



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vom 19. Juli 2010 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 12/13/14 Purkersdorf, vertreten durch Mag. Patric Flament, vom 24. Juni 2010 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. Juli 2007 bis 31. Juli 2009 entschieden:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.

Die Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge für die Kinder DC und IC werden als im Zeitraum vom 1. Juli 2008 bis zum 31. Juli 2009 gemäß § 26 Abs. 1 FLAG i.V.m. § 33 Abs. 3 lit. a EStG 1988 bzw. § 33 Abs. 3 EStG 1988 unrechtmäßig bezogen wie folgt zurückgef ordert:

Name der Kinder	Art	Zeitraum	Betrag €
DC	Familienbeihilfe	1.7. 2008 - 31.7. 2009	3.844,40
IC			
DC	Kinderabsetzbeträge	1.7. 2008 - 31.7. 2009	1.428,40
IC			
Rückforderungsbetrag			5.272,80

Entscheidungsgründe

Mit Bescheid vom 24. Juni 2010 wurde von der Bw. Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für die Kinder D und I für den Zeitraum vom 1. Juli 2007 bis zum 31. Juli 2009 bzw. vom 1. Juli 2008 bis zum 31. Juli 2009 als unrechtmäßig bezogen rückgefordert.

In der Begründung vertrat das Finanzamt die Auffassung, dass die Kinder nach Beendigung der Schulpflicht nach R verzogen bzw. nunmehr in diesem Land die Schule besuchen würden.

Demzufolge bestehe ob ständigem Aufenthalts der Kinder im Ausland gemäß § 5 Abs. 3 FLAG kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

In der mit 19. Juli 2010 datierten Berufung wurde seitens der Bw. ins Treffen geführt, dass beide Kinder im Schuljahr 2007/2008 in Österreich die Schule besucht hätten und diese erst ab September 2008 nach R gebracht worden seien.

Dem Berufungsschriftsatz wurde ein von der HTL SGasse ausgestelltes, mit 27. Juni 2008 datierte Jahreszeugnisse des Sohnes D beigelegt, wobei festzuhalten ist, dass die Beurteilung mit Ausnahme zweier Gegenstände auf die Note nicht genügend gelautet hat.

Betreffend die Tochter I wurde ein ebenfalls mit 27. Juni 2008 datiertes Abschlusszeugnis vorgelegt, welchem die Beendigung der allgemeinen Schulpflicht des Kindes zu entnehmen ist.

Da sich die Bw. im Zuge des Rechtsmittelverfahrens, nicht zuletzt ob ihrer prekären finanziellen Situation als Bezieherin von Notstandshilfe an die Volksanwaltschaft gewandt hat, wurden seitens des Bundesministeriums für Wirtschaft, Familie und Jugend der Abgabenbehörde erster Instanz nachstehender Sachverhalt zur Kenntnis gebracht:

Die, die österreichische Staatsbürgerschaft besitzende Bw. sei gemäß Versicherungsdatenauszug im Inland bis zum 16. Oktober 2007 unselbständig erwerbstätig gewesen und habe im Anschluss daran, Arbeitslosengeld, Krankengeld bzw. nunmehr Notstandshilfe bezogen.

Seit April 2006 sei die Bw. vom Kindsvater Herrn VP geschieden und seit Oktober nämlichen Jahres mit Herrn MC verheiratet.

Die Kinder der Bw. würden seit 2007 (D) bzw. 2008 (I) bei den Großeltern in R leben, bzw. in diesem Staat auch die Schule besuchen.

In Ansehung der Tatsache, dass im Inland für Herrn C keine Versicherungsdaten aufscheinen, bestehe der Verdacht, dass sich die Bw. nicht ständig im Inland aufhalte, sondern vielmehr den Mittelpunkt der Lebensinteressen nach R verlegt habe.

Insoweit sei es vonnöten, den ständigen Aufenthalt an der von der Bw. angegebenen Adresse in XX Wien, Hstraße, die Höhe bzw. die Mittel zur Bestreitung der Lebenshaltungskosten sowie die Frage nach der den überwiegenden Unterhalt der Kinder leistenden Person zu prüfen.

Eine ZMA - Anfrage durch die Abgabenbehörde erster Instanz zeitigte das Ergebnis, dass die Bw. seit dem 20. November 2008 an der Adresse in XX Wien, HStraße gemeldet sie, wobei als Unterkunftgeber deren Exehemann fungiere.

Neben der Bw. sowie deren nunmehrigen Ehegatten habe die Wohnung in melderechtlicher Hinsicht und teilweise überschneidend 3 weiteren Personen als Wohnsitz gedient.

Was die Ausstattung und Größe der Wohnung anlange, so bestehe diese nach Auskunft der Hausverwaltung aus einer Küche und Kabinett, wobei sich die Gesamtfläche auf 22,55 m² belaufe.

Die Wohnung selbst sei mit Vertrag vom 17. Februar 1999 von Herrn VP angemietet worden, wobei der Bestandsvertrag mehrmals verlängert worden sei.

Ob neben vorgenanntem Hauptmieter weitere Personen die Wohnung benützen, entziehe sich der Kenntnis der Hausverwaltung.

Im Zuge einer am 30. September 2010 erfolgten Besichtigung gab die Bw. dem Vertreter des Finanzamtes nachstehendes zu Protokoll:

Die Wohnung sei zwar vom Exehegatten in Bestand genommen worden, tatsächlich werde diese jedoch durch die Bw. selbst sowie ihren derzeitigen Ehegatten bewohnt.

Die Kinder der Bw., welche sich seit zwei Jahren zu Studienzwecken in R befinden, seien niemals an der Adresse gemeldet gewesen und seien der Bw. die anderen seit dem Jahr 2008 in der Wohnung gemeldeten Personen gänzlich unbekannt.

Wiewohl die Zahlscheine für die Miete auf den Namen des Exehegatten lauten, werde der Bestandzins aus den Mitteln der Bw. bestritten.

Die Bw. selbst habe sich aus Behandlungszwecken von 2008 bis April 2010 in R befunden.

Bezug nehmend auf ihre finanzielle Situation gab die Bw. bekannt, dass sie ob Erhalts von rund 350 € monatlich außer Stande sei, Zahlungen an ihre Eltern oder Kinder zu leisten.

Einem vom Finanzamt am 1. Oktober 2010 erstellten Versicherungsdatenauszug konnte entnommen werden, dass im Zeitraum vom 26. August 2008 bis zum 12. April 2010 keinerlei Leistungen an die Bw., etwa in Form von Notstandshilfe oder Krankengeld erbracht worden seien.

Darüber hinaus wurden Erhebungen der Abgabenbehörde erster Instanz bei der HTL SGasse gepflogen, wobei via Einsicht in das Klassenbuch festgestellt worden sei, dass der Sohn der Bw. D im Schuljahr 2007/2008 zwar ein erhebliches Maß an Fehlstunden „angesammelt“

habe, dessen ungeachtet aber in nämlichem Zeitraum den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet gehabt habe.

Mit Vorhalt vom 4. November 2010 wurde die Bw., ob ihrer Aussage sich im Zeitraum 2008 bis April 2010 in R zur Behandlung befunden zu haben, aufgefordert, zwecks Prüfung des Anspruchs auf Familienbeihilfe die Kontoauszüge sowie die Gesprächsaufstellungen und Abrechnungen ihres Mobiltelefons für den Zeitraum Juli 2007 bis laufend zu übermitteln.

Dem Antwortschreiben vom 13. Dezember 2010 legte die Bw. zwei Kontoauszugsmappen, einen Versicherungsdatenauszug, eine Unfallversicherungsprämienbestätigung für das Jahr 2007 vom 10. Jänner 2008, ein mit 12. September 2008 datiertes Schriftstück des BMF betreffend eine für das Jahr 2007 zu lukrierende Steuergutschrift von 110 €, einen an die Pensionsversicherung gestellten Antrag auf Zuerkennung einer Berufsunfähigkeitspension vom 19. Oktober 2010, sowie ärztliche Bestätigungen vom 16. August 2010, vom 30. August 2010 sowie vom 21. November 2010 bei.

Mit Berufungvorentscheidung vom 17. Februar 2011 wurde dem Rechtsmittel der Bw. teilweise Folge gegeben und die Rückforderung der Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für den Sohn D auf den Zeitraum vom 1. Juli 2008 bis zum 31. Juli 2009 beschränkt.

In der Begründung wurde seitens des Finanzamtes ins Treffen geführt, dass in Anbetracht der Tatsache, dass einerseits die Kinder der Bw. ab dem Sommer 2008 ins Ausland verzogen seien und sich andererseits die Bw. laut eigenen Angaben von Juli 2008 bis zum April 2010 in R befunden habe, respektive weder im Inland eine berufliche Tätigkeit ausgeübt habe, noch diese sich im Sinne des Beschlusses Nr. 119 in gleichgestellten Verhältnissen befunden habe, die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 nicht zum Tragen komme.

Demzufolge sei über die Rechtmäßigkeit des Anspruch der Bw. nach den Bestimmungen des FLAG zu befinden.

In Ansehung des Umstandes, dass die Bw. im Zeitraum Juli 2008 bis April 2010 den Mittelpunkt der Lebensinteressen nicht im Bundesgebiet gehabt habe und gemäß § 5 Abs. 3 FLAG ein Familienbeihilfeanspruch für sich ständig im Ausland aufhaltender Kinder nicht bestehe, sei die Rückforderung der Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für den Zeitraum vom 1. Juli 2008 bis 31. Juli 2009 rechtens erfolgt.

Mit Schriftsatz vom 15. März 2011 brachte die Bw. einen Vorlageantrag ein, wobei begründend ausgeführt wurde, dass die Annahme, wonach sich der Lebensmittelpunkt der Bw. nicht in Österreich befunden habe, völlig unzutreffend sei.

Ganz im Gegenteil sei die Bw. vor allem im Rückforderungszeitraum die meiste Zeit im Bundesgebiet gewesen, wobei sich dieser Umstand am nachgereichten Staatsbürgerschaftsnachweis, an den beigelegten Kontoauszügen, an Obi, KIKA und Möbelix Rechnungen, sowie an den, die Mietzahlungen betreffenden Zahlscheinen manifestiere.

Im übrigen könne der regelmäßige Kontakt zu Familienangehörigen und Freunden in Österreich durch Aussagen ihres Exehegatten sowie Herrn Dris. RS bestätigt werden.

Dass die Bw, im Streitzeitraum in Österreich keiner beruflichen Tätigkeit nachgegangen sei, entspreche zwar den Tatsachen, dessen ungeachtet habe sich die Bw. ob schwerer Erkrankung in gleichgestellten Verhältnissen im Sinne des Beschlusses 119 befunden.

Hierbei werde als Beweis für die Richtigkeit obiger Angaben noch vorzulegende Unterlagen sowie eine Vernehmung von Herrn VD angeboten.

Zusammenfassend komme im vorliegenden Fall jedenfalls die EU- Verordnung Nr. 1408/71 zum Tragen und bestehe demzufolge der Anspruch auf Familienbeihilfe.

In einem mit 8. April 2011 datierten Vorhalt, wurde der Bw. unter anderem mitgeteilt, dass sich die Anwendung der EU- Verordnung Nr. 1408/71 an der Ausübung einer selbständigen bzw. nichtselbständigen Tätigkeit in Österreich, an einer ausreichenden Krankenversicherung aller Familienangehöriger, sowie am Vorhandensein ausreichender Existenzmittel orientiere.

In Ansehung der Tatsache, dass nach dem Dafürhalten der Abgabenbehörde erster Instanz keines der vorgenannten Tatbestandsmerkmale erfüllt sei, werde um entsprechende Stellungnahme ersucht.

Unter Heranziehung der innerstaatlichen Vorschriften sei festzuhalten, dass sich die Kinder der Bw. ständig im Ausland aufhalten (§ 5 Abs. 3 FLAG), dass diese im Rückforderungszeitraum als nicht haushaltszugehörig zu qualifizieren seien, respektive auch der Tatbestand der überwiegenden Kostentragung nicht erfüllt sei (§ 2 Abs. 2 FLAG) und letztendlich auch kein Nachweis erfolgt sei, dass sich die Kinder gemäß § 2 Abs. 1 lit. b FLAG in Berufsausbildung befinden.

Aus obgenannten Gründen sei der Anspruch der Bw. auf Familienbeihilfe als nicht gegeben zu erachten, wobei es der Bw. frei stehe, zu den Schlussfolgerungen des Finanzamtes Stellung zu beziehen.

Aus einer dem Finanzamt am 13. April 2011 übermittelten Korrespondenz zwischen dem AMS und dem Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz ist ersichtlich, dass sich die Bw. am 28. Juli 2008 beim AMS wegen Auslandsaufenthaltes vom Leistungsbezug

abgemeldet habe, wobei diese auf die sozialversicherungsrechtlichen Folgen nämlicher Handlung hingewiesen worden sei.

In der Folge habe sich die Bw. am 13. April 2010 beim AMS von ihrem Auslandsaufenthalt zurückgemeldet, respektive habe diese einen neuerlichen Antrag auf Notstandshilfe eingebbracht.

Angesichts dessen sei die Rechtsabteilung zur Überzeugung gelangt, dass die Bw. im Zeitraum vom 25. Juli 2008 (letzter Tag des Krankengeldbezugs) bis zum 12. April 2010 in Österreich nicht sozialversichert gewesen sei.

Mit Schriftsatz vom 20. April 2011 replizierte die Bw. auf den mit 8. April 2011 datierten Vorhalt wie folgt:

Dass die Bw. keine Erwerbstätigkeit entfaltet habe, entspreche zwar den Tatsachen, allerdings habe diese „Untätigkeit“ auf medizinischen Gründen basiert.

Die Kinder der Bw. hätten insoweit keine inländische Krankenversicherung benötigt, da diese in R als Schüler automatisch krankenversichert seien.

Was die Person der Bw. anlange, so sei der vom Finanzamt erhobene Vorwurf der Versicherungslosigkeit angesichts des Abschlusses einer privaten Versicherung nicht haltbar (in diesem Zusammenhang verwies die Bw. auf die bereits im Sachverhalt erwähnte Unfallversicherungsprämienbestätigung).

Im übrigen habe die Bw. ihren Lebensunterhalt im Zeitraum vom 1. Juli 2008 bis zum 31. Juli 2009 aus Eigenem, sprich aus Ersparnissen bestritten.

Darüber hinaus seien Unterstützungsleistungen, der in A in guten Verhältnissen lebenden Schwiegermutter sowie Naturalleistungen aus der in R befindlichen elterlichen Landwirtschaft erfolgt.

Ob der in vorgenannter Art und Weise erfolgten Eigenversorgung könne der Bw. die Nichtanspruchnahme staatlicher Leistungen nicht zum Vorwurf gemacht, respektive nämliche Agitation nicht zum Nachteil gereichen.

Von einer mangelnden Haushaltszugehörigkeit könne in Ansehung des Umstandes, dass sowohl die Bw. selbst, als auch ihr Ehegatte die Kinder in R besucht hätten, auch nicht im klassischen Sinn gesprochen werden.

Was die Tragung der Kosten des Lebensunterhalts der Kinder anbelange, so sei diese schon angesichts des in R niederer angesiedelten Preisniveaus als Selbstverständlichkeit zu qualifizieren.

Im übrigen sei abschließend festzuhalten, dass sich die Kinder der Bw. angesichts des nachweislichen Besuchs des FS Gymnasiums in O in Berufsausbildung befinden.

Über die Berufung wurde erwogen:

1. Festgestellter Sachverhalt

Im folgenden legt der unabhängige Finanzsenat seiner Entscheidung folgenden Sachverhalt zugrunde:

Die, die österreichische Staatsbürgerschaft besitzende Bw. war im Bundesgebiet seit dem 23. Oktober 2001 - mit mehreren Unterbrechungen - bis zum 16. Oktober 2007 nichtselbstständig erwerbstätig und im Anschluss daran durchgehend, sprich bis zum 25. Juli 2008 Bezieherin von Arbeitslosengeld, Krankengeld sowie Notstandshilfe.

Mit 28. Juli 2008 hat sich die Bw. beim AMS vom Leistungsbezug wegen eines Auslandsaufenthaltes abgemeldet und sich von diesem wiederum am 13. April 2010 rückgemeldet bzw. einen neuerlichen Antrag auf Gewährung der Notstandshilfe eingebracht.

Im Ergebnis war somit die Bw. im Zeitraum vom 26. Juli 2008 bis zum 12. April 2010 in Österreich nicht sozialversichert.

Ab 13. April 2010 ist die Bw. wiederum Bezieherin von Notstandshilfe respektive eines Pensionsvorschusses.

Im Zuge eins Lokalaugenscheins an ihrer meldrechtlich seit dem 20. November 2008 bestehenden Adresse in XX Wien, Hstraße hat die Bw. am dem Finanzamt gegenüber angegeben, dass sie sich von 2008 bis zum April 2010 in R in medizinischer Behandlung befunden hat.

Die Kinder D und I wohnen bei den Eltern der Bw. in R und besuchen diese (für das Schuljahr 2008/2009 nachgewiesenermaßen) ein in O befindliches Gymnasium.

Die Bw. ist nach eigenen Angaben ob des Erhalts von 350 € monatlich und des zu bestreitenden monatlichen Mietentgelts nicht in der Lage ihre Eltern bzw. Kinder finanziell zu unterstützen.

2. Rechtliche Würdigung

2.1. Rückforderung der Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbeträge für den Sohn D im Zeitraum vom 1. Juli 2007 bis zum 30. Juni 2008

Zu obigem Punkt ist festzuhalten, dass die Abgabenbehörde zweiter Instanz entsprechend der in der Schilderung des Verwaltungsgeschehen angeführten Feststellung des Finanzamtes, der gemäß der Sohn der Bw. im Schuljahr 2007/2008 die HTL wenn auch nur in sporadischem Ausmaß besucht hat, der Anspruch der Bw. auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für den Zeitraum 1. Juli 2007 bis zum 30. Juni 2008 als bestehend zu erachten ist und demzufolge von der Rückforderung Abstand zu nehmen ist.

2.2. Rückforderung der Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbeträge für den Sohn D sowie die Tochter I im Zeitraum vom 1. Juli 2008 bis zum 31. Juli 2009

In der Folge orientiert sich die Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit der Rückforderung der Familienbeihilfe sowie der Absetzbeträge in dem unter Punkt 2.2. genannten Zeitraum am Bestehen oder Nichtbestehen eines auf innerstaatlichen Rechtsvorschriften bzw. auf Normen des EU- Rechts fußenden Anspruchs auf derartige Leistungen.

2.2.1. Innerstaatlicher Rechtsanspruch

Nach § 2 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder (und unter bestimmten weiteren Voraussetzungen auch für volljährige Kinder).

Die Begriffe "Wohnsitz" und "gewöhnlicher Aufenthalt" werden im FLAG 1967 nicht näher definiert, es gilt daher die Bestimmung des § 26 Bundesabgabenordnung (BAO).

Nach dieser Bestimmung hat jemand einen Wohnsitz dort, wo er eine Wohnung innehat unter Umständen, die darauf schließen lassen, dass er die Wohnung beibehalten und benutzen wird. Den gewöhnlichen Aufenthalt hat jemand nach § 26 Abs. 2 BAO dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt.

Voraussetzung für einen Anspruch auf Familienbeihilfe ist gemäß § 2 Abs. 8 FLAG 1967 (vgl BGBI I 2005/100), dass die den Anspruch geltend machende Person den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet hat.

Eine Person hat den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.

Eine Person kann zwar mehrere Wohnsitze, jedoch nur einen Mittelpunkt der Lebensinteressen im Sinn des § 2 Abs. 8 FLAG haben.

Unter persönlichen Beziehungen sind dabei all jene zu verstehen, die jemanden aus in seiner Person liegenden Gründen, insbesondere auf Grund der Geburt, der Staatszugehörigkeit, des Familienstandes und der Betätigungen religiöser und kultureller Art, an ein bestimmtes Land binden.

Im Zweifel kommt jedenfalls den persönlichen Beziehungen - und dort wiederum der Gestaltung des Familienlebens der Vorrang zu (vgl. VwGH 26.7.2000, 95/14/0145). Der Mittelpunkt der Lebensinteressen einer verheirateten Person wird regelmäßig am Ort des Aufenthaltes ihrer Familie zu finden sein. Diese Annahme setzt allerdings im Regelfall die Führung eines gemeinsamen Haushaltes sowie das Fehlen ausschlaggebender und stärkerer Bindungen zu einem anderen Ort, etwa aus beruflichen oder gesellschaftlichen Gründen, voraus. Bei von der Familie getrennter Haushaltsführung kommt es auf die Umstände der Lebensführung, wie etwa eine eigene Wohnung, einen selbständigen Haushalt, gesellschaftliche Bindungen, aber auch auf den Pflichtenkreis einer Person und hier insbesondere auf ihre objektive und subjektive Beziehung zu diesem an (vgl. z. B. VwGH 28.5.2008, 2007/15/0279, und 18.1.1996, 93/15/0145).

Ausgehend vom Verwaltungsgeschehen hat nach dem Dafürhalten des unabhängigen Finanzsenates die die Bw selbst via Meldung eines Auslandsaufenthalts beim AMS und dem damit verbundenen Verzicht auf Leistungen aus der österreichischen Sozialversicherung aus den Mittelpunkt der Lebensinteressen außerhalb des Bundesgebiet „transferiert“.

Wenn nun im Zuge des Berufungsverfahrens seitens der Bw. obiges Faktum insoweit in Abrede gestellt wird, indem ins Treffen geführt wird, dass im Zeitraum 1. Juli 2008 bis zum 31. Juli 2009 regelmäßiger Kontakt zu Familienangehörigen und Freunden im Bundesgebiet gepflogen worden sei bzw. der in Österreich gelegene Lebensmittelpunkt sich an der polizeilichen Meldung, den Mietzahlungen und den aus den Handyabrechnungen nachweislich geführten Inlandsgesprächen manifestiere, ist diesem Vorbringen seitens der Abgabenbehörde zweiter Instanz Nachstehendes zu entgegnen:

Einleitend ist festzuhalten, dass der unabhängige Finanzsenat einen temporären Aufenthalt im Bundesgebiet der Bw. zwecks Pflege familiärer, respektive freundschaftlicher Beziehungen durchaus gegeben erachtet, weswegen auch von der Einvernahme der angebotenen Zeugen, sprich der Herren P sowie Dris. S Abstand genommen werden konnte.

Ungeachtet dessen, dass die Bw. auch im Zuge der Erhebungen des Finanzamtes zu Protokoll gegeben sich von 2008 bis April 2010 aus medizinischen Gründen nach R begeben zu haben, kann aber die polizeiliche Meldung an der Adresse in XX Wien, Hstraße, nicht als Nachweis für die Beibehaltung des Mittelpunktes der Lebensinteressen im Inland gewertet werden.

Vielmehr ist nach der Auffassung der Abgabenbehörde zweiter Instanz in der bereits mehrmals erwähnten Tatsache der Abmeldung vom Leistungsbezug im Zeitraum 26. Juli 2008

bis zum 12. April 2010 eine temporäre „Aufgabe“ der wirtschaftlichen Beziehungen zum Bundesgebiet bzw. umgekehrt gesprochen eine Verlagerung des Mittelpunktes der Lebensinteressen nach R zu erblicken. Die Schlussfolgerung der Verlagerung des Mittelpunktes der Lebensinteressen wird durch die Fakten des zum Zweck des Schulbesuchs in Rumänien bewirkten Wohnortwechsels der Kinder sowie der sozialversicherungsrechtlichen Nichterfassung ihres rumänischen Ehegatten zusätzlich verstärkt.

Gemäß § 5 Abs. 3 FLAG 1967 in der für den Berufungszeitraum geltenden Fassung besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

In Zusammenhang mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein ständiger Aufenthalt eines Kindes im Ausland anzunehmen ist, hat der Verwaltungsgerichtshof in seiner ständigen Rechtssprechung folgende Feststellung getroffen: Der ständige Aufenthalt im Sinn dieser Gesetzesbestimmung ist unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2 BAO zu beurteilen. Danach hat jemand den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinn der Abgabenvorschriften dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt. Diese nicht auf den Mittelpunkt der Lebensinteressen abstellende Beurteilung ist nach objektiven Kriterien zu treffen. Ein Aufenthalt in dem genannten Sinne verlangt grundsätzlich körperliche Anwesenheit. Daraus folgt auch, dass eine Person nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben kann. Um einen gewöhnlichen Aufenthalt aufrecht zu erhalten, ist aber keine ununterbrochene Anwesenheit erforderlich. Abwesenheiten, die nach den Umständen des Falles nur als vorübergehend gewollt anzusehen sind, unterbrechen nicht den Zustand des Verweilens und daher auch nicht den gewöhnlichen Aufenthalt.

Unter Zugrundelegung dieser Ausführungen hat der Verwaltungsgerichtshof bereits in mehreren Erkenntnissen den Familienbeihilfenanspruch für Kinder verneint, die im Ausland eine Schule besuchen (vgl. z.B. VwGH 20.6.2000, 98/15/0016; VwGH 2.6.2004, 2001/13/0160, u. a.).

Im vorliegenden Fall besuchten sowohl der Sohn als auch die Tochter der Bw. im Berufungszeitraum eine Schule im Ausland und vermögen daher der Bw bereits aus diesem Grund keinen Familienbeihilfenanspruch zu vermitteln.

Ein Familienbeihilfenanspruch aufgrund der innerstaatlichen Vorschriften ist somit nicht gegeben.

2.2.2. Anspruch nach den Normen des EU- Rechts

Ungeachtet der unter Punkt 2.2.1. der Berufungsentscheidung getroffenen rechtlichen Erwägungen sieht die Bestimmung des § 53 FLAG 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.

Es ist daher zu prüfen, ob sich ein Anspruch auf Familienbeihilfe aus dem Gemeinschaftsrecht ergibt.

Die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 (VO EWG 1408/71) 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 bzw nach Änderung durch Verordnung (EG) Nr. 307/1999 des Rates vom 8. Februar 1999, ABI. L 38 auszugsweise:

Artikel 73:

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

Artikel 1

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

- a) 'Arbeitnehmer' oder 'Selbständiger': jede Person,
 - i) die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den Zweigen eines Systems der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer oder Selbständige oder einem Sondersystem für Beamte erfasst werden, pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist;
 - 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 Arbeitnehmer 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;

Artikel 2

Persönlicher Geltungsbereich

(1) Diese Verordnung gilt für Arbeitnehmer und Selbständige sowie für Studierende, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, soweit sie Staatsangehörige eines Mitgliedstaats sind oder als Staatenlose oder Flüchtlinge im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen, sowie für deren Familienangehörige und Hinterbliebene.

Gemäß Artikel 3 der VO EWG 1408/71 haben Personen, die im Gebiet eines Mitgliedsstaats wohnen und für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten auf Grund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats, wie die Staatsangehörigen dieses Staates, soweit besondere Bestimmungen dieser Verordnung nicht anderes vorsehen.

Nach der Entscheidung des EuGH v 24. 2. 2005, ZI C-543/03, ist Arbeitnehmer oder Selbständiger iSd VO EWG 1408/71, wer auch nur gegen ein einziges Risiko im Rahmen eines allgemeinen oder besonderen Systems der sozialen Sicherheit pflichtversichert oder freiwillig versichert ist, und zwar unabhängig vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses.

Der Arbeitnehmerbegriff der VO EWG 1408/71 hat nämlich einen gemeinschaftsspezifischen Inhalt und wird vom EuGH sozialversicherungsrechtlich und nicht arbeitsrechtlich definiert. Demnach ist jede Person als Arbeitnehmer bzw. Selbständiger anzusehen, die, ob sie nun eine Erwerbstätigkeit ausübt oder nicht, die Versicherteneigenschaft nach den für die soziale Sicherheit geltenden Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten besitzt.

Entscheidend ist lediglich, ob jemand in einem für Arbeitnehmer oder Selbständige geschaffenen System der sozialen Sicherheit pflicht- oder freiwillig versichert ist.

Die Bw ist - wie sich aus den Versicherungsdatenauszügen der Österreichischen Sozialversicherung ergibt, - im Rückforderungszeitraum vom 1. Juli 2008 bis zum 31. Juli 2009 in Österreich im Sinne von Artikel 1 der zitierten Verordnung nicht versichert, ist somit nicht als Arbeitnehmer bzw. Selbständige im Sinne der Begriffsbestimmung des Art 1 anzusehen.

Korrespondierend damit fällt sie daher nicht in den persönlichen Geltungsbereich der Verordnung.

Auch der im Schriftsatz vom 21. April 2011 erhobene Einwand, dass die Bw. privat versichert gewesen sei, vermag nicht die Anwendung der VO EWG 1408/71 zu bewirken, da es sich bei der angesprochenen Versicherung in realiter um eine private und nicht auf dem innerstaatlichen Sozialversicherungssystem fußende Unfallversicherung handelt.

Dem Vorbringen wonach sich die Bw. in gleichgestellten Verhältnisse im Sinne des Beschlusses 119 der Verwaltungskommission der Europäischen Gemeinschaft für die Soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer vom 24. Februar 1983 befunden habe, ist seitens des unabhängigen Finanzsenates insoweit nicht näher zur treten, als die „Anwendung“ des Beschlusses in Abhängigkeit zur generellen Anwendung der VO EWG 1408/71 stehend zu erachten ist.

Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass die Bw. substantielle Ausführungen, in welcher Art und Weise Herr VD zur Klärung der Anwendung EU- Vorschriften auf den zu beurteilenden Fall beitragen könne, verabsäumt hat, weswegen – in Ermangelung eines tauglichen Beweisantrags - von dessen Einvernahme Abstand zu nehmen war.

Zusammenfassend kann aus oben genannten Gründen ein Familienbeihilfenanspruch auch nicht auf Gemeinschaftsrecht gestützt werden.

Zusammenfassend erfolgte die Rückforderung der im Zeitraum vom 1. Juli 2008 bis zum 31. Juli 2009 gewährten Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge gemäß § 26 Abs. 1 FLAG und § 33 Abs. 4 Z 3 lit. a EStG 1988 bzw. § 33 Abs. 3 EStG 1988 zu Recht.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 5. August 2011