



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vom 29. August 2003 gegen den Bescheid des Finanzamtes X. vom 19. August 2003 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum von Jänner 1998 bis Mai 2003 entschieden:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben. Der angefochtene Bescheid wird hinsichtlich der Monate Jänner bis September 1998 aufgehoben, im Übrigen wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

### **Entscheidungsgründe**

Die Berufungswerberin (im Folgenden Bw.) gab anlässlich einer Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe im April 2003 dem Finanzamt bekannt, dass sie mit dem Ehepartner und dem gemeinsamen Sohn S., geb. am ttmjj, am „Dienstort“ des Ehemannes, der bei einem Reiseunternehmen beschäftigt sei, in M. lebe. Über Ergänzungsersuchen des Finanzamtes vom 8. Mai 2003 teilte die Bw. mit, dass sich ihr Mittelpunkt der Lebensinteressen seit 1997 in M. befinde, sowie dass der Sohn seit der ersten Klasse die Schule in M. besuche und in Österreich nie die Schule besucht habe.

Mit Bescheid vom 19. August 2003 forderte das Finanzamt die von der Bw. für den Sohn für den Zeitraum vom Jänner 1998 bis Mai 2003 bezogenen Beträge an Familienbeihilfe und die für den genannten Zeitraum bezogenen Kinderabsetzbeträge als zu Unrecht bezogen zurück

und verpflichtete die Bw. gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 iVm § 33 Abs. 4 EStG 1988 den Rückforderungsbetrag in Höhe von € 10.012,29 zurückzuzahlen. In der Begründung führte das Finanzamt aus, dass sich der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Bw. nicht im Bundesgebiet befinde.

Die gegen den Rückforderungsbescheid am 29. August 2003 eingebrachte Berufung begründete die Bw. wie folgt (auszugsweise Wiedergabe):

*„... Ob die Auszahlung der FB und des KAB in dieser Zeit tatsächlich zu Unrecht erfolgt ist kann ich leider nicht beurteilen. Wenn, dann ist dies ausschließlich aus Unwissenheit passiert. Mein Ehegatte, E.B., der bei R./T. als Verantwortlicher Reiseleiter in verschiedenen Ländern, hauptsächlich aber in M. tätig ist, und dort keine Familienbeihilfe ausgezahlt wird, war ich im guten Glauben, die Familienbeihilfe in Anspruch nehmen zu können. Die FB und der KAB wurde zur Gänze für die Deutsch/Spanische Privatschule (da wir nach Ablauf des Vertrages meines Ehegatten ja wieder in Österreich tätig sein werden muss unser Sohn natürlich Deutsch können) verwendet.*

*Meine/unsere finanzielle Lage macht es mir leider unmöglich den geforderten Betrag zu bezahlen. Der Hauptwohnsitz wurde von meiner gesamten Familie nie aufgegeben (mein Ehegatte ist jedes 2 Monat beruflich in der Zentrale im x.P und nächtigt natürlich in unserer Wohnung am H.) und selbstverständlich verbringen wir jede freie Zeit (durch meinen Ehegatten können wir umsonst immer nach Hause fliegen) in unserer Heimatgemeinde X..*

*Wirtschaftliche Lage: Gesamteinkommen € 1.930,00 davon zahlen wir € 600,00 Kreditrückzahlung für Wohnung H., Privatschule für Kind € 300,00 + Lebensunterhaltskosten in Spanien.*

*Unter all diesen Umständen wäre die Rückforderung für mich eine massive und Unbillige Härte. Beweis: Vernehmung durch meinen Ehegatten, da ich selbst nicht erscheinen konnte. Ich stelle daher den Berufungsantrag ... den angefochtenen Bescheid ersatzlos zu Beheben. Gleichzeitig beantrage ich gern § 212a BAO die Aussetzung der Rückzahlung ...*

*Inländischer Zustellungsbevollmächtigter: Frau Z., Adresse2“*

Mit Berufungsvorentscheidung vom 17. August 2004 wies das Finanzamt die Berufung wie folgt als unbegründet ab:

*„Ihr Ehegatte ist bei der Firma R. Touristik/T. beschäftigt, und sie halten sich seit dem Kalenderjahr 1997 überwiegend in M. auf.*

*Gemäß § 26 Abs. 3 der Bundesabgabenordnung in der Fassung der BAO-Novelle 1988, BGBl Nr. 412, sind ab 01. Jänner 1989 die in einem Dienstverhältnis zu einer Körperschaft des öffentlichen Rechts stehenden österreichischen Staatsbürger, die ihren Dienstort im Ausland haben (Auslandsbeamte) sowie deren Ehegatten, sofern die Eheleute in dauernder Haushaltsgemeinschaft leben, und deren minderjährige haushaltszugehörige Kinder wie Personen zu behandeln, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt am Ort der die Dienstbezüge des Auslandsbeamten anweisenden Stelle haben.*

*Da es sich bei der Firma R. Touristik/T. um keine Körperschaft des öffentlichen Rechts handelt, ist § 2 Abs. 8 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 zu prüfen:*

*Demnach haben Personen, die sowohl im Bundesgebiet als auch im Ausland einen Wohnsitz haben, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben und sich die Kinder ständig im Bundesgebiet aufhalten. Eine Person hat den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.*

*Verfügt eine Person im Ausland über eine Wohnung, sei es als Eigentümer, Mieter oder auch bloß als Mitbewohner, und benützt sie diese Wohnung jahrelang und ständig aus beruflichen Gründen gemeinsam mit ihren engsten Familienangehörigen, so kann nicht angenommen werden, dass sie den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in Österreich hat. Gelegentliche Urlaubsaufenthalte in Österreich rechtfertigen keine andere Beurteilung.*

*Eine Person kann zwar mehrere Wohnsitze, jedoch nur einen Mittelpunkt der Lebensinteressen haben. Nach den Erfahrungen des täglichen Lebens bestehen im Regelfall die stärksten persönlichen*

*Beziehungen zu dem Ort, an dem man regelmäßig mit seiner Familie lebt. Der Mittelpunkt der Lebensinteressen einer verheirateten Person wird daher an dem Ort sein, wo die Familie lebt.*

*Wie bereits festgestellt, leben Sie seit 1997 in M., wo Sie mit Ihrer Familie wohnhaft sind. Wie ausführlich dargelegt, besteht daher kein Anspruch auf Familienbeihilfe in Österreich. Ihrer Berufung war daher der Erfolg zu versagen.“*

Mit Eingabe vom 31. August 2004 erhob die Bw. „Einspruch gegen die Berufungsvor-entscheidung an die Abgabebehörde zweiter Instanz“ und führte u.a. Folgendes aus:

*„... Unser Mittelpunkt der Lebensinteressen befindet sich sehr wohl in H. /F., denn wie Sie in Ihrer ersten Ablehnung selbst feststellen, kann sich der Mittelpunkt nur in dem Land befinden zu dem man eine engere Beziehung hat, in unserem Fall in Österreich, denn nicht nur die persönlichen Beziehungen sind in unserem Falle mehr als in Takt sondern vor allem die wirtschaftlichen Beziehungen, mein Gatte arbeitet für eine österreichische Firma, sein monatliches Gehalt erhält er auf unser Konto bei der Bank Austria, er zahlt in Österreich seine Steuern und Abgaben, wir haben in Österreich eine Wohnung die per Kredit abgezahlt wird, d.h. unsere persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen und Lebensinteressen beziehen sich nur und ausschließlich auf Österreich und wenn der Dienstvertrag meines Mannes ausläuft wird er in die Zentrale in Bo der Firma R. zurückkehren.*

*Der Mittelpunkt unserer Lebensinteressen wird immer Österreich sein und bleiben und nicht das Ausland.*

*Als Abschluss möchte ich nochmals betonen dass diese erste Ablehnung unserer Berufung ein echter Schock war, wir haben die FB und die KAB immer für die Ausbildung unseres Kindes verwendet, denn die Schulen in denen in Deutsch unterrichtet wird sind natürlich Kostenpflichtig, und da wir ja unseren Lebensmittelpunkt immer nur in Österreich hatten und wir demnächst dort wieder zurückkehren hoffen wir doch das unser Einspruch gegen die Berufungsvorentscheidung stattgegeben wird.“*

Das Finanzamt legte die Berufung der Abgabebehörde zweiter Instanz zur Entscheidung vor.

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

Im gegenständlichen Berufungsfall ist für den strittigen Zeitraum - übereinstimmend mit den Angaben der Bw. – von folgendem Sachverhalt auszugehen:

Die Bw., ihr Ehemann und der gemeinsamen Sohn sind laut den Angaben auf dem Antragsformular österreichische Staatsbürger.

Die Bw. lebt mit ihrer Familie seit vielen Jahren, unbestritten jedenfalls seit 1997 (seitdem der Sohn schulpflichtig wurde) in M..

Der minderjährige Sohn wohnt laut Eingabe der Bw. vom 20.04.2003 bei den Eltern in Adresse1 und besucht am Wohnort der Familie die Schule (College).

Die Familie hat auch in Österreich einen Wohnsitz (seit 1.7.1996 in Adresse2). Dieser Wohnsitz ist laut Berufungsschrift gleichzeitig die Wohnadresse der Mutter der Bw. (Mit der Berufung wurde gleichzeitig die Mutter der Bw. als inländische Zustellbevollmächtigte bekannt gegeben.)

Laut Versicherungsdatenauszug der österreichischen Sozialversicherung vom 5. Mai 2003 liegen für die Bw. für den strittigen Zeitraum (und auch danach) in Österreich keine Versicherungszeiten und keine Beitragsgrundlagen vor.

Der Ehemann der Bw. war laut Sozialversicherungsdatenabfrage vom 5. Mai 2003 in Österreich noch bis 31.03.1998 als Angestellter der R. Touristik GmbH beschäftigt, bezog für den Zeitraum von 1.4.1998 bis 9.5.1998 von diesem Dienstgeber Urlaubsentschädigung und von 04.05.1998 bis 01.09.1998 Arbeitslosengeld in Österreich. Ab 02.09.1998 sind für den Ehemann der Bw. ebenfalls weder Versicherungszeiten noch Beitragsgrundlagen in Österreich vorgelegen.

Laut einer im Berufungsverfahren vorgelegten „Lohnabrechnung Mai 2003“ des Ehegatten wurde das „Salär gemäß Vertrag“ von der Firma C.. GmbH in 8036 Zürich, ohne steuerliche Abzüge auf ein Bankkonto überwiesen.

Strittig ist im Berufungsfall, ob im Rückforderungszeitraum von Jänner 1998 bis Mai 2003 die in Österreich nicht erwerbstätige Berufungswerberin für ihren Sohn Anspruch auf Familienbeihilfe bzw. Kinderabsetzbetrag hat, obwohl der Kindesvater seine Erwerbstätigkeit überwiegend in M. ausübt und der im gemeinsamen Haushalt mit den Kindeseltern lebende Sohn die Schule in M./Spanien besucht.

Zunächst ist festzustellen, dass die spanische autonome Region der RegionM als Teil des EU-Mitgliedstaates Spanien gegenüber der EU keine Sonderrolle einnimmt. Die RegionM haben den gleichen Status wie auch andere Regionen auf dem europäischen Festland.

Aufgrund des gegebenen Sachverhaltes (mit Auslandsbezug zu einem EU-Mitgliedstaat) sind bei der Prüfung des Anspruches im gegenständlichen Fall vorrangig die EU-Regelungen (als unmittelbar anzuwendendes Recht) heranzuziehen. 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 Folge VO 1408/71), 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 VO 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. Familienbeihilfen sind nach Art. 1 Buchstabe u sublit. ii der VO 1408/71 regelmäßige Geldleistungen, die ausschließlich nach Maßgabe der Zahl und gegebenenfalls des Alters von Familienangehörigen gewährt werden. Die Familienbeihilfe nach dem Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 ist zweifelsfrei eine Familienleistung iSd Art. 1 Buchstabe u sublit. i der VO 1408/71.

Familienangehöriger ist nach Art. 1 Buchstabe f sublit. i der Verordnung 1408/71 jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, oder in den Fällen des Art. 22 Abs. 1 Buchstabe a und des Art. 31 in den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaates, in dessen Gebiet sie wohnt, als Familienangehöriger bestimmt, anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet ist.

Art. 13 der VO 1408/71 bestimmt, dass Personen, für die diese Verordnung gilt, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaates unterliegen. Soweit die Art. 14 bis 17 der zitierten Verordnung nicht etwas anderes bestimmen, gilt gemäß Art. 13 Abs. 2 Folgendes:

*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 oder ihr Arbeitgeber oder das Unternehmen, das sie beschäftigt, seinen Wohnsitz oder Betriebssitz im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats hat;*

*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;*

*f) eine Person, die den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates nicht weiterhin unterliegt, ohne dass die Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats gemäß einer der Vorschriften in den vorhergehenden Buchstaben oder einer der Ausnahmen bzw. Sonderregelungen der Art. 14 bis 17 auf sie anwendbar würden, unterliegt den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaates, in dessen Gebiet sie wohnt, nach Maßgabe allein dieser Rechtsvorschriften."*

Art 14 der VO 1408/71 lautet auszugsweise:

*"Vom Grundsatz des Artikels 13 Absatz 2 Buchstabe a) gelten folgende Ausnahmen und Besonderheiten:*

*1. a) Eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats von einem Unternehmen, dem sie gewöhnlich angehört, abhängig beschäftigt wird und die von diesem Unternehmen zur Ausführung einer Arbeit für dessen Rechnung in das Gebiet eines anderen Mitgliedstaats entsandt wird, unterliegt weiterhin den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaats, sofern die voraussichtliche Dauer dieser Arbeit zwölf Monate nicht überschreitet und sie nicht eine andere Person ablöst, für welche die Entsendungszeit abgelaufen ist.*

Nach den genannten Bestimmungen der VO 1408/71 ist jener Staat verpflichtet Familienleistungen zu zahlen, in dem (von einem Elternteil) die Beschäftigung ausgeübt wird. Es gilt das sogenannte Beschäftigungslandprinzip. Auch Selbständige werden von den Bestimmungen der VO 1408/71 erfasst. Die Familienbeihilfe iSd Familienlastenausgleichsgesetzes (FLAG) 1967 ist somit eine Familienleistung, auf welche aufgrund der genannten Verordnung grundsätzlich Anspruch bestehen kann, wenn der sorgeberechtigte oder der zum Unterhalt verpflichtete Elternteil den Rechtsvorschriften iSd Art. 13 der VO 1408/71 Österreichs unterliegt.

Da die Bw. in Österreich keiner Beschäftigung nachgeht und auch nicht als arbeitslos gemeldet ist, d.h. jede Erwerbstätigkeit aufgegeben hat und seit vielen Jahren – und jedenfalls laut eigenen Angaben im strittigen Zeitraum - mit dem in Spanien berufstätigen

Ehemann und dem Sohn in Spanien wohnt und der Sohn auch die Schule dort besucht, ist gestützt auf Art. 13 Abs. 2 lit.f der VO 1408/71 – grundsätzlich davon auszugehen, dass die Bw. selbst nur den Rechtsvorschriften Spaniens, des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet sie wohnt, unterliegt (vgl. VwGH 25.01.2006, 2006/14/0105 sowie EuGH Rs C-275/96).

Der Ehemann der Bw. war im strittigen Zeitraum jedoch noch bis Ende März 1998 bei einem österreichischen Dienstgeber beschäftigt, erhielt Urlaubsabfindung bzw. Urlaubsentschädigung von diesem Dienstgeber und bezog anschließend bis 1. September 1998 Arbeitslosengeld in Österreich.

Nach Art. 13 Abs. 2 lit.a der VO 1408/71 unterliegt eine Person den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaates, in dessen Gebiet sie abhängig beschäftigt ist, auch wenn das Unternehmen, das sie beschäftigt, seinen Betriebssitz im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats hat. Der Ehemann der Bw. übte seine Tätigkeit als Angestellter zwar unbestritten hauptsächlich in M. aus, unterlag jedoch laut Sozialversicherungsdatenauszug vom 5. Mai 2003 für den Zeitraum der Beschäftigung bei der R. Touristik GmbH (1.1.1998 bis 31.3.1998), sowie für den Zeitraum, für den Arbeitslosengeld bezogen wurde (4.5.1998 bis 1.9.1998) noch den Rechtsvorschriften Österreichs.

Dass die für die Urlaubersatzleistung begründete Pflichtversicherungszeit ebenfalls als Zeit der Beschäftigung im Sinne der Artikel 13 und 14 der Verordnung anzusehen ist, ergibt sich laut Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes durch die Verordnung selbst:

*„Nach Artikel 1 lit. s) sind Beschäftigungszeiten Zeiten, die nach den Rechtsvorschriften, unter denen sie zurückgelegt worden sind, als solche bestimmt oder anerkannt sind, ferner alle gleichgestellten Zeiten, soweit sie nach diesen Rechtsvorschriften als den Beschäftigungszeiten gleichwertig anerkannt sind. Gemäß § 11 Abs. 2 ASVG besteht die Pflichtversicherung nach dem Ende des Beschäftigungsverhältnisses unter anderem weiter für die Zeit des Bezuges einer Ersatzleistung für Urlaubsentgelt (Urlaubsabfindung, Urlaubsentschädigung) sowie für die Zeit des Bezuges einer Kündigungsentschädigung. Damit hat der österreichische Gesetzgeber diese Versicherungszeiten den (eigentlichen) Beschäftigungszeiten gleichgehalten, weshalb geklärt ist, dass auch Zeiten des Bezuges einer Ersatzleistung für Urlaubsentgelt (Urlaubsabfindung, Urlaubsentschädigung) als Beschäftigung im Sinne der Artikel 13 und 14 der Verordnung anzusehen sind.“* (VwGH 19.12.2007, 2006/08/0163)

Somit unterlag der Kindesvater für den Zeitraum von 1. Jänner 1998 bis 1. September 1998 durchgehend noch den Rechtsvorschriften Österreichs.

Artikel 73 der VO 1408/71 sieht dazu vor:

*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.*

Art 74 der VO 1408/71 bestimmt:

*„Ein arbeitsloser Arbeitnehmer oder ein arbeitsloser Selbstständiger, der Leistungen bei Arbeitslosigkeit nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats bezieht, 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.“*

(\*) Anhang VI enthält keine Sonderbestimmungen für Österreich - Spanien

Der Ehemann der Bw. unterlag nach Artikel 73 und 74 der VO 1408/71 (als Arbeitnehmer bzw. Arbeitslosengeld Beziehender) noch bis September 1998 den Rechtsvorschriften Österreichs. Somit ist auch der persönliche Anwendungsbereich nach Art 2 der VO 1408/71 für die Bw. als Familienangehörige eröffnet, da nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) die Unterscheidung zwischen eigenen und abgeleiteten Rechten grundsätzlich nicht für Familienleistungen gilt (vgl. EuGH, Rs C-85/99, Offermanns, Rz 34 ). Damit besteht für den Sohn der Bw., der im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnt, von Jänner bis September 1998 noch Anspruch auf Familienleistungen in Österreich.

Für den Monat September 1998 ist noch zu ergänzen: Aufgrund des Art. 10a VO 574/72, Verordnung (EWG) Nr. 574/72 des Rates v. 21. März 1972 über die Durchführung der VO (EWG) Nr. 1408/71 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien (DVO) sind Familienleistungen in einem Monat, in dem zwei Staaten nacheinander zuständig sind, nach Tagen oder im zeitlichen Verhältnis aufzuteilen. \*

\* Art. 10a lit. d (samt Anhang 8) der VO 574/72, wonach die Staaten, mit denen ein Bezugszeitraum festgelegt worden ist, die Kosten der Familienleistungen auf Grund der ersten Beschäftigung bzw. selbständigen Tätigkeit für den gesamten Bezugszeitraum übernehmen (mit Spanien wurde ein Bezugszeitraum von einem Monat festgelegt), ist bei Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung nicht anwendbar.

Laut den spanischen Rechtsvorschriften (Quelle: [http://ec.europa.eu/employment\\_social/missoc](http://ec.europa.eu/employment_social/missoc)) wird das Kindergeld (Prestaciones por hijo a cargo) nur gewährt, wenn eine bestimmte Einkommenshöhe nicht überschritten wird; für den strittigen Zeitraum darf das Jahreseinkommen den Betrag von € 7.954,07 nicht übersteigen. Im gegenständlichen Fall stand die Höhe des Einkommens (laut Berufung € 1.930,00/monatlich) somit einer Familienleistung in Spanien entgegen, und es liegt kein „Zusammentreffen“ Ansprüchen iSd Art. 10a VO 574/72 vor (EuGH Rs C - 352/06).

Da eine tageweise Zuordnung oder eine andere Aufteilung der Familienbeihilfe in Österreich nicht möglich ist und aufgrund der Einkommensgrenze im vorliegenden Fall in Spanien kein Anspruch auf Familienleistung besteht, wurde die Familienbeihilfe (auch im Hinblick Art. 42 EG) für den gesamten Monat September zugesprochen.

Ab Oktober 1998 liegt auch für den Ehemann der Bw. in Österreich weder eine selbständige noch eine nichtselbständige Beschäftigung noch der Bezug von Arbeitslosengeld vor. Aufgrund

der jahrelangen Dauer der Tätigkeit in M. ist im vorliegenden Fall für den strittigen Zeitraum auch eine Entsendung nach Art. 14 der VO 1408/71 auszuschließen.

Personen, für die die VO 1408/71 gilt, unterliegen nach Art. 13 den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaates. Ab Oktober 1998 geht ein Elternteil in Österreich einer Beschäftigung nach. Da die ganze Familie im strittigen Zeitraum somit im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnte (durch den Schulbesuch des Kindes in Spanien ist eindeutig auch das Wohnland der Familie Spanien), und der Kindesvater ab Oktober 1998 nach Art. 13 Abs. 2 der VO 1408/71 auch nicht mehr den Rechtsvorschriften Österreichs im Bereich der sozialen Sicherheit unterstellt war, ist Österreich für die Familienleistungen aufgrund Art. 13 Abs. 2 der VO Nr. 1408/71 für den Zeitraum ab Oktober 1998 nicht zuständig.

Für den vorliegenden Fall hat somit Spanien als Beschäftigungs- und Wohnland nach der VO 1408/71 die Familienleistungen (soweit diese nach den spanischen Rechtsvorschriften gewährt werden) zu tragen und die Prioritätsregeln für den Fall der Kumulierung von Ansprüchen aufgrund von Art. 76 der VO 1408/71 sind nicht weiter relevant.

Jedoch ist der für die Bw. als österreichische Staatsbürgerin mögliche Anspruch auf eine Ausgleichszahlung (§ 4 Abs. 2 FLAG 1967) nach den innerstaatlichen Rechtsvorschriften noch zu prüfen.

§ 4 Abs. 2 FLAG 1967 ordnet für den Fall des Zusammentreffens des inländischen Beihilfenanspruches mit einem (grundsätzlichen) Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe an, dass in Österreich ein Anspruch (nur) auf eine Ausgleichszahlung bis zur Höhe der (höheren) österreichischen Beihilfe besteht. Diese Bestimmung setzt jedoch einen Beihilfenanspruch nach §§ 2 oder 3 FLAG voraus (VwGH 23.05.2007, 2006/13/0074; 19.03.2008, 2008/15/0002). Für die Ausgleichszahlung muss demnach ein grundsätzlicher Anspruch nach dem FLAG bestehen.

Der ständige Aufenthalt des Kindes in Spanien ist für den Beihilfenanspruch in Österreich nicht schädlich, weil § 5 Abs. 3 FLAG 1967 (auch schon vor Inkrafttreten des § 53 Abs. 1 FLAG 1967) vom Anwendungsvorrang des Art. 73 der Verordnung Nr. 1408/71 verdrängt wurde und nach dieser Bestimmung der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des EWR dem ständigen Aufenthalt in Österreich gleich zu halten ist.

Nach § 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. Gehört ein Kind zum gemeinsamen Haushalt der Eltern, so geht gemäß § 2a Abs.1 leg.cit. 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.

§ 2 Abs. 8 FLAG 1967 in der für den gegenständlich Berufungsfall anzuwendenden Fassung lautete: "Personen, die sowohl im Bundesgebiet als auch im Ausland einen Wohnsitz haben, haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Bundesgebiet haben und sich die Kinder ständig im Bundesgebiet aufhalten. Eine Person hat den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat."

Bei Vorliegen eines Wohnsitzes sowohl im In- als auch im Ausland, muss die antragstellende Person für den Anspruch auf Familienbeihilfe somit den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in Österreich haben. Der fehlende Mittelpunkt der Lebensinteressen iSd § 2 Abs.8 FLAG 1967 in Österreich steht dem Familienbeihilfenanspruch nach den nationalen Rechtsvorschriften entgegen (vgl. VwGH 19.3.2008, 2008/15/0002).

Im Berufungsfall ist davon auszugehen, dass die Bw. im strittigen Zeitraum sowohl in Österreich, als auch in Spanien einen Wohnsitz hatte. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kann eine Person zwar mehrere Wohnsitze, jedoch nur einen Mittelpunkt der Lebensverhältnisse haben. Unter persönlichen Beziehungen sind dabei all jene zu verstehen, die jemanden aus in seiner Person liegenden Gründen auf Grund der Geburt, der Staatszugehörigkeit, des Familienstandes und der Betätigungen religiöser und kultureller Art, mit anderen Worten nach allen Umständen, die den eigentlichen Sinn des Lebens ausmachen, an ein bestimmtes Land binden. Nach den Erfahrungen des täglichen Lebens bestehen im Regelfall die stärksten persönlichen Beziehungen zu dem Ort, an dem man regelmäßig und Tag für Tag mit seiner Familie lebt. Daraus folgt, dass der Mittelpunkt der Lebensverhältnisse einer verheirateten Person regelmäßig am Ort des Aufenthaltes ihrer Familie zu finden sein wird.

Da der Sohn der Bw. unbestritten bereits seit 1997 in Spanien die Schule besuchte, ist davon auszugehen, dass die Bw. die stärkste persönliche Beziehung zum Ort des Aufenthaltes ihrer Familie hatte und damit im strittigen Zeitraum der Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in Spanien lag.

Fehlt es aber am Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet, so steht § 2 Abs. 8 FLAG 1967 einem Familienbeihilfenanspruch entgegen. Der Wohnsitz der Bw. in Österreich steht dem vorhandenen Mittelpunkt der Lebensinteressen in Spanien nicht entgegen. Ebenso kommt den Meldedaten in diesem Zusammenhang kein Beweiswert zu, weil durch sie die

vorhandenen oder fehlenden persönlichen Beziehungen weder erwiesen noch widerlegt werden können.

Zum Vorbringen der Bw., der Ehemann der Bw. werde nach dem Ablauf seines Dienstvertrages nach Österreich zurückkehren, ist noch anzumerken, dass der Kindesvater laut Internet-Recherchen vom 30.11.2009 auch in den dem strittigen Zeitraum folgenden Jahren als Reiseleiter bzw. selbständiger Touranbieter in M. tätig war bzw. noch ist. Im Folgenden einige Zitate aus Presseberichten (über M.):

*„... sagt E.B., ein Österreicher, der schon lange auf der Insel lebt und mit Urlaubern Mountainbiketouren unternimmt oder wandert.“*

(<http://www.spiegel.de/reise/europa/0,1518,450863,00.html> vom 28.11.2006)

*„... will der Österreicher E.B. ein M. vorführen, das sich abseits ....“ Radeln und Wandern werden vor allem von November bis April nachgefragt“, erzählt der Touranbieter. ...“ (Informationen: Spanisches Fremdenverkehrsamt, ...60323 Frankfurt ...)*

*„... herzlich Willkommen im... Mein Name ist E.B., ich komme aus Österreich, **lebe seit 20 Jahren mit meiner Familie** in M. und arbeite hier seit 6 Jahren als Wanderführer. Unser Wanderprogramm wird ....“*

(aus dem Wanderprogramm des Hotels *Club*, gültig vom 01.11.07 bis zum 30.04.08).

Auch dass der Ehegatte der Bw., wenn er im strittigen Zeitraum aus beruflichen Gründen - etwa jedes zweite Monat - in Österreich war, sich auch am inländischen Wohnsitz in Österreich aufhielt, besagt nicht, dass der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Bw. in Österreich lag, sondern zeigt vielmehr, dass die Aufenthalte der Familie in Österreich zeitlich sehr eingeschränkt stattfanden. Im Übrigen ist der Ehemann der Bw. in Österreich, entgegen den Ausführungen im Vorlageantrag, ab dem Jahr 1999 einzig als (Mit-)Eigentümer eines Grundstückes steuerlich erfasst.

Auf Grund des festgestellten Sachverhaltes ist nach den vorstehenden Ausführungen der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Bw. als nicht in Österreich gelegen anzunehmen. Nach innerstaatlichem Recht verliert die Bw. durch Verlegung des Mittelpunktes ihrer Lebensinteressen in einen anderen Mitgliedstaat ihren innerstaatlichen Anspruch auf die Familienleistungen. Damit ist aus der Bestimmung des § 4 Abs. 2 FLAG 1967 für die Berufung nichts zu gewinnen und es ist auch nicht von Bedeutung ob bzw. in welcher Höhe für das Kind der Bw. in Spanien tatsächlich Familienleistungen bezogen wurden.

Wenn in Österreich nach den nationalen Rechtsvorschriften kein Familienbeihilfenanspruch besteht, ist auch die Voraussetzung für den Bezug des Kinderabsetzbetrages nicht gegeben, weshalb im vorliegenden Fall die Familienbeihilfe und auch der Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum Oktober 1998 bis Mai 2003 zu Unrecht bezogen wurden.

Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat nach § 26 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen. § 26 leg. cit. gilt gemäß

§ 33 Abs. 4 Z. 3 lit. a EStG 1988 auch für den zu Unrecht bezogenen Kinderabsetzbetrag. Durch diese Bestimmung wird eine objektive Erstattungspflicht desjenigen begründet, der die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, ohne Rücksicht darauf, ob die bezogenen Beträge gutgläubig empfangen wurden oder ob die Rückzahlung Härte bedeutete. Die Verpflichtung zur Rückerstattung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge ist von subjektiven Momenten unabhängig. Entscheidend ist ausschließlich, ob der Empfänger die Beträge objektiv zu Unrecht erhalten hat (vgl. VwGH 31.10.2000, 96/15/0001, VwGH 13.03.1991, 90/13/0241).

Damit ist mit dem Vorbringen der Bw., sie habe die Familienbeihilfe „im guten Glauben“ in Anspruch genommen, nichts für die Berufung zu gewinnen. Ebenso nicht von Bedeutung ist, dass die zu Unrecht bezogenen Beträge zur Gänze für die Privatschule des Sohnes verwendet wurden, weil es laut Rechtsprechung unerheblich ist, ob und gegebenenfalls, wie der Bezieher die erhaltenen Beträge verwendet hat (VwGH 2005/15/0080 v. 23.9.2005).

Soweit die Bw. mit der Unbilligkeit der Einhebung des Rückforderungsbetrages argumentiert und damit auf die Gewährung einer Nachsicht abzielt, ist noch anzumerken, dass die Bewilligung einer Nachsicht iSd § 236 BAO ebenso wie eine Abstandnahme von der Rückforderung nach § 26 Abs.4 FLAG 1967 nicht Gegenstand dieses Verfahrens sind.

Es war daher wie im Spruch zu entscheiden.

Wien, am 18. November 2009