



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., W, vom 19. Mai 2009 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 2/20/21/22 vom 22. April 2009 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum Oktober 2005 bis Mai 2007 entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.) bezog für seinen minderjährigen Sohn S, geboren am xx.xx.2005, im Zeitraum Oktober 2005 bis Mai 2007 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge.

Mit Bescheid vom 22.4.2009 wurde die Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge für den genannten Zeitraum im Wesentlichen mit der Begründung zurückgefordert, der Bw. habe unter Umgehung des für ihn als polnischen Staatsbürger geltenden Ausländerbeschäftigungsgesetzes im Streitzeitraum eine nichtselbständige Tätigkeit ausgeübt, weshalb nicht vom Vorliegen der Arbeitnehmereigenschaft im Sinne der EU-Verordnungen ausgegangen werden könne. In einem solchen Fall sei daher der Anspruch auf österreichische Familienleistungen ausgeschlossen.

In der dagegen fristgerecht eingebrachten Berufung brachte der Bw. vor, er habe sich 2005 mit seiner Familie in Österreich niedergelassen und übe eine selbständige Tätigkeit aus, die in

der Montage und Demontage von vorgefertigten Winkelprofilen und Fachböden durch einfache Schraubverbindungen bestehe. Er sei daher nach der neuen EU-Richtlinie 2004/38/EG zur Personenfreizügigkeit als Selbständiger zum Erhalt der Familienleistungen im Aufnahmemitgliedstaat berechtigt. Jede Firma, die frisch gegründet werde, benötige Zeit für ihre Entwicklung und Stärke. Von Anfang an habe sich der Bw. aber bemüht, die Voraussetzungen und Eigenschaften einer selbständigen Tätigkeit („möglichst viele Werkverträge mit verschiedenen Vertragspartnern“) zu beachten und die Abgaben nach Möglichkeit zu leisten. Als am 27.10.2005 sein Sohn in Wien geboren sei, habe er nach dem Prinzip des „Lebensmittelpunktinteresses“ einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe beim zuständigen Finanzamt gestellt und diese bis 2007 auch bekommen. Nunmehr sei er wegen angeblicher Umgehung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes aufgefordert worden, die erhaltenen Familienleistungen zurückzuzahlen. Es werde ihm vorgeworfen, eine „Scheinselbständigkeit“ ausgeübt zu haben und bei Herrn A unselbständig ohne die notwendige Berechtigung gearbeitet zu haben.

Es sei richtig, dass er Herrn A kenne. Sie hätten sich in einem Fußballverein kennen gelernt, aus der anfänglichen Bekanntschaft sei mittlerweile Freundschaft geworden, und Herr A habe ihm gelegentlich bei der Vermittlung von Arbeitsverträgen geholfen. Er sei aber auf keinen Fall bei diesem unselbständig beschäftigt gewesen. Er sei diesem in keiner Weise hinsichtlich „der Art der Ausführung der Arbeit, der Arbeitsmittel, der Arbeitszeit oder der Bindung an Vorgaben, Einweisungen gebunden“, da es ihn betreffend keine Einordnung in den Betrieb des Herrn A gebe, womit er nie von diesem persönlich abhängig gewesen sei. Im guten Glauben habe er seine Tätigkeiten so gut wie er gekonnt habe und mit Erfolg („=ein bestimmtes Werk erbracht und nicht auf Arbeitsleistung gerichtet“) ausgeübt.

Er sei außerdem von Anfang an beider SVA der gewerblichen Wirtschaft versicherungspflichtig angemeldet gewesen.

Die Berufung wurde ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung an den Unabhängigen Finanzsenat vorgelegt.

Mit Schreiben vom 6.4.2010 wurde der Bw. aufgefordert, Anmeldebescheinigungen gemäß § 9 NAG sowie eine Verzichtserklärung der Kindesmutter auf die Gewährung von Familienbeihilfe vorzulegen.

Dieser Aufforderung kam er mit Schreiben vom 15.4.2010 nach.

In der Folge wurde ihm mit Schreiben vom 21.4.2010 mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, die Entscheidung über seine Berufung gemäß § 281 BAO iVm § 282 Abs. 2 BAO bis zur Beendigung des beim Verwaltungsgerichtshof zu Zl. 2007/13/0101 anhängigen Verfahrens

auszusetzen, da der Ausgang dieses Verfahrens hinsichtlich der Frage, ob der Besitz einer gültigen Gewerbeberechtigung als Voraussetzung für die Gewährung der Familienbeihilfe an EU-Bürger, für die das Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) gelte, ausreiche, oder ob auf die Rechtmäßigkeit der im Inland ausgeübten Tätigkeit abzustellen sei, von wesentlicher Bedeutung für die Entscheidung über die genannte Berufung hinsichtlich des Zeitraumes Oktober 2005 bis Dezember 2005 sei.

Da dieses Schreiben unbeantwortet blieb, wurde mit Bescheid vom 17.6.2010 die Entscheidung über die Berufung bis zur Beendigung des beim Verwaltungsgerichtshof zu Zl. 2007/13/0101 anhängigen Verfahrens ausgesetzt.

Mit Erkenntnis vom 29.9.2010, Zl. 2007/13/0101, dem Unabhängigen Finanzsenat am 12.10.2010 zugestellt, hob der Verwaltungsgerichtshof die angefochtenen Entscheidung wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes unter Hinweis auf das Erkenntnis vom gleichen Tag zu Zl. 2008/13/0160, auf, da sich der angefochtene Bescheid in der Frage der Anwendbarkeit der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 im Zusammenhang mit dem Verstoß gegen das AuslBG ebenfalls als mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet erweise. Die inhaltliche Rechtswidrigkeit wird in dem zitierten Erkenntnis (Zl. 2008/13/0160) darin gesehen, dass die belangte Behörde den angenommenen Verstoß gegen das AuslBG nicht nach den in der Rechtsprechung zu § 2 Abs. 2 und 4 AuslBG entwickelten Kriterien beurteilt habe. Soweit sich der angefochtene Bescheid auf die Annahme eines Verstoßes gegen das AuslBG stütze, sei er daher unabhängig davon, ob ein solcher Verstoß bedeuten würde, dass der Beschwerdeführerin die unmittelbare Anwendbarkeit der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 nicht zugute komme, inhaltlich rechtswidrig.

Über die Berufung wurde erwogen:

Folgender Sachverhalt wird der Entscheidung zugrunde gelegt:

Der Bw. ist laut Meldeauskunft ebenso wie seine Ehefrau seit 19.9.2005 in Wien polizeilich gemeldet. Sein am xx.xx.2005 geborener minderjähriger Sohn ist seit 9.11.2005 an der gemeinsamen Adresse der Eltern in Wien gemeldet.

Am 1.4.2005 meldete der Bw. das Gewerbe „Montage und Demontage von vorgefertigten Winkelprofilen und Fachböden durch einfache Schraubverbindungen“ beim Magistratischen Bezirksamt für den yy. Bezirk an. Er ist seit 1.4.2005 bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft pflichtversichert. Seine Gattin hat seit 22.6.2005 in der Krankenversicherung nach dem Gewerblichen Sozialversicherungsgesetz (GSVG) als

Angehörige einen Anspruch auf Leistungen, wie auch sein minderjähriger Sohn seit seiner Geburt.

Der Bw. war im Jahr 2005 bei der Firma AG auf verschiedenen Baustellen beschäftigt, worüber er mit sechs Rechnungen über den Leistungszeitraum April bis September 2005 abrechnete. Hinsichtlich der Monate Oktober bis Dezember 2005 liegen keine Arbeitsnachweise vor.

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus den vorgelegten Meldeauskünften, einer Kopie des Gewerbescheines, den Bestätigungen der Sozialversicherungsanstalt der Gewerblichen Wirtschaft vom 13.12.2006, sowie den vom Bw. vorgelegten Rechnungen. Er ist folgendermaßen rechtlich zu würdigen:

1.) Für den Zeitraum ab 1.1.2006

Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben gemäß § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) in der seit 1.1.2006 geltenden Fassung 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.

Anspruch auf Familienbeihilfe besteht § 3 Abs. 2 leg. cit. für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Gemäß § 9 Abs. 1 NAG werden zur Dokumentation des gemeinschaftsrechtlichen Aufenthaltsrechts für mehr als drei Monate auf Antrag ausgestellt:

1. eine „Anmeldebescheinigung“ (§ 53 NAG) für EWR-Bürger, die sich länger als drei Monate in Österreich aufhalten, und
2. eine „Aufenthaltskarte für Angehörige eines EWR-Bürgers“ (§ 54 NAG) für Drittstaatsangehörige, die Angehörige von gemeinschaftsrechtlich aufenthaltsberechtigten EWR-Bürgern sind.

Gemäß § 9 Abs. 2 NAG werden zur Dokumentation des gemeinschaftsrechtlichen Daueraufenthaltsrechts auf Antrag ausgestellt:

1. eine „Bescheinigung des Daueraufenthalts“ (§ 53a) für EWR-Bürger, die das Daueraufenthaltsrecht erworben haben, und
2. eine „Daueraufenthaltskarte“ (§ 54a) für Drittstaatsangehörige, die Angehörige eines EWR-Bürgers sind und das Recht auf Daueraufenthalt erworben haben.

Inhabern von Anmeldebescheinigungen (§ 3 Abs. 1 Z 1 NAG) oder Bescheinigungen des Daueraufenthalts (§ 3 Abs. 2 Z 1 NAG) kann gemäß § 9 Abs. 3 NAG auf Antrag ein „Lichtbildausweis für EWR-Bürger“ mit fünfjähriger Gültigkeitsdauer ausgestellt werden. Der Lichtbildausweis für EWR-Bürger, die Aufenthaltskarte und die Daueraufenthaltskarte gelten als Identitätsdokumente. Form und Inhalt der Anmeldebescheinigung, der Bescheinigung des Daueraufenthalts, des Lichtbildausweises für EWR-Bürger, der Aufenthaltskarte und der Daueraufenthaltskarte legt der Bundesminister für Inneres durch Verordnung fest.

EWR-Bürger, denen das gemeinschaftsrechtliche Aufenthaltsrecht zukommt (§§ 51 und 52 NAG), haben gemäß § 53 Abs. 1 NAG, wenn sie sich länger als drei Monate im Bundesgebiet aufhalten, dies binnen vier Monaten ab Einreise der Behörde anzuzeigen. Bei Vorliegen der Voraussetzungen (§§ 51 oder 52 NAG) ist von der Behörde auf Antrag eine Anmeldebescheinigung auszustellen.

Auf Grund der Freizügigkeitsrichtlinie sind EWR-Bürger zum Aufenthalt für mehr als drei Monate gemäß § 51 Abs.1 NAG berechtigt, wenn sie

1. in Österreich Arbeitnehmer oder Selbständige sind;
2. für sich und ihre Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel und einen umfassenden Krankenversicherungsschutz verfügen, so dass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen in Anspruch nehmen müssen, oder
3. als Hauptzweck ihres Aufenthalts eine Ausbildung einschließlich einer Berufsausbildung bei einer öffentlichen Schule oder einer rechtlich anerkannten Privatschule oder Bildungseinrichtung absolvieren und die Voraussetzungen der Z 2 erfüllen.

Die Erwerbstätigeneigenschaft als Arbeitnehmer oder Selbständiger gemäß Abs. 1 Z 1 NAG bleibt § 51 Abs. 2 NAG zufolge dem EWR-Bürger, der diese Erwerbstätigkeit nicht mehr ausübt, erhalten, wenn er

1. wegen einer Krankheit oder eines Unfalls vorübergehend arbeitsunfähig ist;
2. sich als Arbeitnehmer bei ordnungsgemäß bestätigter unfreiwilliger Arbeitslosigkeit nach mehr als einjähriger Beschäftigung der zuständigen regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice zur Verfügung stellt;
3. sich als Arbeitnehmer bei ordnungsgemäß bestätigter unfreiwilliger Arbeitslosigkeit nach Ablauf seines auf weniger als ein Jahr befristeten Arbeitsvertrages oder bei im Laufe der ersten zwölf Monate eintretender unfreiwilliger Arbeitslosigkeit der zuständigen regionalen

Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice zur Verfügung stellt, wobei in diesem Fall die Erwerbstätigeneigenschaft während mindestens sechs Monaten erhalten bleibt, oder

4. eine Berufsausbildung beginnt, wobei die Aufrechterhaltung der Erwerbstätigeneigenschaft voraussetzt, dass zwischen dieser Ausbildung und der früheren beruflichen Tätigkeit ein Zusammenhang besteht, es sei denn, der Betroffene hat zuvor seinen Arbeitsplatz unfreiwillig verloren.

Gemäß § 51 Abs. 3 NAG hat der EWR-Bürger zur Wahrung seines Rechts diese Umstände, wie auch den Wegfall der in Abs. 1 Z 1 bis 3 NAG genannten Voraussetzungen der Behörde unverzüglich, längstens jedoch binnen einem Monat, bekannt zu geben. Der Bundesminister für Inneres ist ermächtigt, die näheren Bestimmungen zur Bestätigung gemäß § 51 Abs. 2 Z 2 und 3 NAG mit Verordnung festzulegen.

Auf Grund der Freizügigkeitsrichtlinie sind EWR-Bürger, die Angehörige von gemeinschaftsrechtlich aufenthaltsberechtigten EWR-Bürgern (§§ 51 und 53a NAG) sind, gemäß § 52 Abs. 1 NAG zum Aufenthalt für mehr als drei Monate berechtigt, wenn sie

1. Ehegatte oder eingetragener Partner sind;
2. Verwandter des EWR-Bürgers, seines Ehegatten oder eingetragenen Partners in gerader absteigender Linie bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres und darüber hinaus sind, sofern ihnen von diesen Unterhalt tatsächlich gewährt wird;
3. Verwandter des EWR-Bürgers, seines Ehegatten oder eingetragenen Partners in gerader aufsteigender Linie sind, sofern ihnen von diesen Unterhalt tatsächlich gewährt wird;
4. Lebenspartner sind, der das Bestehen einer dauerhaften Beziehung im Herkunftsstaat nachweist, oder
5. sonstige Angehörige des EWR-Bürgers sind,
 - a) die vom EWR-Bürger bereits im Herkunftsstaat Unterhalt tatsächlich bezogen haben,
 - b) die mit dem EWR-Bürger bereits im Herkunftsstaat in häuslicher Gemeinschaft gelebt haben, oder
 - c) bei denen schwerwiegende gesundheitliche Gründe die persönliche Pflege zwingend erforderlich machen.

Der Tod des zusammenführenden EWR-Bürgers, sein nicht bloß vorübergehender Wegzug aus dem Bundesgebiet, die Scheidung oder Aufhebung der Ehe sowie die Auflösung der

eingetragenen Partnerschaft mit ihm berühren gemäß § 52 Abs. 2 NAG nicht das Aufenthaltsrecht seiner Angehörigen gemäß § 52 Abs. 1 NAG.

Gemäß § 53 Abs. 2 NAG sind zum Nachweis des gemeinschaftsrechtlichen Aufenthaltsrechts ein gültiger Personalausweis oder Reisepass sowie folgende Nachweise vorzulegen:

1. nach § 51 Abs. 1 Z 1 NAG: eine Bestätigung des Arbeitgebers oder ein Nachweis der Selbständigkeit;
2. nach § 51 Abs. 1 Z 2 NAG: Nachweise über ausreichende Existenzmittel und einen umfassenden Krankenversicherungsschutz;
3. nach § 51 Abs. 1 Z 3 NAG: Nachweise über die Zulassung zu einer Schule oder Bildungseinrichtung und über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz sowie eine Erklärung oder sonstige Nachweise über ausreichende Existenzmittel;
4. nach § 52 Abs. 1 Z 1 NAG: ein urkundlicher Nachweis des Bestehens der Ehe oder eingetragenen Partnerschaft;
5. nach § 52 Abs. 1 Z 2 und 3 NAG: ein urkundlicher Nachweis über das Bestehen einer familiären Beziehung sowie bei Kindern ab Vollendung des 21. Lebensjahres und Verwandten des EWR-Bürgers, seines Ehegatten oder eingetragenen Partners in gerader aufsteigender Linie ein Nachweis über die tatsächliche Unterhaltsgewährung;
6. nach § 52 Abs. 1 Z 4 NAG: ein Nachweis des Bestehens einer dauerhaften Beziehung mit dem EWR-Bürger im Herkunftsstaat;
7. nach § 52 Abs. 1 Z 5 NAG: ein urkundlicher Nachweis einer zuständigen Behörde des Herkunftsstaates der Unterhaltsleistung des EWR-Bürgers oder des Lebens in häuslicher Gemeinschaft oder der Nachweis der schwerwiegenden gesundheitlichen Gründe, die die persönliche Pflege durch den EWR-Bürger zwingend erforderlich machen.

Für EWR-Bürger und Schweizer Bürger, die bereits vor dem In-Kraft-Treten dieses Bundesgesetzes rechtmäßig im Bundesgebiet niedergelassen und nach dem Meldegesetz 1991 gemeldet sind, gilt gemäß der Übergangsbestimmung des § 81 Abs. 4 NAG ihre aufrechte Meldung nach dem Meldegesetz 1991 als Anmeldebescheinigung im Sinne des § 53 NAG und somit als Dokument zur Bescheinigung des Daueraufenthaltes des EWR-Bürgers .

Nachdem der Bw. und sein minderjähriger Sohn zum 1.1.2006 über eine aufrechte Meldung nach dem Meldegesetz verfügten, gilt dies als Anmeldebescheinigung im Sinne des § 53 NAG. Der Bw. und seine Sohn halten sich daher nach § 9 NAG rechtmäßig in Österreich auf. Sie erfüllen daher die in § 3 Abs. 1 und 2 FLAG 1967 in der derzeit geltenden Fassung

festgelegten Voraussetzungen für die Gewährung von Familienbeihilfe. Eine Beurteilung der vom Bw. tatsächlich ausgeübten Tätigkeit ist im Hinblick darauf, dass die zitierten gesetzlichen Bestimmungen des FLAG 1967 in der derzeit geltenden Fassung dieser keine Bedeutung beimessen, nicht erforderlich.

Da die Ehegattin des Bw., die gemäß § 2a Abs. 1 FLAG 1967 vorrangig Anspruch auf Gewährung von Familienbeihilfe hätte, zugunsten des Bw. verzichtet hat, wurde somit vom Bw. ab Jänner 2006 zu Recht Familienbeihilfe bezogen.

2.) Für den Zeitraum Oktober bis Dezember 2005:

Gemäß § 3 Abs. 1 FLAG 1967 in der für den Streitzeitraum geltenden Fassung haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet bei einem Dienstgeber beschäftigt sind und aus dieser Beschäftigung Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit oder zufolge einer solchen Beschäftigung Bezüge aus der gesetzlichen Krankenversicherung im Bundesgebiet beziehen; kein Anspruch besteht jedoch, wenn die Beschäftigung nicht länger als drei Monate dauert. Kein Anspruch besteht außerdem, wenn die Beschäftigung gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer verstößt.

§ 3 Abs. 2 leg. cit. zufolge gilt Abs. 1 nicht für Personen, die sich seit mindestens sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten, sowie für Staatenlose und Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 1997 gewährt wurde.

Im Hinblick darauf, dass der Bw. seinen Angaben zufolge nicht nichtselbständig tätig war, eine nichtselbständige Tätigkeit aber auch mangels Genehmigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz zweifellos gegen das Beschäftigungsverbot verstoßen hätte, kann aus den zitierten gesetzlichen Bestimmungen kein Anspruch auf Gewährung von Familienbeihilfe abgeleitet werden.

Gemäß § 53 Abs. 1 FLAG idF des Budgetbegleitgesetzes 2001, BGBl. I Nr. 142/2000 sind jedoch 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."

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. Jänner 1997 (Verordnung Nr. 1408/71), die gemäß Artikel 96 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 der Europäischen Parlamentes 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 erst mit Wirkung vom 1. Mai 2010 aufgehoben wurde und daher im Streitzeitraum noch zur Anwendung kommt, gilt nach ihrem Art. 4 Abs. 1 Buchstabe h für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, welche Familienleistungen betreffen.

Unter Familienleistungen sind nach Art. 1 Buchstabe u sublit. i der Verordnung Nr. 1408/71 alle Sach- oder Geldleistungen zu verstehen, die zum Ausgleich von Familienlasten im Rahmen der in Art. 4 Abs. 1 Buchstabe h genannten Rechtsvorschriften bestimmt sind, jedoch mit Ausnahme der in Anhang II aufgeführten besonderen Geburts- oder Adoptionsbeihilfen.

Familienbeihilfen sind nach Art. 1 Buchstabe u sublit. ii der Verordnung Nr. 1408/71 regelmäßige Geldleistungen, die ausschließlich nach Maßgabe der Zahl und gegebenenfalls des Alters von Familienangehörigen gewährt werden.

Die Verordnung Nr. 1408/71 gilt Artikel 2 Abs.1 zufolge für Arbeitnehmer, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, soweit sie Staatsangehörige eines Mitgliedstaats sind oder als Staatenlose oder Flüchtlinge im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen, sowie für deren Familienangehörige und Hinterbliebene.

Als Arbeitnehmer wird in Artikel 1 lit. a der Verordnung Nr. 1408/71 jede Person definiert,

i) die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den Zweigen eines Systems der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer erfasst werden, pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist, und zwar vorbehaltlich der Einschränkungen in Anhang V;

ii) die im Rahmen eines für alle Einwohner oder die gesamte erwerbstätige Bevölkerung geltenden Systems der sozialen Sicherheit gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken pflichtversichert ist, die von den Zweigen erfasst werden, auf die diese Verordnung anzuwenden ist,

- wenn diese Person auf Grund der Art der Verwaltung oder der Finanzierung dieses Systems als Arbeitnehmer unterschieden werden kann oder

- wenn sie bei Fehlen solcher Kriterien im Rahmen eines für Arbeitnehmer errichteten Systems gegen ein anderes in Anhang V bestimmtes Risiko pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist;

iii) die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den unter diese Verordnung fallenden Zweigen erfasst werden, im Rahmen eines für Arbeitnehmer, für alle Einwohner eines Mitgliedstaats oder für bestimmte Gruppen von Einwohnern geschaffenen Systems der sozialen Sicherheit eines Mitgliedstaats freiwillig versichert ist, wenn sie früher im Rahmen eines für die Arbeitnehmer desselben Mitgliedstaats errichteten Systems gegen das gleiche Risiko pflichtversichert war;

Gemäß § 2 Abs. 1 Zif. 1 des Gewerblichen Sozialversicherungsgesetzes (GSVG) sind auf Grund dieses Bundesgesetzes die Mitglieder der Kammern der gewerblichen Wirtschaft, soweit es sich um natürliche Personen handelt, in der Krankenversicherung und in der Pensionsversicherung pflichtversichert.

Mitglieder der Wirtschaftskammern und Fachorganisationen sind gemäß § 2 Abs. 1 Wirtschaftskammergesetz 1998 alle physischen und juristischen Personen sowie sonstige Rechtsträger, die Unternehmungen des Gewerbes, des Handwerks, der Industrie, des Bergbaues, des Handels, des Geld-, Kredit- und Versicherungswesens, des Verkehrs, des Nachrichtenverkehrs, des Rundfunks, des Tourismus und der Freizeitwirtschaft sowie sonstiger Dienstleistungen rechtmäßig selbständig betreiben oder zu betreiben berechtigt sind.

Zu den Mitgliedern gemäß Abs. 1 leg. cit. zählen Abs. 2 zufolge jedenfalls Unternehmungen, die der Gewerbeordnung unterliegen sowie insbesondere solche, die in der Anlage zu diesem Gesetz angeführt sind.

Da der Bw. – wie dem Auszug aus dem Gewerberegister zu entnehmen ist – mit dem von ihm angemeldeten Gewerbe der Gewerbeordnung unterliegt und er damit Mitglied der Kammer der Gewerblichen Wirtschaft ist, ist er auch – wie von der Versicherungsanstalt der Gewerblichen Wirtschaft bestätigt – bei dieser pflichtversichert. Die Kammermitgliedschaft und damit auch die Pflichtversicherung nach dem GSVG bzw. ASVG hängt nur von der Berechtigung zum selbstständigen Betrieb von Unternehmungen des Gewerbes, der Industrie, des Handels und des Fremdenverkehrs, nicht aber von der Ausübung dieser Berechtigung selbst ab (vgl. *Seidl* in Geppert, Sozialversicherung in der Praxis, Kap 2.7.1.1 unter Berufung auf VwGH, 89/08/0182). Da der Bw. über die Berechtigung zur Ausübung des genannten der Gewerbeordnung unterliegenden Gewerbes verfügte, fällt er, unabhängig davon, dass er dies im Streitzeitraum mangels einlangender Aufträge nicht ausüben konnte, in den persönlichen Geltungsbereich der Verordnung Nr. 1408/71.

Die Personen, die im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen und für die diese Verordnung gilt, haben gemäß Artikel 3 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71 die gleichen Rechte und Pflichten

auf Grund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie Staatsangehörige dieses Staates, soweit besondere Bestimmungen dieser Verordnung nichts anderes vorsehen.

Da der Bw. in den Geltungsbereich der Verordnung Nr. 1408/71 fällt und im Inland wohnt, sind auf ihn die gleichen rechtlichen Vorschriften wie auf österreichische Staatsbürger anzuwenden. Es sind dementsprechend für ihn die Vorschriften des FLAG 1967 in der gleichen Weise wie für einen österreichischen Staatsbürger maßgeblich.

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. a FLAG 1967 haben Anspruch auf Familienbeihilfe Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, für minderjährige Kinder.

Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 hat Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört.

Gemäß § 2 Abs. 8 FLAG 1967 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.

Gehört ein Kind zum gemeinsamen Haushalt der Eltern, so geht gemäß § 2a Abs. 1 FLAG 1967 der Anspruch des Elternteiles, der den Haushalt überwiegend führt, dem Anspruch des anderen Elternteiles vor. Bis zum Nachweis des Gegenteils wird vermutet, dass die Mutter den Haushalt überwiegend führt.

Gemäß § 2a Abs. 2 FLAG 1967 kann in den Fällen des Abs. 1 leg. cit. der Elternteil, der einen vorrangigen Anspruch hat, zugunsten des anderen Elternteiles verzichten. Der Verzicht kann auch rückwirkend abgegeben werden, allerdings nur für Zeiträume, für die die Familienbeihilfe noch nicht bezogen wurde. Der Verzicht kann widerrufen werden.

Im Hinblick darauf, dass der Bw., der im gemeinsamen Haushalt mit seinem minderjährigen Sohn und seiner Ehefrau lebt, im Bundesgebiet seinen Wohnsitz hat, und sich hier mit seiner Familie eine Existenz aufbauen will, ist davon auszugehen, dass er den Mittelpunkt seiner Lebensinteressen im Jahr 2005 in das Inland verlegt hat. Da auch die Kindesmutter auf ihren vorrangigen Anspruch verzichtet hat, erfüllte der Bw. im Zeitraum Oktober bis Dezember 2005 sämtliche für österreichische Staatsbürger geltenden Anspruchsvoraussetzungen für die Gewährung von Familienbeihilfe und hat daher entsprechend dem in Artikel 3 der Verordnung Nr. 1408/71 verankerten Gleichheitsgrundsatz ebenso wie eine österreichischer Staatsbürger Anspruch auf Familienbeihilfe.

Einem Steuerpflichtigen, dem auf Grund des FLAG 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, steht gemäß § 33 Abs. 4 Zif. 3 lit. a EStG 1988 im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ab dem Jahr 2000 ein Kinderabsetzbetrag von monatlich 50,90 Euro für jedes Kind zu. Für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, steht kein Kinderabsetzbetrag zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 FLAG 1967 anzuwenden.

Da die Familienbeihilfe – wie oben dargelegt – für den gesamten streitgegenständlichen Zeitraum Oktober 2005 bis Mai 2007 zu Recht bezogen wurde, standen dem Bw. auch die Kinderabsetzbeträge des § 33 Abs. 4 Zif. 3 lit. a EStG 1988 zu.

Es besteht daher kein Grund, die genannten Beträge zurückzufordern. Der Bescheid vom 22.4.2009 über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge war daher ersatzlos aufzuheben.

Wien, am 9. Dezember 2010