende der Übergangsfrist am 30.4.2011 in Zusammenhang mit Regelungen betreffend die Arbeitnehmerfreizügigkeit) 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), geändert und ergänzt durch die Verordnung (EG) 988/2009, samt der Durchführungsverordnung (EG) 987/2009 unmittelbar anzuwenden.

Gemäß Art. 11 Abs. 1 der sohin für gegenständlichen Streitzeitraum anzuwendenden VO unterliegen Personen, für die diese Verordnung gilt, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats.

Gemäß Art. 11 Abs. 2 der VO gilt vorbehaltlich hier nicht interessierender Ausnahmen, dass eine Person, die in einem Mitgliedstaat eine selbständige Erwerbstätigkeit ausübt, den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats unterliegt.

Gemäß Art. 67 der VO 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.

Art. 68 samt Überschrift der VO lautet:

#### *"Artikel 68*

##### *Prioritätsregeln bei Zusammentreffen von Ansprüchen*

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

*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 selbständige 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: .....

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. 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. ...."

Der Ehegatte und die beiden Kinder wohnen in Polen. Der Ehegatte übt dort eine Beschäftigung aus. Die Kinder besuchen in Polen die Schule.

Damit unterliegt die Bf. der Verordnung (EG) Nr. 883/2004.

Der Arbeitnehmerbegriff der VO hat einen gemeinschaftsspezifischen Inhalt und wird vom EuGH sozialversicherungsrechtlich und nicht arbeitsrechtlich definiert. Demnach ist jede Person als Arbeitnehmer bzw. Selbständiger anzusehen, die, unabhängig davon, ob sie eine Erwerbstätigkeit ausübt oder nicht, die Versicherteneigenschaft nach den für die soziale Sicherheit geltenden Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten besitzt. Entscheidend ist, ob jemand in einem für Arbeitnehmer oder Selbständige geschaffenen System der sozialen Sicherheit pflicht- oder freiwillig versichert ist (siehe EuGH Rs. C-543/03, Dodl und Oberhollenzer, Slg 2005, I-05049).

Nach § 26 Abs. 1 FLAG 1967 hat, wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen. Hieraus ergibt sich eine objektive Erstattungspflicht zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe. Subjektive Momente, wie Verschulden, Gutgläubigkeit oder die Verwendung der Familienbeihilfe, sind nach ständiger Rechtsprechung des VwGH für die Verpflichtung zur Rückerstattung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge unerheblich. Entscheidend ist lediglich, ob der Empfänger die Beträge zu Unrecht erhalten hat (sh. zB VwGH 24.6.2009, 2007/15/0162).

Sachverhaltsmäßig steht fest, dass die Bf. am 9. November 2012 bei der WKO einen Nichtbetrieb ab 31. März 2011 meldete, die Pflichtversicherung ab 31. Mai 2011 beendet und die Beiträge rückerstattet wurden.

Daher hat im Streitzeitraum keine aufrechte Pflichtversicherung bestanden, weshalb Österreich keinen Unterschiedsbetrag nach Art. 68 Abs. 3 der VO zu leisten hatte

und daher die in Rede stehenden Beträge zu Recht rückgefordert wurden. Ob die Rückforderung allenfalls unbillig ist, war im Rahmen dieses Beschwerdeverfahrens nicht zu beurteilen.

### **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.

Diese Voraussetzung liegt im Beschwerdefall nicht vor, da nach der Judikatur des EuGH und des VwGH für den Anspruch auf Familienleistungen entscheidend ist, ob jemand in einem für Arbeitnehmer oder Selbständige geschaffenen System der sozialen Sicherheit pflicht- oder freiwillig versichert ist.

Wien, am 6. August 2015