



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufungen der Bw., Adresse1, Spanien, vom 18. April 2001 gegen den Bescheid des Finanzamtes X. vom 23. November 2000, sowie vom 19. September 2001 gegen den Berichtigungsbescheid vom 30. Juli 2001 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für den Zeitraum vom September 1995 bis Oktober 2000 entschieden:

Die Berufungen werden als unbegründet abgewiesen.

### Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (im Folgenden Bw.) gab anlässlich einer Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe dem Finanzamt mit Schreiben vom 30. Juli 2000 bekannt, dass ihre Kinder bei ihr und dem Vater in Spanien leben würden.

Über Vorhalt des Finanzamtes vom 15. September 2000 teilte der Kindesvater und Ehemann der Bw., H. Z., dem Finanzamt auf die Frage, in welchem Land er als Familienerhalter beschäftigt sei, mit Schreiben vom 25. September 2000 Folgendes mit:

*„Im Antrag meiner Frau ... v. 30.6.2000 ist meine Profession mit „Freischaffender Künstler“ angegeben – ich bestätige dies. Daraus folgt, dass meine Arbeit nicht nur in einem Land erfolgt, sondern je nach Einladung/Auftrag, also ich keinen Dienstgeber u. keine fixen Beschäftigungszeiten habe. Mein Studio ist in .../S. (Spanien). Meine Steuernummer ersehen Sie aus beigefügter Kopie meiner span. Residencia (Aufenthaltsbestätigung) ...“*

Laut Aktenlage hatte die Bw. bereits am 30. September 1995 (auf einem Formular betreffend „Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe“ vom 7. Juli 1995) bekannt gegeben, dass

sie nicht erwerbstätig sei und dass die Töchter Jennifer und Alice in Spanien die Schule besuchen würden, weil ihr Mann aus beruflichen Gründen in S. arbeiten würde.

Mit Bescheid vom 23. November 2000 forderte das Finanzamt die von der Bw. für die Zeit vom September 1995 bis Oktober 2000 für die Kinder Z. A., geb. Datum1, Z. B. L., geb. Datum2, und Z. D., geb. Datum3, bezogenen Beträge an Familienbeihilfe in Höhe von ATS 252.675 (€ 18.362,61) und die für diesen Zeitraum bezogenen Kinderabsetzbeträge in Höhe von ATS 83.500 (€ 6.068,18), sohin im Gesamtbetrag von ATS 336.175,- (€ 24.430,79) gemäß § 26 Abs.1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 iVm §33 Abs.4 Z.3 lit.a bzw lit.c EStG 1988 mit folgender Begründung als zu Unrecht bezogen zurück:

*„Gemäß dem Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum besteht der Grundsatz des Beschäftigungslandprinzips. Danach besteht grundsätzlich Anspruch auf Familienleistungen im Beschäftigungsland des Familienerhalters. Da weder Sie selbst noch Ihr Gatte im Bundesgebiet beschäftigt sind und das Wohnland der Kinder Spanien ist, ist das Beschäftigungsland nicht Österreich. Nach den vorgelegten Nachweisen hat Ihr Gatte in Spanien eine Steuernummer als freischaffender Künstler. Einkünfte in Österreich konnten nicht nachgewiesen werden. Die Familienbeihilfe wird für den oben angegebenen Zeitraum rückgefordert.“*

Der Rückforderungsbescheid wurde vom Finanzamt mit RSb versandt, bei dem nach der inländischen Wohnadresse der Bw. zuständigen Postamt am 28. November 2000 hinterlegt, von der Bw. jedoch nicht behoben.

Mit Eingabe vom 29. November 2000 (Fax aus Spanien) gab die Bw. dem Finanzamt bekannt, dass sie sich auf Grund einer Erkrankung gezwungen sehe, ihren Wohnsitz und den der Töchter in Österreich (in Adresse2) aufzukündigen und zu ihrem Mann nach Spanien zu übersiedeln. Die Abmeldung in Wien sei am 28. November 2000 erfolgt.

Mit Eingabe vom 8. Jänner 2001 (Fax aus Spanien) teilte die Bw. dem Finanzamt im Wesentlichen mit (auszugsweise Wiedergabe):

*„Im Jänner 2001 erhielt ich von einer Freundin die Post nachgesandt. Es handelt sich um die Buchungsmittelung plus Erlagschein vom 23.11.2000. Der Behörde ist bekannt – seit meinem Fax vom 29.11.2001, dass ich nicht mehr unter der Adresse in Wien zu erreichen bin. .... Seit meiner Erkrankung im September 2000 bin ich zu meinem Mann nach Spanien, musste meine Sozialversicherung hier anmelden, .... In der Zeit bat ich eine Freundin mich und meine Töchter in Wien abzumelden, was am 28.11.2000 geschah. .... Da ich Ihre Formulare (u. Ergänzungspunkte) all die Jahre den Tatsachen entsprechend ausgefüllt habe, bleibt mir die jetzige Entwicklung völlig unverständlich und ich ersuche Sie um eine Darlegung Ihrer Rückzahlungsforderung. ....“*

Da die Bw. zum Zeitpunkt des Zustellversuches nicht in Österreich war, versandte das Finanzamt den Bescheid an die spanische Adresse der Bw. und der Bescheid wurde laut internationalem Rückschein von der Bw. am 6. April 2001 eigenhändig übernommen.

Mit Schriftsatz vom 18. April 2001 (beim Finanzamt eingelangt am 23. April 2001) erob die Bw. Berufung gegen den Rückforderungsbescheid wie folgt:

„Alle Anträge enthielten immer alle Informationen, die in Ihrem Formblatt / Antrag abgefragt wurden.“

Am 16.04.97 teilt das Amt mit, dass für jedes Kind ein Beitrag X gezahlt wird - keine Angabe zur Höhe - und in welchem Zeitraum.

Am 25.09.00 teilte mein Mann Ihnen auf Anfrage mit (Ihr Schreiben v. 15.09.00), dass er als freischaffender Künstler arbeitet und seine Personalauskünfte - Kopie span. Residencia. Es war das erste Mal, dass Ihrerseits ZUSÄTZLICH zu den Daten Ihres Antragsformulars nach seiner Person gefragt wurde.

Am 25.10.00 teilt das Amt mit, dass ab Zeitpunkt 1995 nicht mehr gezahlt wird.

Zeitpunkt: ca. 2 Jahre vor der Mitteilung über denselben Sachverhalt, im Brief vom 16.04.97 - wo bis 2000-2003 gezahlt werden sollte.

Am 23.11.00 senden Sie die Zahlungsaufforderung. Sie erreichte uns per Nachsendung ca. 2.-3.12.00.

Am 29.11.00 informierte ich Sie über meinen vollzogenen Umzug nach Spanien und in der Folge die Abmeldung von mir und den Kindern.

Am 08.01.01 unser Einspruch, nicht früher, da hier ebenfalls eine Nachsendung von Wien erfolgte.

Darin wird um Darlegung Ihrer Rückzahlungsforderung gebeten.

Am 26.03.01 teilt das Amt mit: 24.430.79 Euro zu zahlen. Wir erhielten den eingeschriebenen Brief am 06.04.01.

#### EINSPRUCH:

Ihr Schreiben vom 25.10.00 gibt keinerlei Auskunft über das Warum Ihrer Entscheidung, da Sie nachweislich im Jahr 1997 noch ganz andere Daten nannten.

Ihr Recht auf Rückforderung basiert laut ihren Aussagen (siehe Brief v. 16.04.97). Aus verschiedenem Briefwechsel meinerseits mit Ihnen ist ersichtlich, dass wir alle Anfragen beantwortet haben. Der jetzt von Ihnen argumentierte Sachverhalt zur Streichung und Rückforderung der Beihilfe in Verbindung zur Situation eines Mannes, ist nicht nachvollziehbar.

1. - Ich war immer der Antragsteller - also meine soziale Situation bekannt.
2. - Ihr Formblatt fragt nicht nach der Situation des Mannes in dieser detaillierten Form.
3. - Dennoch waren Sie darüber informiert - seit 1987/88, dass die Kinder in Spanien zur Schule gehen, siehe Schulbelege und mein Mann ein Atelier dort hat.
4. - Formal fehlt in Ihrem Bescheid v. 26.03.01 die Tochter D., so wird Ihre Bilanz unverständlich.

Ich erwarte eine Aufklärung über die Unklarheiten in Ihrer Entscheidung und Antworten auf die Fragen: Warum - wieso - weshalb?"

Mit Berichtigungsbescheid gemäß § 293 Abs. 1 BAO vom 30. Juli 2001 ergänzte das Finanzamt den Spruch des Bescheides vom 23. November 2000 um den im Bescheid vom 23. November 2000 nicht angeführten Namen des dritten Kindes D., hinsichtlich der Höhe des Rückforderungsbetrages erfolgt keine Änderung.

Mit Eingabe 19. September 2001 (bei Finanzamt eingelangt am 24. September 2001 bzw. vorab per Fax am 20.09.2001) erhob die Bw. Berufung gegen den (laut Bw. am 28. August 2001 zugestellten) Berichtigungsbescheid wie folgt:

„Da Sie seit dem 29.11.00 über meine neue Adr. in Spanien informiert sind bleibt es unverständlich warum Sie weiterhin an die alte Adr. In Wien ... zustellen lassen, es besteht keine Gewähr, dass mir die Post nachgesandt wird. Diesmal erreichte mich Ihr Bescheid am 28.8.01 !!

Zum weiteren sei vermerkt, dass im berichtigten Bescheid v. 30.7.01 der Name der ältesten Tochter, sowie die spanische Adr. Falsch geschrieben wurden - die korrekten Angaben liegen Ihnen vor.

In meinem EINSPRUCH vom 18.4.01. sind alle Briefe aufgeführt, die meine Argumente, Fakten und Daten enthalten, in denen ich darlege warum ich keine Veranlassung sehe die Rückforderung zu akzeptieren, Ihr Hinweis - Begründung - geht in keiner Weise auf die Tatsachen ein, dass das Amt nie nach den Arbeitsverhältnissen meines Mannes fragte - dennoch ich darüber schon vor Jahren informierte. Erst am 15.9.00 wurde nach seinem Beschäftigungsland gefragt.

Nun nochmals: Immer war ich Antragsteller und ich habe den Wohnsitz erst am 28.11.00 in Wien

aufgegeben.

*Es bleibt daher absolut unverständlich, warum ich Gelder, die ich in gutem Glauben auf Ihre korrekten Fragebögen, die ich immer genau ausgefüllt habe, erhielt, nun zurückzahlen soll.  
Ich wiederhole meinen EINSPRUCH gegen diese Ihre Entscheidung.*

Mit Berufungsvorentscheidung vom 21. September 2001 gab das Finanzamt den Berufungen der Bw. teilweise statt und verminderte den Gesamtrückforderungsbetrag „im Hinblick auf die Ausgleichszahlung“ um die Höhe des Kinderabsetzbetrages.

Begründet wurde diese Entscheidung dahingehend, dass gemäß dem Abkommen über den europäischen Wirtschaftsraum der Grundsatz des Beschäftigungslandprinzips bestehe.

Demnach bestehe grundsätzlich Anspruch auf Familienleistungen im Beschäftigungsland des Familienerhalters, im Fall der Bw. wäre dies Spanien. Ein Selbständiger habe nach den Rechtsvorschriften des „Beschäftigungslandes“ Anspruch auf Familienleistungen auch für Kinder, die sich ständig in einem anderen EWR-Staat aufhalten.

Für das Zusammentreffen von Ansprüchen in mehreren EWR-Staaten gelte gem. Art. 76 der EWR-Verordnung folgende Rangordnung:

1. Ansprüche von unselbständigen und selbständigen Personen im Wohnland der Kinder
2. Anspruch auf Ausgleichszahlung

Zum Kinderabsetzbetrag führte die Abgabenbehörde erster Instanz in der Berufungsvorentscheidung aus, dass der Kinderabsetzbetrag gemäß § 33 Abs. 4 Z 3 lit. a EStG auch dann zustehe, wenn die inländische Familienbeihilfe geringer ist als die gleichartige ausländische, solange die Voraussetzungen für eine Ausgleichszahlung im Sinne des § 4 FLAG dem Grunde nach erfüllt sind. Die Rückforderung der zu Unrecht bezogenen Familienbeihilfe in Höhe von ATS 252.675,00 (EUR 18.362,61) bleibe aufrecht.

Die Berufungsvorentscheidung vom 21. September 2001 wurde an die Bw. in Spanien zugestellt (der Rückschein befindet sich nicht im Finanzamtsakt, jedoch erfolgte die Übernahme durch die österreichische Post erst am 4. Oktober 2001. Die Eingabe der Bw. vom 30. Oktober 2001, beim Finanzamt eingelangt am 2. November 2001 (bzw. am 30. Oktober 2001 vorab mit Fax ) konnte daher als rechtzeitig eingelangter Vorlageantrag gewertet werden. Die Bw. führte darin aus:

*„In Ihrem Schreiben von 21.9.01 wird mitgeteilt, einmal eine Reduzierung der Rückforderungssumme und dann, dass ich Anspruch auf eine Familienbeihilfe im Beschäftigungsland - bzw. Wohnland der Kinder habe. Dazu: Ich habe keine Beschäftigung (Gelderwerb) und was bedeutet (auf Seite 2 Ihres Briefes vom 21.9.01 unter Punkt 2) Anspruch auf Ausgleichszahlung?*

*Ansonsten geht die Behörde weiterhin nicht auf die entscheidenden Gründe meines Einspruchs ein, den ich hiermit wiederholt stelle.*

*Begründung:*

*In meinem Schreiben vom 18.4.01 und vom 19.9.01 und allen weiteren vorher legte ich dar, dass die Behörde immer Kenntnis hatte, dass mein Mann in Spanien sein Studio hat und die Kinder in Spanien zur Schule gehen. Der einzige ordentliche Wohnsitz der gesamten Familie war bis Februar 1997 in*

*Wien, außer Tochter D. hatte aus Studiengründen seit August 1993 ein amerikanisches Visum für Internationale Studenten. Erst am 15.9.00 fragt die Behörde nach den Verhältnissen meines Mannes, sowohl diese bekannt waren, jedoch nie in ihren Fragebögen erwähnt wurden. Dies ist der entscheidende Einspruch gegen ihr Ansinnen auf Rückzahlung - Ihr Fragebogen erwähnt nie meinen Mann, ich bin die Antragstellerin, wieso sind dann plötzlich seine Verhältnisse ausschlaggebend? Nach meinem Verständnis Ihrer Begründung wäre die Familienbeihilfe seit meiner Abmeldung in Wien am 28.11.00 hinfällig. ..."*

**Über die Berufung wurde erwogen:**

Der für diesen Fall maßgebliche Sachverhalt stellt sich aufgrund der vorgelegten Unterlagen bzw. den Angaben der Bw. (und somit in Übereinstimmung mit dem Vorbringen der Bw.) für den strittigen Zeitraum wie folgt dar:

Die Bw. ist österreichische Staatsbürgerin, nicht erwerbstätig (weder in Österreich noch in Spanien) und hatte bis 28.11.2000 eine inländische Wohnadresse.

Der Ehemann der Bw. ist deutscher Staatsbürger, wohnt in Spanien und ist dort als freischaffender Künstler tätig. Laut den vorgelegten Unterlagen bzw. seinem Schreiben vom 25.9.2000 ist er in Spanien steuerlich erfasst (Steuernummer xxx).

Weder die Bw. noch ihr Ehegatte sind (laut den Angaben der Bw. auf den im strittigen Zeitraum eingereichten Antragsformularen vom 30.9.1995, 26.9.1996, 7.4.1997 und 30.7.2000) in Österreich bei einer öffentlich-rechtlichen Pensionsversicherungsanstalt versichert.

Die Kinder der Bw. hielten sich laut dem Vorbringen der Bw. in der Berufung bereits seit 1987/88 in Spanien auf und besuchten in Spanien die Schule. Laut den Angaben der Bw. auf den Antragsformularen erfolgte die Kindererziehung in einem Haushalt mit dem anderen Elternteil.

Die im Rückforderungszeitraum noch minderjährigen Töchter A. und B. besuchten laut den Angaben der Bw. auf den Formularen zur Anspruchsüberprüfung vom 30. September 1995 bzw. vom 7. April 1997 im strittigen Zeitraum die American International School S. und damit jedenfalls im strittigen Zeitraum ab September 1995 laufend in Spanien die Schule.

Die Tochter D. absolvierte ihre Berufsausbildung ab 1993 in den USA. Als Minderjährige besuchte sie das Chaffey College (Abschluss im Mai 1996), ab dem Sommer 1996 studierte die zu diesem Zeitpunkt bereits volljährige Tochter an der „University of C.“.

Strittig ist im Berufungsfall, ob im Rückforderungszeitraum von September 1995 bis Oktober 2000 für die nicht erwerbstätige Berufungswerberin Anspruch auf Familienbeihilfe bzw.

---

Kinderabsetzbetrag in Österreich besteht, obwohl der Kindesvater (und Familienerhalter) seine selbständige Erwerbstätigkeit in Spanien ausübt und auch die Kinder seit vielen Jahren die Schule in Spanien (und die älteste Tochter ab 1993 in den USA) besucht haben.

Aufgrund des gegebenen Sachverhaltes 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 Nr. 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 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.

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

Familienangehöriger ist nach Art. 1 Buchstabe f sublit. i der Verordnung Nr. 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; 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.

Art. 13 der Verordnung Nr. 1408/71 bestimmt, dass - vorbehaltlich hier nicht interessierender Sonderbestimmungen - Personen, für die diese Verordnung gilt, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaates unterliegen. Soweit die hier nicht in Betracht kommenden Art. 14 bis 17 der zitierten Verordnung nicht etwas anderes bestimmen, gilt gemäß Art. 13 Abs. 2 Folgendes:

*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.“*

Nach den einschlägigen Bestimmungen dieser Verordnung ist somit 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.

Ausgehend vom unstrittigen Sachverhalt, dass die Bw. in Österreich keiner Beschäftigung nachgeht und auch nicht als arbeitslos gemeldet ist, sohin ohne Erwerbstätigkeit ist, seit Jahren – und jedenfalls im strittigen Zeitraum - mit dem in Spanien berufstätigen Ehemann und den Kindern in Spanien wohnt („Kindererziehung in einem Haushalt gemeinsam mit dem anderen Elternteil“) und auch die Kinder die Schule dort besuchen, ist gestützt auf Art. 13 Abs. 2 Buchstabe f der VO Nr. 1408/71 - davon auszugehen, dass die Bw. selbst 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, (Anne Kuusijärvi).

Die Verordnung (EWG) 1408/71 gilt somit sowohl für den Kindesvater, der deutscher Staatsbürger ist und im entscheidungsrelevanten Zeitraum als freischaffender Künstler in Spanien eine selbständige Tätigkeit ausübt als auch für die Bw. als österreichische Staatsbürgerin, die mit dem Ehemann und den Kindern in Spanien wohnt.

Personen, für die die VO 1408/71 gilt, unterliegen nach Art. 13 den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaates. Für den vorliegenden Fall hat Spanien als Beschäftigungsland die Familienleistungen zu tragen, da der Kindesvater als Familienerhalter seine selbständige Beschäftigung in diesem Land ausübt. Da zudem durch den Schulbesuch der Kinder in Spanien eindeutig auch das Wohnland der Kinder Spanien ist, und die Bw. weder in Österreich noch in Spanien einer Beschäftigung nachgeht, sind die Prioritätsregeln für den Fall der Kumulierung von Ansprüchen aufgrund der VO (Art.73 bzw. 76 der VO) nicht weiter relevant.

Nach den Ausführungen des Finanzamtes in der Berufungsvorentscheidung ist jedoch trotzdem der nach den innerstaatlichen Rechtsvorschriften mögliche Anspruch auf eine Ausgleichszahlung (§ 4 Abs. 2 FLAG 1967) zu klären. § 4 Abs. 2 FLAG 1967 ordnet für den Fall des Zusammentreffens des inländischen Beihilfenanspruches mit einem 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 diese Ausgleichszahlung muss demnach ein grundsätzlicher Anspruch nach dem FLAG bestehen.

Nach § 2 Abs. 1 FLAG 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder (lit.a) bzw. für volljährige Kinder unter den in lit.b leg.cit. näher definierten Voraussetzungen.

Im Berufungsfall ist davon auszugehen, dass die Bw. im strittigen Zeitraum (laut Vorlageantrag zumindest bis Februar 1997) sowohl in Österreich, als auch in Spanien einen Wohnsitz hatte. Bei Vorliegen eines Wohnsitzes sowohl im In- als auch im Ausland, muss die antragstellende Person für den Anspruch auf Familienbeihilfe gemäß § 2 Abs. 8 FLAG den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in Österreich haben.

§ 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."

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 Tätigkeiten 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 die Bw. selbst nicht berufstätig ist und ihre Kinder unbestritten bereits seit 1987/88 in Spanien die Schule (Anmerkung: soweit bereits schulpflichtig) besucht haben, ist davon auszugehen, dass die Bw. schon Jahre vor der Abmeldung in Österreich die stärkste persönliche Beziehung zum Ort des Aufenthaltes ihrer Familie hatte und damit im strittigen Zeitraum der Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in Spanien lag.

Diese Annahme wird auch durch ein dem Überprüfungsschreiben vom 7. April 1997 (wohl irrtümlich) beigelegten Schreiben der Bw. vom 8. März 1997 bestätigt, in dem die Bw. eine sich in Österreich aufhaltende Person (namens G.) ersucht, ein Antragsformular zwecks Weitergewährung der Familienbeihilfe auszufüllen und mit den von der Bw. aus Spanien übersandten Unterlagen dem Finanzamt zu übermitteln: Zitat (Auszug): „... entweder die

*Unterlagen per Post mit Wiener Abstempelung ... abzuschicken oder ... beim Finanzamt abzugeben. ...*

*Bitte übertrage meine Eintragungen auf die Originalformulare, ich hoffe du hast sie noch. Meine Unterschrift ist einfach ... Ich danke dir, dass du mich noch rechtzeitig informiert hast und für ...."*

Auf Grund des festgestellten Sachverhaltes ist damit in rechtlicher Hinsicht der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Bw. iSd § 2 Abs 8 FLAG 1967 als nicht in Österreich gelegen anzunehmen. Fehlt es aber am Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet, so steht § 2 Abs. 8 FLAG 1967 einem Familienbeihilfenanspruch entgegen.

Daran vermag die Regelung des § 53 FLAG 1967 nichts zu ändern, da nach dieser Bestimmung zwar der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des EWR dem ständigen Aufenthalt in Österreich gleich zu halten ist, jedoch steht im gegenständlichen Fall das Fehlen des Mittelpunktes der Lebensinteressen der Bw. dem Familienbeihilfenanspruch entgegen (vgl. VwGH 2008/15/0002 v 19.3.2008).

Das Vorbringen der Bw., der Anspruch auf Familienbeihilfe sei nach ihrem Verständnis erst mit der am 28. November 2000 erfolgten Abmeldung in Österreich hinfällig, ist nicht relevant, weil auch ein Wohnsitz in Österreich dem vorhanden Mittelpunkt der Lebensinteressen in Spanien nicht entgegensteht. Den Meldedaten kommt in diesem Zusammenhang kein Beweiswert zu, weil durch sie die vorhandenen oder fehlenden persönlichen Beziehungen weder erwiesen noch widerlegt werden können.

Der nach den vorstehenden Ausführungen fehlende Mittelpunkt der Lebensinteressen der Bw. iSd § 2 Abs.8 FLAG 1967 in Österreich steht somit dem Familienbeihilfenanspruch nach den nationalen Rechtsvorschriften entgegen. Damit ist aus der Bestimmung des § 4 Abs 2 FLAG 1967 für die Bw. nichts zu gewinnen und es ist auch nicht mehr von Bedeutung ob bzw. in welcher Höhe für die Kinder 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 die Familienbeihilfe und auch der Kinderabsetzbetrag zu Unrecht bezogen wurden und insofern der Ansicht der Abgabenbehörde erster Instanz in der Berufungsvorentscheidung nicht gefolgt werden kann.

Zu den Ausführungen der Bw. hinsichtlich der Zustellung der Bescheide wird auf § 7 des Zustellgesetzes idF BGBI. I Nr. 158/1998 verwiesen, wonach, die Zustellung als in dem Zeitpunkt bewirkt gilt, in dem das Schriftstück dem von der Behörde angegebenen Empfänger tatsächlich zugekommen ist, wobei zu dem von der Bw. in der Berufung erwähnten Schreiben

---

des Finanzamtes vom 25. Oktober 2000 noch zu ergänzen ist, dass dieses nur eine Mitteilung über die Einstellung der Familienbeihilfe und kein rechtsmittelfähiger Bescheid war.

Von der Bw. wird nicht bestritten, dass sie dem Finanzamt die hauptberufliche Tätigkeit des Ehemannes in Spanien nie bekannt gegeben hat, sie begründet dies damit, dass in den Antragsformularen nicht konkret danach gefragt werde. Zudem hat die Bw. dem Finanzamt gegenüber zwar den Schulbesuch der Kinder, nicht jedoch ihren eigenen Aufenthalt in Spanien bekannt gegeben (siehe auch bereits erwähntes Schreiben vom 8. März 1997).

Wenn sich die Bw. trotzdem darauf beruft, dass sie die Beiträge über den gesamten Zeitraum gutgläubig bezogen hätte, da sie der Abgabenbehörde den maßgeblichen Sachverhalt über den gesamten Zeitraum offen gelegt hätte, ist dazu festzuhalten:..

Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat nach § 26 Abs. 1 FLAG 1967 in der Fassung BGBl. I Nr. 8/1998 (mit Wirksamkeit ab 1. Mai 1996) die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen. 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).

Auch hat der Verwaltungsgerichtshof bereits wiederholt ausgesprochen, dass es nach der durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 8/1998 gestalteten Rechtslage der Rückforderung nicht mehr entgegensteht, wenn der unrechtmäßige Bezug durch eine unrichtige Auszahlung durch das Finanzamt verursacht worden ist, weil seit der so geänderten Rechtslage das Finanzamt nicht mehr auszahlende Stelle im Sinne des § 26 FLAG angesehen werden kann (vgl. VwGH 25.01.2001, 2000/15/0183; 28.11.2002, 2002/13/0079).

Damit ist auch das Vorbringen der Bw., das Finanzamt habe erst mit Vorhalt vom 15. September 2000 nach dem Beschäftigungsland des Kindesvaters gefragt, unerheblich.

Es war daher wie im Spruch zu entscheiden.

Wien, am 3. Februar 2009