



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., W.,H-Gasse, vertreten durch Mag. Dr. Erhard Buder, Rechtsanwalt, 1080 Wien, Lerchenfelderstraße 94, vom 23. Februar 2011 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 4/5/10 vom 25. Jänner 2011 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum Juli 2008 bis Dezember 2009 entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

Entscheidungsgründe

Mit Bescheid des zuständigen Finanzamtes vom 25. Jänner 2011 wurden von der Berufungswerberin (Bw) die ihr für den Zeitraum Juli 2008 bis Dezember 2009 für ihren minderjährigen Sohn AS, geb. am xx.xx. 2008, gewährte Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge zurückgefordert. Begründend wurde ausgeführt, sie und ihr Sohn hätten sich laut Gerichtsbeschluss des Bezirksgerichtes Favoriten nicht ständig im Bundesgebiet aufgehalten.

In der dagegen fristgerecht eingebrachten Berufung wandte der anwaltliche Vertreter der Bw ein, die Feststellung des Bezirksgerichtes Favoriten sei unrichtig. Tatsächlich habe sich der mj. AS bis zuletzt überwiegend im Bundesgebiet aufgehalten, er sei lediglich zu üblichen Familienbesuchen in die Slowakei gereist. Er stellte den Antrag auf Aufhebung des Bescheides

vom 25. Jänner 2011, „eventualiter Neuentscheidung in der Sache nach Einvernahme der beantragten Beweismittel“.

Die Berufung wurde mit Berufungsvorentscheidung vom 11. März 2011 als unbegründet abgewiesen und ausgeführt, das Finanzamt sei an die Gerichtsentscheidung gebunden. Da laut Inhalt dieser Entscheidung der Aufenthalt der Mutter und des Minderjährigen in der Slowakei festgestellt worden sei, scheine eine Einvernahme der im Berufungsschreiben angeführten Personen nicht zielführend.

In dem dagegen fristgerecht eingebrachten Vorlageantrag verwies der anwaltliche Vertreter der Bw. auf die Ausführungen in der Berufung und führte ergänzend aus, die Rechtsansicht des Finanzamtes betreffend die Bindung an die Gerichtsentscheidung sei unrichtig. Er wiederholte seine in der Berufung angeführten Beweisanträge.

Über die Berufung wurde erwogen:

Folgender Sachverhalt wird der Entscheidung zu Grunde gelegt:

Die Bw. besitzt die slowakische Staatsbürgerschaft. Am 2. Jänner 2008 meldete sie das Gewerbe der Hausbetreuung, bestehend in der Durchführung einfacher Reinigungstätigkeiten einschließlich objektbezogener einfacher Wartungstätigkeiten auf Grundlage von Werk- und freien Dienstverträgen, unter Ausschluss von Tätigkeiten reglementierter Gewerbe beim Magistrat der Stadt Wien an.

In der Zeit vom 1.1.2008 bis 31.12.2008 war sie bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft in der Pensions- und Krankenversicherung pflichtversichert. Für den Zeitraum 1.1.2009 bis 31.7.2009 beantragte die Bw. gemäß [§ 4 Abs. 1 Z 7 GSVG](#) auf Grund geringer Einkünfte die Ausnahme von der Kranken- und Pensionsversicherung. Sie war in dieser Zeit in der Unfallversicherung pflichtversichert, nicht jedoch in der Kranken- und Pensionsversicherung. Mit Ende Juli 2009 legte sie ihre Gewerbeberechtigung zurück.

Sie bezog für den Zeitraum Juli 2008 bis Dezember 2009 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für ihren minderjährigen Sohn AS, geb. am xx.. 7.2008.

Die Bw. betreute nach der Geburt ihren Sohn tatsächlich und überwiegend (zum Teil in Österreich und zum Teil in der Slowakei).

Bis 29. Dezember 2008 lebte sie gemeinsam mit ihrem Lebensgefährten SA und ihrem Kind in einem gemeinsamen Haushalt in Wien. Vom 20.12.2008 bis 14. Juni 2011 war sie an der Adresse W.,H-Gasse, polizeilich gemeldet.

Dieser Sachverhalt gründet sich auf die im Akt befindlichen Unterlagen, die Auskünfte der Sozialversicherungsanstalt der Gewerblichen Wirtschaft und die Abfrage aus dem Zentralen Melderegister.

Rechtliche Würdigung:

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](#) des 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, lautet auszugsweise:

„Artikel 1

a) „Arbeitnehmer“ oder „Selbständiger“: jede Person,

i) die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den Zweigen eines Systems der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer oder Selbständige oder einem Sondersystem für Beamte erfasst werden, pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist.

u) i) „Familienleistungen“: 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.

ii) „Familienbeihilfen“: regelmäßige Geldleistungen, die ausschließlich nach Maßgabe der Zahl und gegebenenfalls des Alters von Familienangehörigen gewährt werden.

Artikel 2

(1) Diese Verordnung gilt für Arbeitnehmer und Selbständige sowie für Studierende, 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.

Artikel 4

(1) Die Verordnung gilt für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, die folgende Leistungsarten betreffen.

h) Familienleistungen

Artikel 13:

(1) Vorbehaltlich des Artikels 14c (und 14f (eingefügt durch ABl. L 209/1998)) unterliegen Personen, für die diese Verordnung gilt, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaates. Welche Rechtsvorschriften diese sind, bestimmt sich nach diesem Titel.

(2) Soweit nicht die Artikel 14 bis 17 etwas anderes bestimmen, gilt Folgendes:

a) ...

b) Eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats eine selbständige Tätigkeit ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Staates, und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnt;

Artikel 73:

Ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegt, hat, 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.

Artikel 75:

(1) Familienleistungen werden in dem in Artikel 73 genannten Fall vom zuständigen Träger des Staates gewährt, dessen Rechtsvorschriften für den Arbeitnehmer oder den Selbständigen gelten; ... Sie werden nach den für diese Träger geltenden Bestimmungen unabhängig davon gezahlt, ob die natürliche oder juristische Person, an die sie zu zahlen sind, im Gebiet des zuständigen Staates oder in dem eines anderen Mitgliedstaats wohnt oder sich dort aufhält."

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.

Die Bw., die das Gewerbe der Hausbetreuung angemeldet hatte, war laut Mitteilung der Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft in der Zeit bis 31.12.2008 gemäß [§ 2 Abs. 1 GSVG](#) kranken- und pensionsversichert. Für den Zeitraum vom 1.1.2009 bis 31.7.2009 stellte die Bw. gemäß [§ 4 Abs. 1 Z 7 GSVG](#) einen Antrag auf Ausnahme von der Pflichtversicherung in der Kranken- und Pensionsversicherung auf Grund geringer Einkünfte. Für diesen Zeitraum war die Bw. jedoch in der Unfallversicherung pflichtversichert.

Gemäß [§ 3 Abs. 3 Z 4 GSVG](#) sind Personen, die ihr Kind (§ 116a Abs. 2) in den ersten 48 Kalendermonaten nach der Geburttatsächlich und überwiegend im Sinne des § 116a Abs. 4 bis 7 im Inland erziehen, in der Pensionsversicherung pflichtversichert, wenn sie zuletzt nach dem [GSVG](#) oder [FSVG](#), nicht jedoch nach dem [ASVG](#) pensionsversichert waren.

Über Vorabentscheidungsersuchen des Obersten Gerichtshofes vom 24.11.2009 erkannte der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften mit Urteil vom 10. März 2011, Rechtssache C-516/09 „Tanja Borger gegen Tiroler Gebietskrankenkasse“, im Spruch zu Recht:

„Die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne von Art. 1 Buchst. A der Verordnung (EWG) 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, in der durch die Verordnung (EG) Nr. 118/97 des Rates vom 2. Dezember 1996 geänderten und aktualisierten Fassung ist einer Person in der Situation der Klägerin im Ausgangsverfahren während der sechsmonatigen Verlängerung der Karenz im Anschluss an die Geburt ihres Kindes zuzuerkennen, vorausgesetzt, diese Person ist in dieser Zeit auch nur gegen ein einziges Risiko im Rahmen eines der in Art. 1 Buchst. a dieser Verordnung genannten allgemeinen oder besonderen Systeme der sozialen Sicherheit pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert. Es ist Sache des nationalen Gerichts zu prüfen, ob diese Voraussetzung in dem bei ihm anhängigen Rechtsstreit erfüllt ist.“

In weiterer Folge ging der Oberste Gerichtshof im Sinne der bindenden Rechtsansicht des EuGH davon aus, dass eine Teilversicherung in der Pensionsversicherung für Zeiten der Kindererziehung, wie sie in [§ 8 Abs. 1 Z 2 lit g ASVG](#) vorgesehen ist, die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne der [VO 1408/71](#) begründet.

Die Bestimmung des [§ 3 Abs. 3 Z 4 GSVG](#), die im Wesentlichen mit der Bestimmung des [§ 8 Abs. 1 Z 2 lit g ASVG](#) wortident ist, begründet daher nach Ansicht des Unabhängigen

Finanzsenates die Selbständigeneigenschaft im Sinne der [VO 1408/71](#); die Voraussetzung, dass das Kind im Inland erzogen werden muss, ist zur Vermeidung einer Diskriminierung auch erfüllt, wenn das Kind im EU-Ausland erzogen wird, weshalb eine Prüfung des Aufenthaltes im vorliegenden Fall nicht entscheidungswesentlich ist (vgl. OGH vom 24.11.2009, [10 Ob S 122/09b](#)).

Die Bw. war daher im gesamten Streitzeitraum jeweils zumindest in einem Teilbereich pflichtversichert und damit „Selbständige“ im Sinne des Art. 1 lit a sublit i der Verordnung 1408/71. Ausgehend davon hat die Bw. gemäß Art. 73 der Verordnung 1408/71 Anspruch auf die österreichischen Familienleistungen.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 28. August 2013