

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Mag.<sup>a</sup> CP in der Beschwerdesache Bf., W., vertreten durch ECO Wirtschaftstreuhand Steuerberatungs GesmbH, Hietzinger Hauptstraße 122, 1030 Wien, gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 2/20/21/22 vom 01.03.2012, betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für das Kind L, geb. yx02, für den Zeitraum Februar 2006 bis August 2007, 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

### 1. Aktenlage

Die Beschwerdeführerin (Bf.), eine österreichische Staatsbürgerin, bezog für ihre beiden Kinder S2, geb. 2000, und S1, geb. 2002, seit deren Geburt Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge.

Im August 2006 ersuchte die Bf. das Finanzamt (FA) um Einstellung des Familienbeihilfenbezuges für Tochter S2, da diese im Ausland (United Kingdom, UK) eine Schule besuchen werde.

Ein mit 9. Februar 2011 datiertes Schreiben der HM Revenue & Customs, Child Benefit Office, Benefits & Credits, langte idF beim FA ein. Darin wurde Bezug auf eine (nicht aktenkundige) Mitteilung des FA gemacht, derzu folge die Zahlung der österreichischen Familienbeihilfe an Bf. der englischen Finanzverwaltung mitgeteilt wurde.

Die britische Finanzverwaltung führte weiter aus (übersetzt):

*"Wir zahlen "UK Child Benefit" an Herrn Bf für das Kind S2 seit 13. September 2006. Das Kindergeld ist deshalb bezahlt worden, weil dieser in Großbritannien beschäftigt gewesen ist und im UK staatliche Versicherungsbeiträge bezahlt hat. Seine Partnerin war in Österreich bis 1. Jänner 2009 nicht beschäftigt."*

Daraus folgt, dass das UK für die Zahlung des Kindergeldes aufgrund der VO 1408/72 bis 31. Dezember 2008 zuständig war.

*Es wird um Bekanntgabe des Grundes gebeten, warum das Finanzamt das Kindergeld bezahlt hat, weil das bedeutet, dass die Familie Kindergeld von zwei Mitgliedsstaaten erhalten hat. Wir ersuchen um baldige Antwort, damit wir unseren Fall und die Überzahlung ab 1. Jänner 2009 beenden können."*

Die Britische Finanzverwaltung übermittelte ein mit 26. Mai 2011 datiertes, inhaltsgleiches Schreiben ein weiteres Mal an das FA.

Über Auskunftsersuchen des FA vom 15. Juni 2011, teilte der Stadtschulrat Wien mit, dass S1 seit dem Schuljahr 08/09 laufend die Private Volksschule in W., A-Gasse 20 besucht. S2 habe von Schuljahr 07/08 bis zum Schuljahr 09/10 ebenfalls die Private Volksschule in der A-Gasse besucht. Ab dem Schuljahr 10/11 besuchte sie das Gymnasium in der ABGGasse.

Mit bis zum 7. Juli 2011 terminisierten Vorhalt vom 16. Juni 2011, ersuchte das FA die Bf. um persönliche Vorsprache in Familienbeihilfeangelegenheiten und um Vorlage von Nachweisen, die belegen, dass sich S1 in der Zeit von 09/2006 bis 08/2008 ständig in Österreich aufgehalten habe. Am 18. Juli 2011 urgierte das FA die persönliche Vorsprache der Bf. und die Vorlage der geforderten Unterlagen bis 8. August 2011.

Anlässlich eines am 26. Juli 2011 erfolgten Telefonates zwischen dem FA und der Bf., gab diese an, ihren monatlichen Gehaltszettel sowie den Dienstvertrag vorzulegen.

Im Schreiben vom 15.09.2011 urgierte das FA - mangels Vorlage der Unterlagen - die Vorsprache der Bf. sowie die Vorlage der geforderten Unterlagen. Als Vorlagetermin wurde der 06. Oktober 2011 vorgemerkt.

Nach Vorhalten des FA vom 5.09/11.10.2011 an den Kindergarten Ä, teilte dieser mit, dass S1 von 06.09.2007 bis 27.06.2008 - bis auf ferienmäßige Unterbrechung - den Kindergarten besucht habe.

Mit Vorhalt vom 12.10.2011 wurde die Bf. unter Hinweis auf § 115 BAO letztmalig aufgefordert, zur Klärung des Familienbeihilfenanspruches ab 2006 beizutragen. Im Einzelnen wurde sie aufgefordert nachzuweisen, wo sich S1 von 01/2006 bis 08/2007 aufgehalten habe, sie wurde aufgefordert, den Dienstvertrag, eine Monatsaufstellung der Arbeitsstunden und die erhaltene Entlohnung vorzulegen. Widrigfalls habe die Rückforderung der Familienbeihilfe zu erfolgen.

Die steuerliche Vertretung der Bf. übermittelte am 25.10.2011 folgende Unterlagen und teilte mit:

- "1. Meldezettel der Bf. und den Kindern S2 und S1.*
- 2. Bestätigung, dass S1 ab September 2007 den Kindergarten in FR besuchte.*
- 3. S2 ... besuchte zu diesem Zeitpunkt bereits die Volksschule.*
- 4. Firmenbuchauszug Firma, wonach unsere Mandantin Kommanditistin ist. Ihre Tätigkeit innerhalb dieser Gesellschaft waren Übersetzungen von Korrespondenz und Fachartikel Englisch/Deutsch.*

5. Ruhendmeldung Gewerbe: das persönliche Gewerbe wurde 2003 ruhend gemeldet, da sie Einkünfte aus nichtselbständiger Tätigkeit und Einkünfte aus der KEG erhielt. Die Kammermitgliedschaft besteht weiterhin und wurde auch regelmäßig bezahlt.

6. Weiters möchten wir anmerken, dass während des von Ihnen inkriminierten Zeitraumes Frau X. stets ein aktives Bankkonto in Österreich unterhielt, der im Jahr abgeschlossene A1/Telekom Vertrag war auch aufrecht und wurde bezahlt. Weiters haben wir Ihnen aufgrund des Bankkontos diverse Belege herausgesucht, wonach ersichtlich ist, dass Aufwendungen des täglichen Lebens in diesem Zeitraum in Österreich anfielen und auch bezahlt wurden. Leider musste festgestellt werden, dass Frau X. - wie alle anderen Privatpersonen auch - nicht jeden Zettel des täglichen Lebens aufbehält, sondern nur spärliches Belegmaterial auffindbar war, aber immerhin einiges als Nachweis dienend: Apotheke (25.7.2006), Kaufhaus A (3.8.2006), Spielzeugschachtel (3.8.2006), Sport B (5.8.2006), Apotheke (30.8.2006), Arztbesuch (21.12.2006), E (22.12.2006), Leistungsblatt GKK 2006, Einziehungsauftrag ... für Kindergarten S1 + Schulgeld S2, ÖBB-Ticket (10.2.2007), F (8.9.2007), G Trachten (27.9.2007), UPC (8.11.2007), C (22.10.2007), Zahlscheine Kindergartengeld (9/2007)\*)

\*) Anm.: Die Auflistung wurde nur, soweit für den Streitzeitraum relevant, wiedergegeben.

Der Ehemann unserer Mandantin arbeitet seit 2003 bis laufend in London. Aufgrund der Verwurzelung, des sozialen Netzwerkes, der Familie und vor allem der Ausbildung der Kinder, ist der Lebensmittelpunkt unserer Mandantin weiterhin in Österreich. Sie lebt mit den Kindern in Wien, arbeitet nach wie vor bei RE, Unternehmensberatung, im Ausmaß von 10 Wochenstunden für Übersetzungen von Korrespondenz und Judikatur.

Gerne können Aussagen der Familienmitglieder, vor allem der Mutter und der Schwester, sowie Freunden vorgelegt werden, die die Aussagen unserer Mandantin, wonach sie in dem fraglichen Zeitpunkt die Familienbeihilfe zu Recht bezogen hat (Untermauerung des Lebensnachweises in Österreich) zusätzlich bestätigen können.

Da sich am Lebensumstand unserer Mandantin seit dem Arbeitswechsel des Ehegatten nach London bis heute nichts veränderte, können diese Aussagen jederzeit belegt werden..."

Am 2.11.2011 teilte das FA dem HM Revenue & Customs Child Benefit Office mit, dass die Bf. vom 1. Juli 2005 bis laufend teilzeitbeschäftigt sei (10 Stunden pro Woche für Übersetzungen). Sie könne als Angestellte betrachtet werden, wie sie durch die VO 1408/72 definiert ist. S2 habe von Geburt an bis September 2006 in Wien gelebt und lebe weiters von September 2007 bis dato dort. Österreich sei die zuständige Stelle zur Bezahlung der Kinderleistungen in diesem Zeitraum gewesen. Da die Bf. nicht kooperativ gewesen sei, möge die verspätete Antwort entschuldigt werden.

Das FA urgierte am 21.11.2011 bei der Bf. ein weiteres Mal die Bekanntgabe des Aufenthaltsortes von S1 in der Zeit von 01/2006 bis 08/2007 und die Vorlage von

Leistungsauszügen der Krankenkassen, Arztbestätigungen, usgl. für den angeführten Zeitraum.

Am 12.12.2011 urgierte das FA erneut die Beantwortung der Frage, wo sich S1 von Jänner 2006 bis August 2007 aufgehalten habe und forderte die Bf. - unter Hinweis auf § 115 BAO sowie die allfällige Rückforderung der Familienbeihilfe - auf, die entsprechenden Nachweise zu erbringen.

Im Schriftsatz vom 22.12.2011 ersuchte die Bf. um Fristverlängerung zur Beantwortung des Ergänzungsersuchens bis 31.01.2012.

Mit Bescheid vom 1. März 2012 forderte das FA die Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag (€ 3.210,80) für S1 für den Zeitraum Februar 2006 bis August 2007 unter Hinweis auf § 26 Abs. 1 FLAG 1967 sowie § 33 Abs. 3 EStG 1988 zurück. Begründend wurde ausgeführt, dass die Bf. trotz zahlreicher Aufforderungen keinen Nachweis erbracht habe, dass sich S1 im Rückforderungszeitraum ständig in Österreich aufgehalten habe.

Mit Schriftsatz vom 4. April 2012 erhob die Bf. durch ihren Vertreter Berufung gegen den Rückforderungsbescheid. Begründend führte sie aus, dass das Finanzamt auf Grund der Tatsache, dass der Vater von S1 im inkriminierten Zeitraum in England gearbeitet habe und offensichtlich eine unzureichende Menge an Belegen vorgelegt worden sei, entschieden habe, dass sich S1 im Zeitraum Februar 2006 bis August 2007 nicht ständig in Österreich aufgehalten habe. Da die angebotenen Zeugenaussagen nicht in Anspruch genommen worden seien und die Sachlage rein auf Grund der mühsam zusammengetragenen, aber offensichtlich zu wenigen Unterlagen, entschieden worden sei, ersuche sie nochmals um Abwägung der Sachlage. Sämtliches, aufgrund des Bankkontos vorhandene Belegmaterial sei zur Verfügung gestellt worden. Als zusätzlichen Beweis seien Bestätigungen von der Schwester, der Mutter oder Freunden angeboten worden. Es entspreche leider der Natur der Dinge, dass ein genereller Nachweis über den Aufenthalt in Österreich im Nachhinein nur sehr schwer zu führen sei.

Im Vorhalt vom 17.12.2012 forderte das FA zur Erledigung der Berufung den Dienstvertrag, die Lohnkontenabrechnung und die Bekanntgabe allfälliger Zeugen an.

Am 07.01.2013 beantragte die Bf. eine Fristverlängerung bis zum 01.02.2013.

Im Vorhalt vom 15.05.2013 forderte das FA zur Erledigung der Berufung erneut den Dienstvertrag, die Lohnkontenabrechnung und die Bekanntgabe allfälliger Zeugen unter Hinweis auf § 115 BAO an.

Mit Schriftsatz vom 17.06.2013 übermittelte die Bf. den

- Dienstvertrag (abgeschlossen am 01.07.2005 zwischen ihr und Y., Unternehmensberater. Darin heißt es u. a.: Punkt 2.)....Das Monatsgehalt beträgt EUR 175,00 brutto. Punkt 3.) Die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit beträgt ausschließlich der Pausen 3,5 Stunden).
- Lohnkonten 2006, 2007, 2008: (monatlicher Bezug von 175,00 Euro).

- Bestätigungen von Dr.in IK und HK, wonach die Schwester/Tochter und Neffe bzw. Enkel im Zeitraum September 2006 bis August 2008 ihren Lebensmittelpunkt in Wien gehabt hätten.

Die Bf. führte weiters aus, dass ein genereller Nachweis über den Aufenthalt im Nachhinein kaum zu führen sei. Es möge anhand der vorgelegten Unterlagen um wohlwollende Abwägung der Sachlage und um Absehen der Rückforderung gebeten.

Am 27.08.2013 sowie am 25.11.2013 stellte das FA ein Auskunftsersuchen Y. mit folgendem Inhalt:

- "1) Von welchen Dienstorten aus hat Frau Mag. Bf im Zeitraum Jänner 2006 bis September 2007 ihre Tätigkeit ausgeübt?
- 2.) In welchem Zeitraum war sie von Wien aus tätig und hat sich in Wien aufgehalten?
- 3.) War es möglich, diese Tätigkeit auch vom Ausland her auszuüben?
- 4.) Laut Dienstvertrag beträgt die wöchentliche Normalarbeitszeit 3,5 Stunden, wofür ein Bruttogehalt von monatlich 175,00 Euro vereinbart wurde. War Frau Mag. Bf auch mehr als die vereinbarte Dauer tätig? Wie wurde sie dafür entlohnt?
- 5.) War und ist Frau Mag. Bf auch nach September 2007 mit einer Wochenarbeitszeit von 3,5 Stunden bei Ihnen tätig?

Die Auskunftsersuchen blieben unbeantwortet.

Laut dem Telefonat vom 3.12.2013 zwischen der steuerlichen Vertretung und dem FA wurde vereinbart, dass die Familienhistorie sowie die Beschäftigungszeiten vorgelegt werden würden.

Die Unterlagen wurden nicht übermittelt.

Das Finanzamt wies die Beschwerde mit Beschwerdevorentscheidung vom 18. April 2014 mit folgender Begründung ab:

"Im Jahr 2009 wurde das Finanzamt Wien durch die britischen Behörden informiert, dass der Gatte der Beschwerdeführerin (Bf) einen Antrag auf Familienleistungen in Großbritannien gestellt hat und diese laut Aktenlage auch erhalten hat, obwohl auch in Österreich ein Familienbeihilfenbezug vorlag.

Nach oftmaligem Schriftverkehr mit den britischen Behörden und Ermittlungsversuchen per Schriftverkehr und Telefon mit der Bf. und später deren Vertretung über einen Zeitraum von bis dato fünf Jahren kann folgender Sachverhalt dargestellt werden:

Die Kinder der Bf., S2 und S1, sind am ab00 bzw. am cd02 geboren. Die Bf. und die Kinder besitzen die österreichische Staatsbürgerschaft, der Kindesvater die britische. Am 21.6.2006 meldete die Bf. den Beihilfenanspruch für S2 ab. S2 wäre im September 2006 in Österreich schulpflichtig geworden.

Der Kindesvater habe laut Schreiben der steuerlichen Vertretung vom 24.10.2011 seit 2003 ständig in Großbritannien gearbeitet. Die Bf. ist Kommanditistin der Fa. Firma mit einer Einlage von 100 Euro und laut Dienstvertrag und Abfrage beim Hauptverband der Sozialversicherungsträger seit 1.7.2005 bei Y. geringfügig beschäftigt.

Die Anfrage des Finanzamtes zum Ausmaß der Beschäftigung der Bf. bei RE wurde im Schreiben der Vertretung der Bf vom 24.10.2011 mit 10 Stunden wöchentlich beantwortet. Demnach hätte für das angeblich in Österreich aufhältige Kind S1 Anspruch auf Familienbeihilfe nach der VO (EWG) 1408/71 in voller Höhe bestanden.

Erst im Zuge weiterer Ermittlungen musste festgestellt werden, dass laut Dienstvertrag und Lohnkonten eine Beschäftigung von nur 3,5 Stunden wöchentlich dargestellt ist. Der widersprüchliche Sachverhalt wurde dem Dienstgeber zweimalig zur Stellungnahme übermittelt, bis dato ist keine Rückantwort erfolgt.

Nachdem sich ebenso die Bf. in keinster Weise kooperativ bei der Feststellung des Beihilfenanspruches zeigte, wurde auch der tatsächliche Inlandsaufenthalt und die tatsächliche Beschäftigung hinterfragt.

Es ist nämlich nach den Erfahrungen des täglichen Lebens nicht wahrscheinlich, dass sich eine Familie trennt, das ältere Kind zum Zeitpunkt des Eintritts der Schulpflicht in Österreich zum im Ausland beschäftigten Vater zieht und die Mutter mit dem noch nicht schulpflichtigen Kind ständig in Österreich verbleibt.

Da des Weiteren widersprüchliche Aussagen zum Ausmaß des Dienstverhältnisses vorliegen, kann unter Würdigung des sonstig vorliegenden Sachverhaltes auch das Beschäftigungsverhältnis zu Mag. M. in Frage gestellt werden.

Sollte tatsächlich ein Dienstverhältnis vorgelegen haben und davon ausgehend, dass die Lohnkonten korrekt geführt wurden, stellt eine Tätigkeit von 3,5 Wochenstunden keine Beschäftigung im Sinne der VO (EWG) 1408/71 dar. Laut ständiger Rechtsprechung sind Tätigkeiten als unwesentlich und untergeordnet zu betrachten, wenn sie 8 Wochenstunden unterschreiten. Da die VO (EWG) 1408/71 nur für Personen gilt, die im Mitgliedstaat auf Grund einer Beschäftigung pflichtversichert sind, kommt der Beteiligung der Bf. als Kommanditistin an der Fa. X. & Co KEG keine Bedeutung zu.

Es ist daher zu prüfen, ob ein Anspruch auf Ausgleichszahlung nach § 4 FLAG 1967 bestünde.

Die §§ 2 Abs. 8 und 5 Abs. 3 FLAG fordern in diesem Zusammenhang den Mittelpunkt der Lebensinteressen der anspruchsberechtigten Person und den ständigen Aufenthalt des Kindes im Inland.

Der Bf. wurde mehrmals Gelegenheit gegeben, Beweismittel und Zeugen vorzubringen. Die Beweismittel reduzieren sich auf die schriftlichen Aussagen der Mutter und der Schwester der Bf. Die Mutter bestätigte im Schreiben vom 1.6.2013, ihre Tochter und deren Sohn S1 hätten den Lebensmittelpunkt von 2006 bis 2008 in Wien gehabt. Die Schwester der Bf. bestätigte im Schreiben vom 26.4.2013 den Lebensmittelpunkt der Bf. und deren Sohn von September 2006 bis August 2008.

Die Rückforderung der österreichischen Beihilfe erfolgte jedoch teilweise abweichend über einen Zeitraum von Februar 2006 bis August 2007.

Es kann durchaus angenommen werden, dass es sich dabei um Gefälligkeitsbestätigungen unter nahen Verwandten handelt und die Deutung des Begriffs "Lebensmittelpunkt" unter subjektiven Aspekten, nicht jedoch nach den Bestimmungen des FLAG erfolgt ist.

Aus den dargestellten Gründen ist es gegenüber den Behauptungen der Bf. wahrscheinlicher, dass sich die Bf. mit ihrem Sohn S1 im Rückforderungszeitraum überwiegend bei ihrem Gatten und ihrer Tochter in Großbritannien aufgehalten hat und sie in Österreich keiner Beschäftigung im Sinne der VO (EWG) 1408/71 nachgegangen ist. Somit können weder die Bestimmungen der VO (EWG) 1408/71 noch die des FLAG 1967 zur Anwendung gelangen..."

Am 07.05.2014 beantragte die steuerliche Vertretung die Gewährung einer Ausgleichszahlung für S2 und S1. Für S1 wurde der Antrag auf Ausgleichszahlung für den Zeitraum 02/2006 - 08/2007 und von 06/2011 - 02/2013 gestellt. Der Gatte der Bf. sei am 07.03.2013 nach Österreich eingereist, somit sei der Mandantin ab 03/2013 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag zuzuerkennen.

Am 19. Mai 2014 langte beim Finanzamt ein Schreiben der steuerlichen Vertretung der Bf. mit folgendem Inhalt ein:

**"Beschwerde**

**Antrag auf Gewährung einer Ausgleichszulage**

**Aussetzung**

**Sehr geehrte Frau II,**

*im Namen und Auftrags unserer Mandantin Frau Mag. Bf. erheben wir innerhalb offener Frist das Rechtsmittel der Beschwerde gegen die Beschwerdevorentscheidung vom 18.04.2014 eingelangt am 24.04.2014.*

*In der oa Beschwerdevorentscheidung wurde unsere Berufung gegen die Aberkennung von Familienbeihilfe für die Jahre 2006 bis 2007 als unbegründet abgewiesen.*

*Unsere Beschwerde richtet sich nicht gegen die Aberkennung von Familienbeihilfe sondern begeht die Zuerkennung einer Ausgleichszulage für die Jahre 2006 und 2007 wie folgt:*

S2	01.10.2006 - 31.08.2007
S1	01.02.2006 - 31.08.2007

*Wir bitten um Verbuchung der oa Ausgleichszulage und Familienbeihilfe inkl. Kinderabsetzbetrag am Finanzamts-Verrechnungskonto unserer Mandantin ... um den Rückstand aus den Rückforderungen abzudecken.*

*Des Weiteren beantragen wir die Aussetzung des derzeit ausgewiesenen Rückstandes iHv € 3.353,38 bis zur Erledigung der Beschwerde."*

Das Bundesfinanzgericht richtete am 9. August 2016 ein Schreiben an die steuerliche Vertretung der Bf., in dem zunächst die Chronologie dargestellt und um "Klarstellung" zum Schriftsatz vom 19. Mai 2014 insoweit ersucht wurde, ob die Ausführungen als Vorlageantrag gemeint seien. Im Übrigen wurde darauf hingewiesen, dass "Sache" des angefochtenen Bescheides die Rückforderung für S1 für den Zeitraum 02/2006 - 08/2007 sei. Über allfällige Ausgleichs/Differenzzahlungen bzw. allfällige Verrechnungen hätte das Finanzamt erstinstanzlich zu entscheiden.

Eine Rückantwort ist - trotz Urgenz vom 22. September 2016 - bislang nicht erfolgt.

Das Bundesfinanzgericht kontaktierte am 3. November 2016 das FA, weil sich zum einen laut den Abfragen in der Datenbank herausstellte, dass für die Kinder Ausgleichszahlungen für den Zeitraum 09/2007 - 06/2013 gewehrt wurden. Diese Ausgleichszahlungen wurden mit den im Bescheid vom 6. März 2014 rückgeforderten Beträgen (€ 11.633,80) gegengerechnet. Zum anderen war abzuklären, ob über den Antrag auf Ausgleichszahlung vom 07.05.2014 hinsichtlich S1 abgesprochen wurde.

Das FA teilte im E-Mail vom 4. November 2016 mit, dass über den Antrag auf Ausgleichszahlung für S1 nicht gesondert abgesprochen worden sei. Im Zuge der Recherche sei festgestellt worden, dass am 19.06.2015 von den britischen Behörden eine Anfrage (F026) über den Zeitraum 2006 - 2013 an das FA gestellt und vom FA am 11.11.2015 beantwortet worden war. Darin wurde mitgeteilt, dass aus einem von CB an die britische Finanzverwaltung gesendeten Brief hervorgehe, dass er annehme, dass Österreich seine Zuständigkeit verneine. Diese Ansicht vertrete auch das FA.

Das FA bekräftigte seinen Standpunkt, wonach aufgrund der vorliegenden Umstände anzunehmen sei, dass sich die gesamte Familie in GB aufgehalten habe. Genau zum Zeitpunkt des Eintritts der Schulpflicht des älteren Kindes sei der FB-Anspruch abgemeldet worden. Es sei mehrmals mit der Bf. telefoniert worden, um die Kindergartenbestätigung für das jüngere Kind erhalten bzw. mehrmals erfolglos versucht worden, die Bf. zu persönlichen Vorsprachen mit dem FA zu bewegen. Die angebotenen Zeugen hätten nicht persönlich vorgesprochen, sondern lediglich schriftlich die Aussagen getätig. Die Behauptungen der Steuerberatungskanzlei, Fr. R., die Bf. sei 10 Stunden wöchentlich bei der Firma M. in Österreich beschäftigt, hätten sich nachträglich als falsch erwiesen. Der Fall sei von Mag. F. übernommen worden. Und auch die Firma M. habe nicht auf die Anfrage des FA vom 27.08.2013 reagiert.

Das FA nehme daher an, dass sich die gesamte Familie im Streitzeitraum (oder auch schon früher) in GB aufgehalten habe und dass es sich bei dem Dienstverhältnis um ein Scheindienstverhältnis gehandelt habe.

Da kein Anknüpfungspunkt zu Österreich bestehe, bestehe weder Anspruch auf eine Ausgleichszahlung noch auf die volle Familienbeihilfe.

Über den Antrag auf Ausgleichszahlung vom 07.05.2014 sei nicht gesondert abgesprochen worden. In der BVE vom 18.04.2014 sei jedoch auf einen eventuellen Anspruch auf Ausgleichszahlung Bezug genommen und dieser Anspruch verneint worden. Andernfalls hätte der Beschwerde teilweise stattgegeben werden können.

Offenbar sei ein Antrag auf Child-Benefit in GB noch immer offen. Werde ein österreichischer Anspruch nicht festgestellt, könnten die britischen Behörden noch immer Child-Benefit auszahlen.

Das BFG ersuchte im Schreiben vom 10. November 2016 das HM Revenue und Customs um Übermittlung des von CB übermittelten Brief.

Das FA wurde im Schreiben vom 14. November 2016 aufgefordert, die Familienstandsbescheinigung (E 401) und den Anspruch auf Familienleistungen (E 411) anzufordern und dem BFG vorzulegen.

Die Britische Finanzverwaltung hat bislang weder das Auskunftsersuchen des Bundesfinanzgerichtes noch die Familienstandsbescheinigung (E 401) und Anfrage betreffend den Anspruch auf Familienleistungen (E 411) beantwortet.

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

#### **2. Als erwiesen angenommener Sachverhalt:**

##### **Allgemeines:**

- Die Bf. und ihre Kinder S2, geb. 00, und S1, geb. cd02, besitzen die österreichische Staatsbürgerschaft.
- Die Bf., S2 und S1 sind seit 28. April 2003 mit Hauptwohnsitz in W21, gemeldet.
- CB, der Gatte und Kindesvater, ist britischer Staatsbürger.
- Er war vom 8. Juni 2000 bis 18. November 2004 mit Hauptwohnsitz in Adresse gemeldet. Vom 19. November 2004 bis 6. März 2013 war er in Österreich nicht gemeldet.
- CB war in UK beschäftigt (company director of vb) und versichert.
- Seit 13. September 2006 bezog CB für das Kind S2 Child- Benefit (Anm.: Schreiben der HM Revenue & Customs "We paid because he was employed and paying UK National Insurance contributions in UK. His Partner was not employed in Austria until 01 January 2009.")
- Seit 7. März 2013 ist CB mit Hauptwohnsitz in W21 gemeldet.
- 8. Juni 2015: Mitteilung des HM Revenue and Customs: "We had received a letter from Mr. CB to say that you do not now think you are responsible to pay child Allowances für the period 2006 to 2013. ....Also as we have never received a claim in the UK for S1.....

##### **S1:**

- Für den Zeitraum 02/2006 - 08/2007 wurde ein Kindergartenbesuch von S1 nicht nachgewiesen.
- Von 26. September 2007 bis 27. Juni 2008 besuchte S1 den Kindergarten Ä in Wien.
- Ab dem Schuljahr 2008/09 besuchte S1 die Private Volksschule A-Gasse.

##### **S2:**

- S2 besuchte im Schuljahr 2006/07 eine Schule in Großbritannien, die FB-Leistung wurde aufgrund der Angaben der Bf. mit September 2006 eingestellt.
- Die britische Kindergeldkasse zahlte idF Child-Benefit für S2.

Ab dem Schuljahr 2007/2008 besuchte S2 die Private Volksschule A-Gasse.

##### **Einkünfte:**

- Die Bf. ist Kommanditistin der Fa. X. & Co KEG (Einlage € 100,--).
- Lt. Auszug des Hauptverbandes der Sozialversicherungsträger ist die Bf. seit 1. Juli 2005 bis laufend bei Y. geringfügig gemeldet.

- Lt. Dienstvertrag mit RE vom 1.07.2005 beträgt die regelmäßige wöchentliche Normalarbeitszeit 3,5 Stunden, das Monatsgehalt € 175,00.
- Lt. Lohnkonten für 2006, 2007, 2008 betrug das Monatsgehalt € 175,00.
- Nach den Einkommensteuerbescheiden 2006 und 2007 betrug das Einkommen nach Abzug der Werbungskosten pro Jahr € 4.908,00, davon entfielen € 3.000,00 auf Einkünfte aus Gewerbebetrieb und € 2.100 auf Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit).
- Seit 01.01.2007 bis laufend ist die Bf. nach § 19a ASVG selbstversichert.
- CB hat von 2003 bis März 2013 in Großbritannien (Company director of vb) gearbeitet und bezog ab 09/2006 ("up to 31 December 2008") für S2 Familienleistungen aufgrund der VO 1408/72.

**Bezug von Familienbeihilfe:**

- Die Bf. bezog für S1 von 08/2002 bis 08/2007 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge in Österreich.
- Für S2 wurde Child-Benefit von 09/2006 bis 12/2008 bezogen.
- Mit Bescheid vom 6. März 2014 forderte das FA Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für S1 und S2 für den Zeitraum 09/2007 - 05/2011 zurück (Anm.: Das FA gewährte der Bf. aufgrund ihrer im Verhältnis zu Gatten untergeordneten Tätigkeit den Differenzbetrag und verrechnete diesen mit dem Rückforderungsbetrag).
- Seit Juli 2013 bezieht die Bf. die Familienbeihilfe für Sohn S1.

**Verfahrensrechtliche Schritte:**

- 9.02./26.05.2011: Mitteilung der britischen Finanzbehörden, dass Child-Benefit für S2 seit 13.09.2006 an CB, den Kindesvater, geleistet wird.
- 15.06.2011: Mitteilung des Stadtschulrates Wien, dass S1 seit dem Schuljahr 2008/09 bis laufend die Private Volksschule A-Gasse, besucht.
- 16.06.2011: 1. Vorhalt an Bf. um persönliche Vorsprache und Vorlage von Unterlagen zum Beweis des Aufenthaltes von S1 in Österreich.
- 18.07.2011: 2. Vorhalt an Bf.- Urgenz.
- 26.07.2011: Telefonat mit Bf.- Gehaltszettel und Dienstvertrag würden vorgelegt.
- 15.09.2011: Vorhalt - Urgenz an Bf. betreffend persönliche Vorsprache und Vorlage von Unterlagen.
- 11.10.2011: Bestätigung des Kindergarten, dass S1 von 06.09.2007 bis 27.06.2008 den Kindergarten besucht hat.
- 12.10.2011: Vorhalt - Urgenz an Bf. betreffend des Nachweises des Aufenthaltes von S1 in Österreich.
- 24.10.2011: Rückantwort Steuerberater (s.o.).
- 02.11.2011: Mitteilung des FA an britische Finanzbehörde.
- 02.11.2011: Urgenz, weil der Aufenthaltsort von S1 für die Zeit 01/2006 - 08/2007 und Bestätigungen nicht vorgelegt wurden.
- 12.12.2011: Urgenz.
- 22.12.2011: Fristverlängerungsantrag.
- 01.03.2012: Rückforderungsbescheid - betreffend S1.
- 04.04.2012: Berufung.

- 17.12.2012: Vorhalt - Anforderung von Unterlagen.
- 07.01.2013: Fristverlängerungersuchen.
- 15.05.2013: Vorhalt - Anforderung von Unterlagen.
- 17.06.2013: Vorlage des Dienstvertrages, Lohnkonten 2006 - 2008, Bestätigungen von Schwester und Mutter der Bf. über Lebensmittelpunkt von S1.
- 27.08.2013: Auskunftsersuchen an Dienstgeber der Bf., RE.
- 25.11.2013: Urgenz Auskunftsersuchen an RE.
- 03.12.2013: Telefonat mit Steuerberater, dass Familienhistorie und Beschäftigungszeiten der Bf. übermittelt würden.
- 18.04.2014: Beschwerdevorentscheidung
- 07.05.2014: Antrag auf Gewährung der Ausgleichszahlung u.a. für S1 für 02/2006 - 08/2007 und 06/2011 - 02/2013
- 19.05.2014: Vorlageantrag.
- 09.08.2016: Vorhalt des BFG an die steuerliche Vertretung.
- 22.09.2016: (erfolglose) Urgenz des BFG an die steuerliche Vertretung.
- 03.11.2016: Ergänzungersuchen an das FA.
- 04.11.2016: Rückantwort des FA.
- 10.11.2016: Auskunftsersuchen an HM Revenue and Customs.
- 14.11.2016: Anforderung der Familienstandsbescheinigung (E 401) sowie Anfrage betreffend Anspruch auf Familienleistungen (E 411).

### **3. Gesetzliche Grundlagen:**

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

Nach § 2 Abs. 8 FLAG 1967 haben nur Personen Anspruch auf Familienbeihilfe, die den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben.

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

Gemäß § 5 Abs. 4 FLAG 1967 besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, für die Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe besteht. Die Gewährung einer Ausgleichszahlung (§ 4 Abs. 2) wird dadurch nicht ausgeschlossen.

Nach § 4 Abs. 2 FLAG 1967 erhalten österreichische Staatsbürger, die gemäß Abs. 1 oder gemäß § 5 Abs. 5 vom Anspruch auf die Familienbeihilfe ausgeschlossen sind, eine Ausgleichszahlung, wenn die Höhe der gleichartigen ausländischen Beihilfe, auf die sie oder eine andere Person (§ 5 Abs. 5) Anspruch haben, geringer ist als die Familienbeihilfe, die ihnen nach diesem Bundesgesetz zu gewähren wäre.

§ 26 Abs. 1 FLAG 1967 lautet: Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat diese entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

Nach § 33 Abs. 3, 3. Satz EStG 1988 ist, bei zu Unrecht bezogenen Kinderabsetzbeträgen, § 26 FLAG 1967 anzuwenden.

Im Beschwerdefall sind nicht nur die innerstaatlichen gesetzlichen Bestimmungen, sondern auch die Verordnungen (EWG) Nr. 1408/71 (in der Folge: VO) und Nr. 574/72 zu beachten. Diese waren für Unionsbürger bis Ende April 2010 anzuwenden. Danach gelten für Unionsbürger die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit.

Gemäß Artikel 1 der VO ist "Arbeitnehmer" oder "Selbständiger" u.A. jede Person, 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.

Gemäß Artikel 1 lit f) sublit i) der VO ist "Familienangehöriger" jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, oder in den Fällen des Artikels 22 Absatz 1 Buchstabe a) und des Artikels 31 in den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet sie wohnt, als Familienangehöriger bestimmt, anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet ist; wird nach diesen Rechtsvorschriften eine Person jedoch nur dann als Familienangehöriger oder Haushaltsangehöriger angesehen, wenn sie mit dem Arbeitnehmer oder dem Selbständigen oder dem Studierenden in häuslicher Gemeinschaft lebt, so gilt diese Voraussetzung als erfüllt, wenn der Unterhalt der betreffenden Person überwiegend von diesem bestritten wird. Gestatten es die Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats nicht, die Familienangehörigen von den anderen Personen, auf die sie anwendbar sind, zu unterscheiden, so hat der Begriff "Familienangehöriger" die Bedeutung, die ihm in Anhang I gegeben wird.

Nach Artikel 1 lit h der VO ist "Wohnort" der Ort des gewöhnlichen Aufenthalts.

Im Artikel 2 der VO ist der persönliche Geltungsbereich geregelt. Demnach gilt die 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.

Gemäß Artikel 4 der VO gilt diese Verordnung für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, u.A. die, die Familienleistungen betreffen.

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 ...;

Artikel 73 der VO EWG 1408/71 über Arbeitnehmer oder Selbständige, deren Familienangehörige in einem anderen Mitgliedstaat als dem zuständigen Staat wohnen, sieht vor:

"Ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegt, hat ... 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 76 Abs. 1 VO EWG 1408/71 mit Prioritätsregeln für den Fall der Kumulierung von Ansprüchen auf Familienleistungen gemäß den Rechtsvorschriften des zuständigen Staates und denen des Staates, in dem die Familienangehörigen wohnen, lautet:

"Sind für ein und denselben Zeitraum für ein und denselben Familienangehörigen in den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet die Familienangehörigen wohnen, Familienleistungen aufgrund der Ausübung einer Erwerbstätigkeit vorgesehen, so ruht der Anspruch auf die nach den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats gegebenenfalls nach den Artikeln 73 bzw. 74 geschuldeten Familienleistungen bis zu dem in den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaats vorgesehenen Betrag."

Die Verordnung EWG 574/72 des Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der VO EWG 1408/71 idgF mit Vorschriften für das Zusammentreffen von Ansprüchen auf Familienleistungen oder -beihilfen für Arbeitnehmer und Selbständige bestimmt in Artikel 10 Abs. 1:

"a) Der Anspruch auf Familienleistungen oder -beihilfen, die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats geschuldet werden, nach denen der Erwerb des Anspruchs auf diese Leistungen oder Beihilfen nicht von einer Versicherung, Beschäftigung oder selbständigen Tätigkeit abhängig ist, ruht, wenn während desselben Zeitraums für dasselbe Familienmitglied Leistungen allein aufgrund der innerstaatlichen Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats oder nach Artikel 73, 74, 77 oder 78 der Verordnung geschuldet werden, bis zur Höhe dieser geschuldeten Leistungen.

b) Wird jedoch ...

i) in dem Fall, in dem Leistungen allein aufgrund der innerstaatlichen Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats oder nach Artikel 73 oder 74 der Verordnung geschuldet werden, von der Person, die Anspruch auf die Familienleistungen hat, oder von der Person, an die sie zu zahlen sind, in dem unter Buchstabe a) erstgenannten Mitgliedstaat eine Berufstätigkeit ausgeübt, so ruht der Anspruch auf die allein aufgrund der innerstaatlichen Rechtsvorschriften des anderen Mitgliedstaats oder nach den genannten Artikeln geschuldeten Familienleistungen, und zwar bis zur Höhe der Familienleistungen, die in den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats vorgesehen sind, in dessen Gebiet das Familienmitglied wohnhaft ist. Leistungen, die der Mitgliedstaat zahlt, in dessen Gebiet das Familienmitglied wohnhaft ist, gehen zu Lasten dieses Staates;"

#### **4. Rechtliche Würdigung:**

Strittig ist im Beschwerdefall die Rechtmäßigkeit der Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für S1 für die Zeit von 02/2006 bis 08/2007.

Das Finanzamt stützt den Rückforderungsbescheid darauf, dass der Nachweis des ständigen Aufenthaltes von S1 in Österreich - trotz mehrfacher Aufforderung - nicht gelungen sei.

Das Bundesfinanzgericht teilt die Ansicht des FA, insoweit als die Bf. auf Vorhalte, Auskunftsersuchen mangelhaft bis gar nicht reagiert hat. Eine Kooperation der Bf. mit den Behörden gab es nur in sehr eingeschränktem Maße.

Die Bf. sei darauf hingewiesen, dass die amtswegige Ermittlungspflicht der Abgabenbehörden und des Gerichtes innerhalb der Grenzen ihrer/seiner Möglichkeiten und des vom Verfahrenszweck her gebotenen und zumutbaren Aufwandes besteht (VwGH 26.1.2004, 2000/17/0172 uam.). Die Abgabenbehörde trägt zwar die Feststellungslast für alle Tatsachen, die vorliegen müssen, um einen Abgabenanspruch geltend machen zu können, doch befreit dies die Partei nicht von ihrer Offenlegungs- und Mitwirkungspflicht (VwGH 23.2.2010, 2007/15/0292).

Der Beschwerdefall verlangt überdies eine erhöhte Mitwirkungspflicht der Bf., weil Sachverhaltselemente ihre Wurzeln auch im Ausland (Großbritannien) haben. Die Mitwirkungs- und Offenlegungspflicht ist in dem Maße höher, als die behördlichen Ermittlungsmöglichkeiten geringer sind. Es besteht eine Beweismittelbeschaffungspflicht und eine Vorsorgepflicht (VwGH 28.5.2009, 2008/15/0046).

Bemerkenswert ist bereits der Umstand, dass das Rückforderungsverfahren mit einer Mitteilung der britischen Behörden in Gang gebracht wurde, dass abverlangte Unterlagen von der Bf. trotz Urgenzen, Fristverlängerungen, telefonischen Versicherungen (s. oben), nicht oder nur vereinzelt vorgelegt wurden. Und auch Auskünfte zum vorgelegten Dienstvertrag wurden vom RE nicht erteilt.

Inhaltlich ist - ausgehend vom o.a. als erwiesen angenommenen Sachverhalt - folgendes auszuführen:

Besteht ein Anspruch auf Familienleistungen durch EU-Staaten (hier aufgrund der Versicherung des Ehegatten in GB und der Pflichtversicherung der Bf. in Österreich) liegt bis 30. April 2010 ein Anwendungsfall der Verordnung (EW) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 idF VO vor.

Streitzeitraum ist im Beschwerdefall 02/2006 bis 08/2007.

Im Schreiben der steuerlichen Vertretung vom 24.10.2011 wurde bekannt gegeben, dass die Bf. im Ausmaß von 10 Wochenstunden bei RE für Übersetzungen von Korrespondenz und Judikatur arbeite. Ein diesbezüglicher Nachweis wurde nicht erbracht.

Dagegen ergibt sich aus dem Dienstvertrag der Bf. unter Punkt 3., dass die wöchentliche Arbeitszeit 3,5 h und das Bruttomonatsgehalt € 175,00 betrage. Letzteres ist aus Lohnkonten ersichtlich. Dem Versicherungsdatenauszug vom 08.08.2014 ist zu

entnehmen, dass die Bf. von 01.07.2005 bis laufend als geringfügig beschäftigte Angestellte gemeldet ist.

Obgleich ein Auskunftsersuchen und eine Urgenz des FA hinsichtlich der Tätigkeit der Bf. bei ihrem Dienstgeber RE erfolglos blieb, sieht es das BFG angesichts sozialversicherungsrechtlichen Meldung als erwiesen an, dass die Bf. im Streitzeitraum iS der VO EWG 1408/71 als Arbeitnehmerin anzusehen war: Denn die Pflichtversicherung gegen ein einziges Risiko ist nach der Judikatur des EuGH ausreichend, um als Arbeitnehmer iS VO zu gelten (EuGH vom 20.1.2005, Nils Laurin Effing, C-302/02).

Dem FA wurden vom Vertreter mit Schriftsatz vom 24.10.2011 - dem BFG nicht vorliegende - Unterlagen wie Einziehungsaufträge GKK, Leistungsblatt GKK - vorgelegt. Daraus schließt das BFG, dass die Bf. sozialversicherungsrechtliche Beiträge entrichtet hat.

Wenngleich das FA aufgrund der widersprüchlichen Aussagen der Vertretung zum Umfang des Dienstverhältnisses der Bf. (zunächst 10 Wochenstunden, dann 3,5 Wochenstunden) überhaupt von einem "Scheindienstverhältnis" ausgeht, vermag das BFG dieser Ansicht - angesichts der kaum zu widerlegbaren Fakten wie sozialversicherungsrechtliche Meldung, Lohnkonten, Einkommensteuerbescheide - nicht zu folgen.

Dass das FA selbst Zweifel am Nichtvorliegen eines Dienstverhältnisses hat, zeigt der Umstand, das für die Anwendung der VO EWG 1408/71 das Vorliegen eines Dienstvertrages von 8 Wochenstunden gefordert und die Tätigkeit von 3,5 Wochenstunden als unwesentlich und untergeordnet betrachtet wird. Dazu ist aber auszuführen:

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 (EuGH Rs C-543/03, Dodl und Oberhollenzer, Slg 2005, I-05049).

Dies trifft auf die Bf. zu. Auf Grund der bestehenden Pflichtversicherung beim Sozialversicherungsträger (Gebietskrankenkasse) gilt die Bf. in diesen Zeiträumen als Arbeitnehmerin iSd VO und hat daher insoweit grundsätzlich Anspruch auf Familienleistungen nach Artikel 73 der VO.

Unbestritten ist die Tatsache, dass der Gatte der Bf. seit 2003 (bis 2013) in Großbritannien beschäftigt war, Einkünfte bezog und Steuern und Sozialversicherungsbeiträge entrichtete und so dem britischen Rechtssystem unterlag. Er bezog für Tochter S2, die das Schuljahr 2006/07 in Großbritannien absolvierte Child-Benefit.

Das Kind S1 war im Streitzeitraum (02/2006 - 08/2007) 4 bzw. 5 Jahre alt. Es unterlag in Österreich noch nicht der Schulpflicht. Der Besuch eines Kindergartens in Österreich erfolgte erst ab 09/2007.

Berücksichtigt man die Umstände,

- dass der KV in GB wohnhaft und als company director of vb beschäftigt und sozialversichert war,
  - dass das Kind S2 in Großbritannien das erste Schuljahr absolvierte und somit in der sensiblen "Schuleinstiegsphase" war,
  - dass S1 in Österreich noch nicht schulpflichtig war,
  - dass die Bf. lediglich geringfügig in Österreich "gemeldet" war,
  - dass die im Schriftsatz vom 24.10.2011 aufgelisteten (dem BFG nicht einsichtigen) Unterlagen (Kaufhaus A 3.8.2006,...) hinsichtlich des Beweises des "Lebensmittelpunktes in Österreich" substanzlos sind und überwiegend nicht den Streitzeitraum betreffen,
  - dass die Ausführungen über das Ausmaß der sozialversicherungsrechtlichen Meldung von 10 Wochenstunden nachgewiesenermaßen unrichtig sind, sondern eine sozialversicherungsrechtliche Meldung von 3,5 Wochenstunden als erwiesen anzusehen ist,
  - dass die vorliegenden "Bestätigungen" der Schwester und Mutter der Bf. über den in Wien befindlichen "Lebensmittelpunkt" von 09/06 - 08/08 von S1 und der Bf. unglaubwürdig sind, hat doch S1 nachgewiesenermaßen erst von 09/07 bis 08/08 den Kindergarten Ä besucht und wurden keinerlei sonstige Beweise für seine Anwesenheit im Zeitraum 02/06 - 08/07 in Österreich erbracht,
  - dass die Bf. trotz zahlreicher Urgenzen und Aufforderungen keinerlei substanzelle Unterlagen über ihren Wohnort in Österreich im Streitzeitraum vorlegte, gelangt das Bundesfinanzgericht zu dem Schluss, dass der gewöhnliche Aufenthalt ("Wohnort") der Bf. und des Kindes S1 im Beschwerdezeitraum 02/2006 - 08/2007 in Großbritannien beim Gatten bzw. Kindsvater und dem Kind S2 war.
- Bei dieser Würdigung ist vor allem auch Bedacht darauf zu nehmen, dass es nach den Erfahrungen des täglichen Lebens anzunehmen ist, dass ein vierjähriges Kind regelmäßig den gewöhnlichen Aufenthalt dort hat, wo auch die ganze Familie wohnt. Nun liegt es zum ersten auf der Hand, dass der Ort der Erwerbstätigkeit des Kindsvaters als company director of vb, somit als Chef der Firma, doch entscheidend für den Aufenthaltsort der ganzen Familie war. Die Bf. ist im Vergleich dazu lediglich 3,5 h wöchentlich in Österreich gemeldet. Überdies legt gerade der Umstand, dass sich auch die damals 6-jährige Schwester von S1 im Schuljahr 2006/07 in Schulausbildung in Großbritannien befunden hat, den Schluss nahe, dass im Beschwerdezeitraum der ständige Aufenthalt der gesamten Familie und damit auch der des damals vierjährigen S1 in diesem Zeitraum in Großbritannien war.

Eine bestehende Meldung des Hauptwohnsitzes der Bf. und ihrer Kinder in Österreich und die österreichische Staatsbürgerschaft sind im Beschwerdefall nicht entscheidungsrelevant. Dies zeigt auch der Umstand, dass Tochter

S2 unbestritten ermaßen im Schuljahr 06/07 eine Schule in Großbritannien besuchte, obwohl sie nach wie vor in Österreich mit dem Hauptwohnsitz gemeldet war.

Das BFG sieht es als erwiesen an, dass der Ort des gewöhnlichen Aufenthaltes ("Wohnort") von S1, der Bf., des KV und S2 im Streitzeitraum in Großbritannien war.

Nach VO EWG 1408/71 (Art. 13, 73) besteht grundsätzlich Anspruch auf Familienleistungen (Familienbeihilfe) im "Beschäftigungsland" auch für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

Im Beschwerdezeitraum waren sowohl die Bf. als auch der KV erwerbstätig. Beschäftigungsstaat ist einerseits Österreich, andererseits Großbritannien. Wohnsitzstaat war Großbritannien.

Es kommen daher die Bestimmungen von Art. 75 f. VO EWG 1408/71 zur Anwendung, wobei aufgrund des Wohnortes von S1 primär Großbritannien zur Erbringung von Familienleistungen zuständig ist.

Österreich, als einer der beiden Beschäftigungsstaaten, ist hingegen nach Art. 75 f VO EWG 1408/71 zur Leistung einer Differenzzahlung verpflichtet, weil ein Anspruch auf britische Familienbeihilfe bestand. Nach nationalem Recht besteht gemäß § 4 FLAG 1967 ein Anspruch auf Ausgleichszahlung.

Ob der Ehegatte der Bf. einen Antrag auf Child-Benefit für S1 gestellt hat, ist unerheblich, da es gemäß der zit. VO nur auf den bestehenden Anspruch ankommt (VwGH 9.6.1978, ZI. 1019/77, 23.5.2007, ZI. 2006/13/0074).

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass gem. Art. 10 Abs. 1 Buschstabe b Z i der VO EWG 574/72 der Wohnsitzstaat, somit Großbritannien, für die Gewährung der Familienbeihilfe wie der Kinderbeihilfe (Kindergeld) für S1 vorrangig zuständig ist.

Unter Bedachtnahme auf die dem BFG zustehende Änderungsbefugnis des angefochtenen Rückforderungsbescheides, die durch die "Sache" begrenzt ist, ist über den Antrag auf Differenzzahlung ("Ausgleichszahlung") vom 07.05.2014 für S1 gesondert durch das FA abzusprechen: Denn Inhalt des Spruches des mit Berufung (Beschwerde) angefochtenen Bescheides ist die Feststellung einer zu Unrecht bezogenen Familienbeihilfe und die Verpflichtung der Bf. zur Rückzahlung derselben. Daher durfte das BFG in seinem Erkenntnis über den im Vorlageantrag vom 19. Mai 2014 sowie im gesondert gestellten Antrag auf Ausgleichzahlung vom 7.05.2014, der noch nicht Gegenstand eines erstinstanzlichen Bescheides gewesen ist, nicht entscheiden. Eine Entscheidung über diesen Antrag ist vielmehr der Abgabenbehörde erster Instanz vorbehalten (vgl. VwGH 18.03.1992, 91/14/0068).

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

## **5. 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 Voraussetzungen liegen im Beschwerdefall nicht vor, da keine Rechtsfrage strittig ist, sondern der vorliegende Sachverhalt, in freier Beweiswürdigung festgestellt wurde.

Klagenfurt am Wörthersee, am 17. Mai 2017