



UNABHÄNGIGER  
FINANZSENAT

Außenstelle Wien  
Senat 5

GZ. RV/2103-W/05

## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat durch den Vorsitzenden Dr. Christian Lenneis und die weiteren Mitglieder ADir. Romana Wimmer, Mag. Belinda Maria Eder und Manfred Obermüller im Beisein der Schriftführerin Ingrid Pavlik über die Berufung der Bw., W., vertreten durch Mag. Stefan Hajos, Rechtsanwalt, 1030 Wien, Landstraße Hauptstraße 47, gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 23 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. Jänner 2000 bis 30. September 2004 nach der am 29. November 2007 in 1030 Wien, Vordere Zollamtsstraße 7, durchgeführten mündlichen Berufungsverhandlung entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Strittig ist im vorliegenden Fall, ob das Finanzamt von der Berufungserberin (Bw.) zu Recht die von ihr im Zeitraum Jänner 2000 bis September 2004 für ihre Töchter E., geb. 23.5.1999, und C., geb. 25.4.1994, bezogenen Familienbeihilfen- und Kinderabsetzbeträge zurückgef ordert hat.

Im Zuge der Überprüfung des Anspruches gab die Bw. Folgendes bekannt:

Die Bw. ist seit 1. Jänner 2000 bei der Fa. O. in Madrid beschäftigt. Ihr Gatte, ein spanischer Staatsbürger, ist bei der selben Firma beschäftigt. Die beiden minderjährigen Kinder besuchen in Madrid den Kindergarten bzw. die Schule.

Das Finanzamt erließ daraufhin am 17. November 2004 einen Rückforderungsbescheid für den

oben genannten Zeitraum und begründete diesen unter Verweis auf die gesetzlichen Bestimmungen des § 2 Abs. 1 und 8 FLAG damit, dass die Bw. seit 1. Jänner 2000 in Madrid berufstätig sei und die Kinder in Madrid den Kindergarten bzw. die Schule besuchten. Auf Grund der EU-Regelungen bestehe daher nicht in Österreich, sondern in Spanien Anspruch auf Familienbeihilfe.

Der (damalige) steuerliche Vertreter der Bw. brachte gegen den Bescheid fristgerecht Berufung ein und führte Folgendes aus:

„Es ist unrichtig, dass ich in den im angefochtenen Bescheid genannten Zeiträumen 01/2000 bis 09/2004 die Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge für meine Kinder, C. ..., geb. 25.4.1994, und E. ..., geb. 23.5.1999, zu Unrecht bezogen hätte. Es ist ferner nicht rechtens, mich zur Rückzahlung eines Rückforderungsbetrages von Euro 18.959,06 zu verpflichten.“

Der angefochtene Bescheid ist rechtswidrig.

Die insbesondere bezughabenden Bestimmungen des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 (FLAG) lauten:

§ 2 (1) Anspruch auf Familienbeihilfe haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben,

a) für minderjährige Kinder

(2) Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Absatz 1 genanntes Kind hat die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört

(5) Zum Haushalt einer Personen gehört ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt.

§ 4 (2) Österreichische Staatsbürger, die gemäß Abs. 1 oder gern. § 5 Abs. 5 vom Anspruch auf die Familienbeihilfe ausgeschlossen sind, erhalten 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 ansonsten zu gewähren wäre.

Das von der Behörde 1. Instanz durchgeführte Verfahren, sowie der nun angefochtene Bescheid sind in wesentlichen und für die Entscheidung relevanten Umständen mangelhaft und rechtswidrig.

Bei ordnungsgemäßer und rechtmäßiger Durchführung des Verfahrens und Bescheiderlassung hätte sich nämlich folgender Sachverhalt ergeben:

Ich bin bei der Firma O. Technologies Espana SL, einer Tochterfirma der österreichischen O. Electronics GmbH, als Angestellte im Vertrieb beschäftigt. Auf Grund meiner Ausbildung spreche ich mehrere Fremdsprachen fließend und habe daher insbesondere den ständigen und regelmäßigen Kontakt zwischen der österreichischen Mutterfirma, O. Electronics GmbH und deren Tochterfirma in Spanien, O. Technologies Espana SL, aufrecht zu halten. Zu diesem Zweck befindet sich mich regelmäßig, und zwar jeden Monat, für eine nicht unwesentliche Zeit am Sitz der österreichischen Mutterfirma in Vorarlberg und zwar in K., sowie auch in Wien, wo ich dann bei meinen Eltern in W., regelmäßig wohne. Ferner verbringe ich mit meinem Gatten und meinen Kindern sämtliche Sommer- und Winterurlaube, sowie die Feiertage zu Weihnachten, Neujahr und Ostern in Wien oder in Tirol in B..

Auf Grund dieser Umstände kann nicht verneint werden, dass ich im Bundesgebiet einen Wohnsitz habe.

Bei richtiger rechtlicher Beurteilung kann sich nicht ergeben, dass ich dadurch, dass ich auch zusätzlich über einen Wohnsitz mit meinem Gatten und meinen Kindern in Madrid verfüge, weniger Rechte habe, als wenn ich nur über einen Wohnsitz in Österreich verfügen würde. Auch der Umstand, dass sich meine Kinder in Madrid aufhalten, und zwar im Haushalt, den ich gemeinsam mit meinem Gatten führe, kann nach dem Sinn des Gesetzes nicht zu einem Verlust der Familienbeihilfe führen.

Bei mängelfreier Durchführung des Verfahrens hätte sich ferner ergeben, dass ich die Erziehung meiner

Kinder gerade so gestalte, dass der "Österreichbezug" so betont wird, wie wenn sich die Kinder ständig im Inland aufhalten würden.

Beide Kinder besuchen nämlich die "Deutsche Schule Madrid", und zwar meine jüngere Tochter den dort eingerichteten Kindergarten und meine ältere Tochter die dortige Volkschule. An dieser Schule sind auch 3 österreichische Lehrer, die von der Republik Österreich bezahlt werden, tätig. An dieser Schule wird in Deutsch unterrichtet und auch im Kindergarten Deutsch gesprochen.

Das vom Gesetzgeber gewollte Kriterium des "Österreichbezugs" als Voraussetzung für die Gewährung der Familienbeihilfe ist daher gerade in meinem Fall bzw. im Fall meiner beiden Kinder absolut gegeben.

Für den Besuch der "Deutschen Schule Madrid" erwachsen mir für meine jüngere Tochter, die den dortigen Kindergarten besucht, monatliche Kosten von Euro 350,--, für den Besuch der dortigen Volkschule durch meine ältere Tochter, monatliche Kosten von Euro 290,--, zusammen daher 640,--. Die von mir bisher bezogene Familienbeihilfe, die ich ohne dass ich irgendwelche unrichtigen Angaben gemacht hätte, bezogen habe, habe ich für die Deckung dieser Schulkosten bisher verwendet.

Da ich die Familienbeihilfe bisher auf Grund vollkommen wahrheitsgemäßer Angaben erhalten habe, wurde sie von mir auch für den vorstehend angeführten Zweck vollkommen gutgläubig bereits verbraucht. Selbst für den Fall, dass mir die Familienbeihilfe nicht zusteünde, wäre daher die Rückforderung dieser gutgläubig von mir erhaltenen und verbrauchten Beträge nicht gerechtfertigt...

In rechtlicher Hinsicht ergibt sich aber ein weiterer Umstand, der bisher im Verfahren und im angefochtenen Bescheid nicht berücksichtigt worden ist.

Es handelt sich hierbei um die Bestimmung des § 4 Abs.2 FLAG. Diese Bestimmung lautet:

§ 4 (2) Österreichische Staatsbürger, die gemäß Abs. 1 oder gemäß § 5 Abs. 5 vom Anspruch auf die Familienbeihilfe ausgeschlossen sind, erhalten 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 ansonsten zu gewähren wäre.

In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass bis Ende 2002 in Spanien überhaupt keine Familienbeihilfe seitens des Staates gewährt wurde. Erst auf Grund des Gesetzes 46/2002 vom 18. Dezember 2002 wird Frauen mit Kindern unter 3 Jahren ab 1.1.2003 eine staatliche Unterstützung gewährt, die nach der österreichischen Terminologie als Familienbeihilfe bezeichnet werden kann.

Diesbezüglich lege ich einen Auszug des entsprechenden Gesetzes in beglaublicher Übersetzung bei und beantrage die Beischaffung des vollständigen Wortlauts des genannten spanischen Gesetzes in deutscher Übersetzung im Wege des Bundesministeriums für Finanzen.

Bezüglich des konkreten Sachverhaltes ergibt sich, dass meine beiden Kinder am 1.1.2003 bereits älter als 3 Jahre waren, sodass ich auch diese "spanische Familienbeihilfe" nicht erhalte. Es trifft daher die Bestimmung des § 4 Abs.2 FLAG auf mich in vollem Umfang zu, wobei gemäß § 4 Abs.3 FLAG die Ausgleichszahlung in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen der gleichartigen ausländischen Beihilfe und der Familienbeihilfe, die nach diesem Bundesgesetz zu gewähren wäre, geleistet zu werden hat. Hieraus folgt, dass ich auf Grund des Umstandes, dass ich in Spanien überhaupt keine Familienbeihilfe seitens des spanischen Staates erhalte bzw. auch bisher eine solche nie erhalten habe, Anspruch auf die Ausgleichszahlung im Sinne der genannten Bestimmungen des FLAG habe, und zwar genau in der Höhe in der mir bisher die nun rückgeforderten Beträge geleistet worden sind.

Die Rückforderung gemäß dem nun angefochtenen Bescheid ist daher zur Gänze unberechtigt...".

Das Finanzamt erließ am 29. September 2005 eine Berufungsentscheidung, mit der es die Berufung vom 17. November 2004 mit folgender Begründung abwies:

„Gemäß § 2 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 idG (FLAG) haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe - im gegenständlichen Fall - für minderjährige Kinder.

Gemäß § 2 Abs 8 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 haben Personen, die sowohl im Bundesgebiet als auch im Ausland einen Wohnsitz 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.

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

Gemäß § 10 Abs. 2 FLAG 1967 erlischt der Familienbeihilfenanspruch mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschließungsgrund hinzukommt.

Gemäß § 26 Abs.1 FLAG 1967 hat derjenige, der Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

Den Ausführungen der Berufung folgend und den ha. vorgelegten Unterlagen liegt nachfolgender Sachverhalt vor:

Sie sind seit 1.1.2000 bei der Fa. O. Technologies Espana SL, einer Tochterfirma der österreichischen O. Electronics GesmbH , als Angestellte im Vertrieb tätig. Zur Aufrechterhaltung des Kontaktes zwischen der österreichischen Mutterfirma und deren Tochterfirma in Spanien befinden Sie sich regelmäßig am Sitz der Mutterfirma in Klaus (Vorarlberg) sowie auch in Wien, wo Sie dann bei Ihren Eltern wohnen.

Sie verbringen mit Ihrem Gatten und den Kindern sämtliche Sommer- und Winterurlaube, sowie Feiertage zu Weihnachten, Neujahr und Ostern in Wien oder in B. (Tirol). Beide Kinder besuchen die " Deutsche Schule Madrid ".

Für den Besuch der " Deutschen Schule Madrid "erwachsen Ihnen monatliche Kosten von € 640.-.

Die Kinder halten sich in Madrid auf, wo Sie einen gemeinsamen Haushalt mit Ihrem Gatten führen.

Hat eine Person sowohl im Bundesgebiet als auch im Ausland einen Wohnsitz, besteht nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn der Anspruchsberechtigte den Mittelpunkt seiner Lebensinteressen im Bundesgebiet hat und sich die Kinder ständig im Bundesgebiet aufhalten. Einen Wohnsitz im Sinn der Abgabenvorschriften hat jemand dort, wo er eine Wohnung innehat unter Umständen, die darauf schließen lassen, dass er die Wohnung beibehalten und benutzen wird (§ 26 Abs. 1 BAO).

Das Tatbestandsmerkmal des "ständigen Aufhaltens" im Sinne des § 5 Abs. 3 FLAG ist im Sinne des § 26 Abs.2 BAO auszulegen. Ob der Aufenthalt im Inland länger als sechs Monate dauert, ist jedoch nur von Bedeutung, wenn Abgabenvorschriften die unbeschränkte Abgabenpflicht an den gewöhnlichen Aufenthalt knüpfen.

Demnach kommt es im Berufungsfall darauf an, ob sich die Kinder im Streitzeitraum in Spanien unter Umständen aufgehalten haben, die erkennen lassen, dass sie in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilten. Diese nicht auf den Mittelpunkt der Lebensinteressen abstellende Beurteilung ist nach objektiven Kriterien zu treffen. Da der ständige Aufenthalt eines Kindes im Bundesgebiet grundsätzlich dessen tatsächliche (körperliche) Anwesenheit voraussetzt, folgt daraus auch, dass ein Kind nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben kann. Zudem wird der ständige Aufenthalt im Ausland auch dann nicht unterbrochen, wenn der Aufenthalt im Bundesgebiet nur vorübergehend ist. Somit sind die Umstände, unter denen sich die Kinder im Ausland aufgehalten haben, für die Beurteilung des "ständigen Aufenthaltes" maßgeblich.

Gelegentliche Aufenthalte der Kinder in Österreich während der Schulferien sind nicht geeignet, den ständigen Aufenthalt der Kinder in Spanien, wo sie während des ganzen Schuljahres die Schule besuchen und mit ihren Eltern leben, zu unterbrechen (VwGH 82/14/47 vom 8.6.1982).

Da somit außer Streit steht, dass sich die Kinder nicht ständig im Bundesgebiet aufgehalten haben und gemäß § 5 Abs. 3 FLAG kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder besteht, die sich ständig im Ausland aufhalten, war wie im Spruch zu entscheiden und der Berufung ein Erfolg zu versagen.

Vor diesem Hintergrund wurde von einer Überprüfung, ob für den gegenständlichen Zeitraum überhaupt ein Wohnsitz im Bundesgebiet vorgelegen ist, Abstand genommen.

#### Ausgleichszahlung gem. § 4 Abs. 2 FLAG 1967

Gemäß § 4 Abs. 1 FLAG 1967 haben Personen, die Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe haben, keinen Anspruch auf Familienbeihilfe.

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

Gemäß § 4 Abs. 6 gilt die Ausgleichszahlung als Familienbeihilfe im Sinne dieses Bundesgesetzes; die Bestimmungen über die Höhe der Familienbeihilfe finden jedoch auf die Ausgleichszahlung keine Anwendung.

Eine Ausgleichszahlung ist grundsätzlich nur dann zu gewähren, wenn die ausländische Familienbeihilfe niedriger ist als die Familienbeihilfe, die nach dem FLAG 1967 zu gewähren wäre.

Da gern. § 5 Abs. 3 FLAG 1967 kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder besteht, die sich ständig im Ausland aufhalten, ist auch die Gewährung der Ausgleichszahlung ausgeschlossen.

Ermittlung der Höhe des Rückforderungsbetrages:

Die Höhe der Familienbeihilfe ist im § 8 FLAG 1967 geregelt und sind, unter Berücksichtigung des Alters der Kinder, nachfolgende Beträge zur Anweisung gelangt...

Gutgläubiger Verbrauch der unrechtmäßig bezogenen Familienbeihilfe:

Gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 erster Satz hat derjenige, der die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen, soweit der unrechtmäßige Bezug nicht ausschließlich durch eine unrichtige Auszahlung durch eine im § 46 des FLAG 1967 genannte Gebietskörperschaft oder gemeinnützige Krankenanstalt verursacht worden ist.

Die Verpflichtung zur Rückzahlung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge kann nicht mit dem Hinweis abgewendet werden, dass die Beihilfen im guten Glauben bezogen und verbraucht worden sind. Diese Einwendungen wären nur dort zielführend, wo sich ein Rückforderungsanspruch auf die Normen des bürgerlichen Rechts als Ausdruck eines allgemein geltenden Rechtsgrundsatzes gründet.

Die Verpflichtung zur Rückerstattung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge ist jedoch subjektiven Momenten - wie Verschulden, Gutgläubigkeit - unabhängig (VwGH 3.11.1954, 3505/53, VwGH 20.12.1968, 486/68).

Diesen Rechtsstandpunkt unterstreicht der Verwaltungsgerichtshof neuerlich in seinem Erkenntnis vom 13.3.1991, 90/13/0241, in dem er auf die objektive Erstattungspflicht des § 26 Abs. 1 FLAG 1967 verweist und feststellt, dass derjenige, der die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, ohne Rücksicht darauf, ob die bezogenen Beträge gutgläubig empfangen worden sind oder nicht und ob die Rückgabe eine Härte bedeutet, diese rückzuerstatten hat.“

Der steuerliche Vertreter stellte fristgerecht den Antrag auf Vorlage an die Abgabenbehörde zweiter Instanz und führte begründend aus:

„...Weiters führe ich ergänzend aus wie folgt:

A) Ich halte mein Vorbringen und meine Anträge in meiner obgenannten Berufung vom 15.12.2004 und im bisherigen Verfahren vollinhaltlich aufrecht. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird mein Berufungsvorbringen und mein sonstiges Vorbringen auch zum Inhalt dieses meines Vorlageantrages erklärt.

B) Auch die Berufungsvorentscheidung vom 29.09.2005 ist rechtswidrig. Die Begründung der Erstbehörde in der Berufungsvorentscheidung ist unrichtig und hält einer näheren Betrachtung dementsprechend nicht stand.

Richtig ist vielmehr, dass bei mir die Voraussetzungen für den Bezug der Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für meine Kinder auch betreffend den Zeitraum 01/2000 -09/2004 vorlagen, sodaß die Rückforderung der diesbezüglichen Beträge von insgesamt € 18.959,06 schon deshalb völlig unrechtfertigt ist.

C) Eine Person kann mehrere Wohnsitze haben und haben meine Kinder und ich sowohl einen solchen Wohnsitz in Österreich, als auch in Spanien. Es ist ferner zu bestreiten, dass unser (einiger) Mittelpunkt unserer Lebensverhältnissen bloß in Spanien liegen würde. Unsere persönlichen Beziehungen zu Österreich sind sogar weitaus stärker, als jene zu Spanien. Unsere persönlichen Beziehungen, d.h. unsere Beziehungen, die uns aus in der Person liegenden Gründen auf Grund der Geburt, der Herkunft, der Staatszugehörigkeit und unserer Betätigungen gesellschaftlicher, religiöser und kultureller Art, mit anderen Worten nach allen Umständen, die den eigentlichen Sinn des Lebens ausmachen, an ein bestimmtes Land binden, sind eindeutig stärker zu Österreich, als zu Spanien. Bei uns ist das daher nicht jener Ort, an dem ich meinem Beruf nachgehe, sondern Österreich, das Land aus dem ich stamme und zu dem auch meine Kinder die stärkste Beziehung haben. Daraus folgt, dass mein Mittel-

punkt der Lebensverhältnisse und jener meiner Kinder nicht Spanien ist, sondern Österreich.

Ich bin zwar bei der Firma O. Technologies Espana SL, einer Tochterfirma der österreichischen O. Electronics GmbH, als Angestellte im Vertrieb beschäftigt. Auf Grund meiner Ausbildung spreche ich aber mehrere Fremdsprachen fließend und habe daher insbesondere den ständigen und regelmäßigen Kontakt zwischen der österreichischen Mutterfirma, O. Electronics GmbH und deren Tochterfirma in Spanien, O. Technologies Espana SL, aufrecht zu halten. Zu diesem Zweck befindet sich mich regelmäßig, und zwar jeden Monat, für eine nicht unwesentliche Zeit am Sitz der österreichischen Mutterfirma in Vorarlberg und zwar in einem Haushalt in K, sowie auch in Wien, wo ich dann in meinem Haushalt bei meinen Eltern in W., regelmäßig wohne. Ferner verbringe ich mit meinem Gatten und meinen Kindern sämtliche Sommer- und Winterurlaube, sowie die Feiertage zu Weihnachten, Neujahr und Ostern in Wien oder in Tirol in B..

Zweifellos verbringen meine Kinder und ich auch einige Zeit des Jahres in Spanien, jedoch ist aus-schlaggebend, dass wir wesentlich stärkere Bindungen zu Österreich haben, dies aus beruflichen, familiären und gesellschaftlichen Gründen. Es liegen somit mehrere Wohnsitze vor, wobei aber der eine Wohnsitz in Spanien nicht von ausschlaggebender Bedeutung ist. Unter Einrechnung der im gegenständlichen Falle gegebenen Umstände der Lebensführung, wie etwa mehrere Haushalte, regelmäßige Aufenthalte im Inland, wesentlich stärkere gesellschaftliche Bindungen zu Österreich, und mein Pflichtenkreis, der sich fast ausschließlich auf Österreich bezieht, liegt mein Mittelpunkt der Lebensverhältnisse in Österreich und lag er auch im Zeitraum 01/2000 - 09/2004 in Österreich. Für den gegenständlichen Zeitraum muss daher von einem in Österreich gelegenen Mittelpunkt meiner Lebensinteressen ausgegangen werden und ist es auch nicht richtig, dass sich meine Kinder ständig in Spanien aufhalten würden. Die von der Erstbehörde im angefochtenen Bescheid vorgenommene Würdigung meiner Lebensverhältnisse und jener meiner Kinder ist daher nicht zutreffend.

Wie ich bereits in meiner Berufung vorgebracht habe, gestalte ich zudem auch die Erziehung meiner Kinder so, dass der „Österreichbezug“ so betont wird, wie wenn sich die Kinder ständig im Inland aufhalten würden. Beide Kinder besuchen die „Deutsche Schule Madrid“, und zwar meine jüngere Tochter den dort eingerichteten Kindergarten und meine ältere Tochter die dortige Volkschule. An dieser Schule sind auch 3 österreichische Lehrer, die von der Republik Österreich bezahlt werden, tätig. An dieser Schule wird in Deutsch unterrichtet und auch im Kindergarten Deutsch gesprochen. Das vom Gesetzgeber gewollte Kriterium des "Österreichbezugs" als Voraussetzung für die Gewährung der Familienbeihilfe ist daher auch aus diesen, bereits in meiner Berufung enthaltenen Gründen, in meinem Fall bzw. im Fall meiner beiden Kinder gegeben.

Zum Beweis meines obigen Vorbringens zu meinen Lebensverhältnissen und jenen meiner Kinder, beantrage ich die Einvernahme des Zeugen Ing. Y in der mündlichen Berufungsverhandlung.

D) In Anknüpfung an mein Berufungsvorbringen und mein obiges Vorbringen mache ich ferner insbesondere geltend, dass ich die Unterhaltskosten für meine Kinder auch in den gegenständlichen Zeiträumen getragen habe. Für den Besuch der „Deutschen Schule Madrid“ erwachsen mir für meine jüngere Tochter, die den dortigen Kindergarten besucht, zusätzliche monatliche Kosten von € 350,--, für den Besuch der dortigen Volkschule durch meine ältere Tochter, zusätzliche monatliche Kosten von € 6.290,--, zusammen daher € 640,--. Die von mir bisher bezogene Familienbeihilfe, die ich ohne dass ich irgendwelche unrichtigen Angaben gemacht hätte, bezogen habe, habe ich für die Deckung dieser Schulkosten bisher verwendet.

E) Gemäß § 26 Abs. 4 FLAG sind außerdem die Oberbehörden ermächtigt, in Ausübung des Aufsichtsrechtes die nachgeordneten Abgabenbehörden anzuweisen, von der Rückforderung des unrechtmäßigen Bezuges der Familienbeihilfe abzusehen, wenn die Rückforderung unbillig wäre. Unter der Annahme, dass die Familienbeihilfe von mir tatsächlich zu Unrecht bezogen worden wäre, ist deren Rückforderung von mir aus den von mir vorgebrachten Gründen jedenfalls unbillig. Ich beantrage daher auch aus diesen Gründen höflichst, von der Rückforderung gegenständlicher Familienbeihilfen abzusehen und beantrage sohin jedenfalls auch die Nachsicht von der gegenständlichen Rückforderung.

Nun ist es zwar in diesem Zusammenhang richtig, dass auf diese in § 26 Abs. 4 FLAG ermöglichte aufsichtsbehördliche Maßnahme der Oberbehörde nach der Judikatur des VwGH kein Rechtsanspruch bestünde, nichtsdestoweniger liegt aber bei mir ein solcher Fall vor, in dem die Rückforderung jedenfalls unbillig ist und in welchem daher bei richtiger Rechtsauffassung eine solche aufsichtsbehördliche Maßnahme der Oberbehörde nach § 26 Abs. 4 FLAG zu ergreifen ist.

F) Eine Rückzahlungsverpflichtung kann ferner im vorliegenden Falle auch deswegen nicht zum Tragen

kommen, da der Bezug der gegenständlichen Familienbeihilfen und Absetzbeträge ausschließlich durch das Finanzamt als auszahlende Stelle verursacht wurde. Ich bin meinen Pflichten, insbesondere meinen Meldepflichten immer nachgekommen. Es kann also auch gesagt werden, dass die Gewährung der Familienbeihilfen und der Kinderabsetzbeträge im gegenständlichen Zeitraum ausschließlich auf eine Verursachung durch das Finanzamt zurückzuführen ist, zumal diesem alle Möglichkeiten gegeben waren, Überprüfungshandlungen zu setzen und die Auszahlung der gegenständlichen Beträge von vorne herein zu verweigern bzw. einzustellen.

G) Und wenn auch judiziert wird, dass ein gutgläubiger Verbrauch der Beträge durch meine Kinder rechtlich ohne Bedeutung sei, so war auch dies dennoch im vorliegenden Falle ebenfalls so und ist es keinesfalls rechtens, in Bezug auf den Rückforderungsanspruch nach § 26 Abs. 1 FLAG nicht auch darauf abzustellen, dass die Beträge gutgläubig verbraucht wurden.

H) Die Erstbehörde hat auch in der angefochtenen Berufungsvorentscheidung folgendes weiterhin zu Unrecht nicht berücksichtigt:

Nach § 4 Abs.2 FLAG erhalten nämlich österreichische Staatsbürger, die gemäß § 4 Abs 1 leg.cit. oder gemäß § 5 Abs.5 leg.cit. 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 dem FLAG ansonsten zu gewähren wäre.

In diesem Zusammenhang ist entgegen dem angefochtenen Bescheid doch zu berücksichtigen, dass bis Ende 2002 in Spanien überhaupt keine Familienbeihilfe seitens des Staates gewährt wurde. Erst auf Grund des Gesetzes 46/2002 vom 18. Dezember 2002 wird Frauen mit Kindern unter 3 Jahren ab 1.1.2003 eine staatliche Unterstützung gewährt, die nach der österreichischen Terminologie als Familienbeihilfe bezeichnet werden kann.

Diesbezüglich habe ich sogar einen Auszug des entsprechenden Gesetzes in beglaubigter Übersetzung meiner Berufung beigelegt und die Beischaffung des vollständigen Wortlauts des genannten spanischen Gesetzes in deutscher Übersetzung; im Wege des Bundesministeriums für Finanzen beantragt und dennoch geht die Erstbehörde darüber einfach hinweg, obwohl sich bezüglich des konkreten Sachverhaltes ergibt, dass meine beiden Kinder am 1.1.2003 bereits älter als 3 Jahre waren, sodass., ich auch diese "spanische Familienbeihilfe" nicht erhalte. Es trifft daher die Bestimmung des § 4 Abs.2 FLAG auf mich in vollem Umfang zu, wobei gemäß § 4 Abs.3 FLAG die Ausgleichszahlung in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen der gleichartigen ausländischen Beihilfe und der Familienbeihilfe, die nach diesem Bundesgesetz zu gewähren wäre, geleistet zu werden hat. Hieraus folgt, dass ich auf Grund des Umstandes, dass ich in Spanien überhaupt keine Familienbeihilfe seitens des spanischen Staates erhalte bzw. auch bisher eine solche nie erhalten habe, Anspruch auf die Ausgleichszahlung im Sinne der genannten Bestimmungen des FLAG habe, und zwar genau in der Höhe in der mir bisher die nun rückgeforderten Beträge geleistet worden sind. Die dem zuwider laufende Begründung in der angefochtenen Berufungsvorentscheidung ist demgemäß unrichtig und rechtswidrig.

I) Ich beantrage daher neuerlich meiner Berufung Folge zu geben und den angefochtenen Bescheid zu beheben, allenfalls abzuändern und zu erkennen, dass keinerlei Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge von mir zurückgefördert werden. Ferner beantrage ich, eine Senatsentscheidung und eine mündliche Verhandlung vor der Berufungsbehörde über meine Berufung und meinen Vorlageantrag durchzuführen..."

Nach Beendigung einer Aussetzung nach § 281 BAO wurden der Bw. von der Abgabenbehörde zweiter Instanz die Erkenntnisse des VwGH vom 19.4.2007, 2004/15/0049, und vom 25.1.2006, 2006/14/0105, zur Kenntnis gebracht, wobei darauf hingewiesen wurde, dass insbesondere letzteres Erkenntnis nach Ansicht der Berufungsbehörde auf den Berufungsfall anwendbar erscheine.

Die Bw. bestritt dies mit der Begründung, dass sie im Streitzeitraum durchwegs pflichtversichert gewesen sei. Sie legte in weiterer Folge eine Bestätigung der spanischen „Einzugsstelle für Beiträge zur Sozialversicherung“ in beglaubigter Übersetzung vor, aus der sich ergibt, dass sie ab 1.1.2000 durchgehend einer spanischen Pflichtversicherung unterlegen ist.

In der am 29. November 2007 abgehaltenen mündlichen Berufungsverhandlung verwies der Rechtsvertreter der Bw. auf das bisherige Berufungsbegehren und ergänzte insbesondere, dass die Bw. neben ihren ständigen Aufenthalten in Österreich zur Urlaubszeit sowie zu den Feiertagen für die spanische Tochter eines österreichischen Unternehmens tätig sei. Auf Grund dessen verbringe sie – abgesehen von den obigen Zeiten – noch ca. einmal im Monat dienstlich Aufenthalte in Österreich.

Der Amtsvertreter des Finanzamtes wies darauf hin, dass in Spanien sehr wohl Familienleistungen existierten, die allerdings teilweise vom Einkommen abhingen.

Das Finanzamt hätte sich in seiner abweisenden Entscheidung insbesondere darauf gestützt, dass sich die Kinder auf Grund des Besuchs von Schule bzw. Kindergarten ständig in Spanien aufhalten. Der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Berufungswerberin wäre daher insoweit ohne größere Bedeutung.

Der Rechtsvertreter der Bw. bestritt dies und führte aus, dass EU-rechtlich gesehen ein Ausgleich der sozialen Lasten zwischen EU-Mitgliedsstaaten vorgesehen sei.

Die Rückforderung der Familienbeihilfe im Berufungsfall widerspreche hier eindeutig diesem Ausgleichsprinzip.

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

- 1.** Die im Berufungsfall anwendbaren innerstaatlichen Rechtsvorschriften sind bereits in der Berufungsvorentscheidung vom 29. September 2005 wiedergegeben worden.
- 2.** Sachverhaltsmäßig ist es als erwiesen anzunehmen, dass die Bw. für ein spanisches Unternehmen in Spanien tätig war und ist, sie sich aber aus beruflichen Gründen ca. einmal im Monat bei der Mutterfirma in Österreich aufgehalten hat. Es wird auch der Behauptung der Bw. Glauben geschenkt, dass sie mit ihrem Gatten und ihren Kindern sämtliche Urlaube in Österreich verbracht hat. Dem Antrag auf Einvernahme des Zeugen Ing. Y zu diesem Beweisthema wird daher nach § 183 Abs. 3 BAO deshalb nicht entsprochen, weil die unter Beweis zu stellenden Tatsachen als richtig anerkannt werden. Unstrittig ist weiters, dass auch der Gatte der Bw. in Spanien berufstätig war und ihre Kinder in Spanien den Kindergarten bzw. die Schule besucht haben. Strittig ist somit zunächst, ob hieraus dennoch abgeleitet werden kann, dass die Bw. im Streitzeitraum ihren Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet gehabt hat und ob sich auch die Kinder ständig in Österreich aufgehalten haben.

Auch hier genügt es, auf die fundierten Ausführungen der Berufungsvorentscheidung zu verweisen; das Finanzamt hat zu Recht auf das Erkenntnis des VwGH vom 8.6.1982, 82/14/0047,

hingewiesen, demzufolge gelegentliche Aufenthalte der Kinder während der Schulferien nicht geeignet sind, den ständigen Aufenthalt im Ausland zu unterbrechen.

Der Verwaltungsgerichtshof vertritt weiters in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass im Falle des Vorliegens mehrerer Wohnsitze der jeweilige Mittelpunkt der Lebensverhältnisse ausschlaggebend ist und dass dieser Mittelpunkt bei einer verheirateten Person regelmäßig am Orte des Aufenthaltes der Familie zu finden sein wird (vgl. VwGH 16.12.1993, 93/16/0138; 30.1.1990, 89/14/0054; 15.3.1989, 88/16/0229; 27.10.1988, 88/16/0068; 19.12.1987, 86/16/0198 und 30.5.1985, 83/16/0177).

**3.** In rechtlicher Hinsicht folgt daraus, dass sich im Berufungsfall weder die Kinder ständig iSd § 5 Abs. 3 FLAG im Inland aufgehalten haben noch die Bw. ihren Mittelpunkt der Lebensinteressen iSd § 2 Abs. 8 FLAG im Inland gehabt hat. Somit steht fest, dass ein Familienbeihilfenanspruch aufgrund der innerstaatlichen Vorschriften grundsätzlich nicht gegeben ist. Auch eine Ausgleichszahlung nach § 4 FLAG scheidet aus, da nach § 4 Abs. 2 FLAG Voraussetzung hierfür wäre, dass dem Grunde nach ein Anspruch auf Familienbeihilfe nach den Bestimmungen des FLAG bestünde.

§ 53 FLAG sieht allerdings vor, dass Staatsbürger von Vertragsstaaten des EWR, soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt sind. Hierbei ist der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des EWR nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten.

**4.** Es muss daher nunmehr geprüft werden, ob sich ein Anspruch auf Familienbeihilfe aus dem Gemeinschaftsrecht ergibt.

**4.1** Die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer, Selbstständige und deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, lautet in der konsolidierten Fassung ABI. L 028 vom 30. Jänner 1997 und nach Änderung durch die VO (EG) 1606/98 des Rates vom 29. Juni 1998 ABI. L 209 auszugsweise:

"Art. 1

Für die Anwendung dieser Verordnung werden die nachstehenden Begriffe wie folgt definiert:

- a) 'Arbeitnehmer' oder 'Selbstständiger': jede Person,
- i) die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den Zweigen eines Systems der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer oder Selbstständige oder einem Sondersystem für Beamte erfasst werden, pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist;
- ii) die im Rahmen eines für alle Einwohner oder die gesamte erwerbstätige Bevölkerung geltenden Systems der sozialen Sicherheit gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken pflichtversichert ist, die von den Zweigen erfasst werden, auf die diese Verordnung anzuwenden ist,
- wenn diese Person auf Grund der Art der Verwaltung oder der Finanzierung dieses Systems als Ar-

beitnehmer oder Selbständiger unterschieden werden kann oder

- wenn sie bei Fehlen solcher Kriterien im Rahmen eines für Arbeitnehmer oder Selbständige errichteten Systems oder eines Systems der Ziffer iii) gegen ein anderes in Anhang I bestimmtes Risiko pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist oder wenn auf sie bei Fehlen eines solchen Systems in dem betreffenden Mitgliedstaat die in Anhang I enthaltene Definition zutrifft;

iii) die gegen mehrere Risiken, die von den unter diese Verordnung fallenden Zweigen erfasst werden, im Rahmen eines für die gesamte Landbevölkerung nach den Kriterien des Anhangs I geschaffenen einheitlichen Systems der sozialen Sicherheit pflichtversichert ist;

iv) die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den unter diese Verordnung fallenden Zweigen erfasst werden, im Rahmen eines für Arbeitnehmer, für Selbständige, für alle Einwohner eines Mitgliedstaats oder für bestimmte Gruppen von Einwohnern geschaffenen Systems der sozialen Sicherheit eines Mitgliedstaats freiwillig versichert ist,

- wenn sie im Lohn- oder Gehaltsverhältnis beschäftigt ist oder eine selbständige Tätigkeit ausübt oder

- wenn sie früher im Rahmen eines für Arbeitnehmer oder Selbständige desselben Mitgliedstaats errichteten Systems gegen das gleiche Risiko pflichtversichert war;

### Art. 13

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

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

a) 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. 73:

Ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegt, hat, vorbehaltlich der Bestimmungen in Anhang VI, für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des ersten Staates, als ob diese Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnten.

### Art. 75 Abs. 1:

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

**4.2** Sachverhaltsmäßig steht fest, dass sowohl die Bw. als auch ihr Ehegatte ausschließlich in Spanien beschäftigt und auch dort pflichtversichert sind. Damit ist aber auch Spanien nach Art. 13 Abs. 1 lit. a der genannten Verordnung als Beschäftigungsland anzusehen ist.

**4.3** Rechtlich folgt daraus, dass die Gewährung von Familienleistungen Spanien obliegen

---

würde und daher ein inländischer Familienbeihilfenanspruch auch auf Gemeinschaftsrecht nicht gestützt werden kann.

**5.** Was den behaupteten gutgläubigen Verbrauch der Familienbeihilfe anlangt, wird nochmals auf die Berufungsvorentscheidung (S 3/4) verwiesen, deren rechtliche Überlegungen von der Abgabenbehörde zweiter Instanz geteilt werden. Wenn die Bw. schließlich in Punkt E des Vorlageantrages die Bestimmung des § 26 Abs. 4 FLAG releviert, ist – abgesehen davon, dass der unabhängige Finanzsenat nicht Oberbehörde des Finanzamtes ist – ein Absehen von der Rückforderung schon deshalb nicht möglich, weil der Rückforderungsbescheid bereits ergangen ist.

Wien, am 30. November 2007