



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw, in G, vertreten durch WT, vom 3. Juni 2008 gegen den Bescheid des Finanzamtes Salzburg-Stadt vom 3. April 2008 betreffend Familienbeihilfe entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Mit Bescheid vom 3. April 2008 forderte das Finanzamt die für die Tochter S, geb. 11.3.1998, im Zeitraum November 2006 bis Jänner 2008 bzw für den Sohn E, geb. 3.6.1989, -im Zeitraum November 2006 bis Juni 2007 gewährten Familienbeihilfen und Kinderabsetzbeträge zurück.

Begründend führte das Finanzamt aus, dass der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Berufungswerberin (Bw) in Griechenland liege, da S ab dem Schuljahr 2006/2007 in Griechenland die Schule besuche, die Bw überwiegend ihre selbständige Tätigkeit in Griechenland ausübe und ihr nunmehriger Ehegatte dort eine Betriebsstätte zu gründen beabsichtige, weshalb die oben genannten Familienleistungen rückzufordern wären. Das Finanzamt stützte sich dabei auf einen Bescheid des Bezirksschulrates vom 24. Oktober 2006, in welchem die Bewilligung des Schulbesuches von S für das Schuljahr 2006/2007 in Griechenland erteilt wurde. Des weiteren lag auch ein Versicherungsdatenauszug der Österreichischen Sozialversicherung betreffend die Bw für den Zeitraum ab 1. Jänner 2004

bei, aus dem hervorgeht, dass die Bw ab 1. März 2008 als gewerblich selbständig Erwerbstätige bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft versichert ist.

Im Rahmen der Berufung brachte die Bw, welche als Beruf Energetiker angab, vor, dass der Familienwohnsitz nicht endgültig in Griechenland wäre. Ihre I – LE -Seminare, Meditationsabende und Behandlungen im Bereich der Esoterik würde sie gemeinsam mit ihrem Ehegatten in Österreich abhalten. In Griechenland wäre dies nicht möglich, weshalb sie auch in Griechenland keinerlei Einnahmen hätten und diese daher dort auch nicht erklärt würden. Die geringen Einkünfte in Österreich würde sie jedoch erklären. Es bestünde auch weiterhin ein Wohnsitz in Österreich. Im übrigen würde S auf Grund der Bewilligung als in Österreich weiterhin angemeldete Schülerin laufen, ein Wiedereintritt wäre jederzeit möglich.

Sohn E, welcher an einer autistischen Behinderung leide, wäre bis 18. Juli 2008 in einem Internat in Deutschland untergebracht gewesen. Da eine Schulzeitverlängerung nicht möglich gewesen wäre, würde er im Rahmen einer 24-Stunden-Betreuung privat in der Familie in Salzburg betreut werden.

Die Bw legte der Berufung einen Bescheid des Bezirksschulrates vom 21. September 2007 mit der Schulbesuchsbewilligung für Tochter S für das Schuljahr 2007/2008 in Griechenland bei. Aktenkundig ist des weiteren ein Seminarprogramm für Juni bis Oktober 2008 betreffend I - Seminare und Meditationsabende . Daraus geht hervor, dass sowohl im Juni, September und Oktober jeweils 10-Tage-Intensivseminare in Griechenland und im Juli Seminare und Abende in Österreich veranstaltet worden seien. In der Berufungsvorentscheidung wies das Finanzamt die Berufung mit der Begründung ab, dass auf Grund der Sachlage davon auszugehen sei, dass die Bw ihre Einkünfte in Griechenland beziehe, wo sich auch der Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen befände, weshalb gemäß § 2 Abs 8 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) der Anspruch auf Familienbeihilfe zu versagen sei.

Im fristgerecht eingebrachten Vorlageantrag führte der steuerliche Vertreter der Bw zur Einkommenssituation der Bw bzw. ihres Ehegatten ab November 2006 aus, dass Alimente, Unterhaltsvorschuss und Pflegegeld für Sohn E in Höhe von insgesamt EUR 1.300,00 monatlich bezogen worden seien. Des weiteren legte er die Einkommensteuererklärung 2007 bei, worin die Bw den Alleinverdienerabsetzbetrag beantragte und Einkünfte aus Gewerbebetrieb in Höhe von EUR 5.882,51 erklärte. Die Lebenshaltungskosten in Griechenland würden sich auf die laufenden Verpflegungskosten beschränken, da für Wohnraum keine Kosten anfielen. Wesentlich höher wären dem gegenüber die laufenden in Österreich anfallenden Kosten, worunter neben dem laufenden Lebensaufwand auch noch Kosten für den in Österreich befindlichen PKW, Betriebskosten für das Haus und Beiträge zur gewerblichen Sozialversicherung anfielen. Insgesamt würden von den gesamt zur Verfügung

stehenden Mitteln ca. 70% in Österreich und 30% in Griechenland ausgegeben. Auf Grund der angespannten finanziellen Situation wäre auch eine Kreditrahmenerhöhung von EUR 1.000,00 auf EUR 10.000,00 durchgeführt worden.

Dass der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Bw in Österreich läge, begründet die Bw damit, dass sie als Seminarveranstalterin selbständig tätig wäre und diese Tätigkeit nie unterbrochen oder aufgegeben habe. Von Österreich aus wären die Seminarteilnehmer über Telefon, Mail, Post usw. akquiriert worden, dort fänden auch überwiegend die Seminare statt.

Das Zentrum der beruflichen Tätigkeit läge in Österreich. In Griechenland wäre nie eine berufliche Tätigkeit aufgenommen und auch keine sonstigen Einnahmen erzielt worden. Dass die Bw in Österreich den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen habe, begründet sie überdies damit, dass in Österreich die Verwandtschaft und der Freundeskreis wohnten und sich hier auch das Einfamilienhaus befände. Tochter S, welche die Sommer, Weihnachts- und Osterferien in Österreich verbringen würde, könne jederzeit in Österreich wieder in die Schule einsteigen.

Gleichzeitig mit dem Vorlageantrag wurde die Aussetzung der Einhebung des Rückforderungsbetrages bis zur Entscheidung über die Berufung beantragt. Mit Bescheid vom 25. Februar 2009 wies das Finanzamt den Antrag mit der Begründung ab, dass laut Aktenlage der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Bw in Griechenland liege und deshalb die Berufung als wenig Erfolg versprechend erscheine. Gegen den Abweisungsbescheid wurde nicht Berufung erhoben.

Im Rahmen eines vor der Abgabenbehörde zweiter Instanz durchgeführten Erörterungstermins führte die Bw aus, dass die Anfangsjahre ihrer I - Seminar- und Meditationsabendtätigkeit in den Jahren 2006/2007 lägen. Zuvor hätte die Bw sporadisch Olivenöl aus Griechenland importiert und im kleinen Umfang weiterveräußert. Bis 2006 wäre die Bw in erster Ehe verheiratet, bei ihrem früheren Ehegatten mitversichert und ab der Scheidung im Jahr 2006 bei der Gewerblichen Versicherung unfallversichert gewesen. Die Kinder wären nach wie vor beim früheren Ehegatten mitversichert. Die Bw selbst war 2006 und 2007 nicht krankenversichert gewesen. Erst ab März 2008 wären sie und ihre Kinder voll versichert bei der Gewerblichen Versicherung.

Die Bw gab zudem an, dass sie im Zeitraum 2006/2007 und auch darüber hinaus ca. drei bis vier Wochen in Österreich sei, immer wieder nach Griechenland pendle und zwar dann, wenn keine Seminare, Messen oder Einzeltermine stattfänden.

Das Finanzamt beantragte in diesem Zusammenhang:

1.) Nachweise der abgehaltenen Seminare in Österreich der Jahre 2006/2007.

2.) Flugnachweise (Bordkarten, Tickets, Buchungsunterlagen)

3.) Seminarunterlagen und Termine für die griechischen Seminare

4.) Nachweise der Unternehmensfinanzierung

5.) Nachweis der Kosten für das Internat des Sohnes

Seit Oktober 2006 sei die Bw wieder verheiratet. Ihr Ehegatte verbringe den Großteil des Jahres in Griechenland, wo er die Seminare mitgestalte.

Sohn E habe einen griechischen Vater. Die Bw besuche seit 24 Jahren regelmäßig N in Griechenland, wo die Großeltern des Kindes und der Vater wohnten. Sie habe dort einen großen Verwandten- und Bekanntenkreis. Die Familie der Bw, der Vater von Tochter S, deren Verwandte sowie die Verwandten des nunmehrigen Ehegatten würden in Österreich leben. Die Bw und ihr Ehegatte würden, wenn sie in Österreich sind, das dem Ehegatten der Bw. gehörige Haus in Salzburg bewohnen. Dieses Haus stehe der Familie immer zur Verfügung, da es nicht vermietet sei. Das Erdgeschoß dieses Hauses würde als Praxis und für Seminare benützt. Die Bw selbst wäre ebenfalls Eigentümerin eines Hauses in Salzburg. Das auffällige kleine Haus wäre von einem Austragbauer einfachst renoviert worden und würde auch von diesem unter Tragung der Betriebskosten benützt. Die Bw erziele daraus keinerlei Einkünfte.

Tochter S besuche seit Oktober 2006 eine Grundschule in Griechenland, wo sie sich sehr wohl fühle und bei einer gemeinsamen Freundin wohne, wo auch die Bw bzw. ihr Ehegatte bei ihren Griechenland-Aufenthalten untergebracht wären. Der Schulbesuch in Griechenland wäre von den österreichischen Schulbehörden genehmigt worden, ein Wiedereinstieg in österreichischen Schulen sei bei Vorlage des griechischen Zeugnisses jederzeit möglich.

Sohn E, der an einer autistischen Behinderung leide, habe von 2006 bis Juli 2008 die Schule in Deutschland besucht, welche auf die Betreuung derartiger Krankheitsbilder ausgerichtet sei.

Zur Einkommenssituation befragt gibt die Bw an, dass sie im Berufszeitraum 2006/2007 im Wesentlichen von Unterhaltszahlungen, Pflegegeld, Familienbeihilfe und den sehr geringen Einkünften aus der Seminartätigkeit gemeinsam mit ihrem Ehegatten gelebt habe. Dieses Vorbringen wird durch eine Datenbankabfrage bestätigt, wonach die Bw sowohl 2005 als auch 2006 negative Einkünfte aus Gewerbebetrieb erklärte. Die Bw betonte, dass ihr persönlicher Mittelpunkt – Sohn E lebe seit Juli 2008 bei der Bw in Österreich, wo er allerdings eine 24-Stunden Pflegebetreuung durch einen professionellen Heilerziehungspfleger erhalten würde.

sowie der wirtschaftliche Mittelpunkt in Österreich liege, wo sie größtenteils die Seminare abhalten bzw. ihre Akquisitionstätigkeit z.B. auf Messen erfüllen würde.

Aus den beigebrachten Buchungsunterlagen betreffend die von der Bw im Berufszeitraum unternommenen Flugreisen von Griechenland nach Österreich ist Folgendes zu entnehmen:

Im Zeitraum November 2006 bis Dezember 2007 befand sich die Bw mit Unterbrechungen in Summe etwa sechs Monate in Österreich und etwa gleich lang in Griechenland. Aus den Flugtickets geht jedoch hervor, dass die Bw teilweise alleine nach Österreich reiste. Dies trifft insbesondere auf die Flüge im Mai, August, Oktober, November und Dezember zu. Im übrigen ist bei einigen Flugtickets – so betreffend die Flüge am 17. Mai, 5. Juli, 18. Juli, 25. August und 7. September – nur der Buchungscode allerdings ohne Jahreszahl angegeben. Bei den Flugreisebestätigungen ist zum Teil als Hauptkontaktperson die Bw mit österreichischer Mobiltelefonnummer, teilweise aber auch der Ehegatte der Bw mit griechischer Telefonnummer angegeben.

Die Seminarliste Oktober 2006 bis Dezember 2007 zeigt, dass in diesem Zeitraum fünf jeweils ca. 10 Tage dauernde Intensivseminare in Griechenland, dreizehn 1-2 Tage Seminare in Salzburg und vier 1-2 Tage Seminare in Niederösterreich verteilt über den gesamten Zeitraum stattgefunden haben. Als Seminarzentrumskontaktpersonen für Niederösterreich und Salzburg sind dabei laut Website nicht die Bw sondern dritte Personen angegeben.

Ergänzend wurden über Ersuchen des Finanzamtes noch zwei Kreditverträge jeweils aus Dezember 2008 über einen Kreditbetrag von EUR 10.000,00 bzw EUR 39.000,00 vorgelegt, wobei als Verwendungszweck in diesen Verträgen Kontoregelung bzw Durchführung des laufenden Zahlungsverkehrs angegeben ist.

Im Laufe des Berufsverfahrens stellte die Bw am 5. März 2009 einen Antrag auf Zuerkennung der erhöhten Familienbeihilfe für Sohn E. Über Vorhalt des Finanzamtes wurde die Bw um Nachweis ihrer Einkünfte und jener ihres Ehegatten ab August 2008, Vorlage der griechischen Steuerbescheide für 2008, Aufstellung der Lebenshaltungskosten von Österreich, Griechenland, Kosten für Sohn E und Vorlage einer Bestätigung über eine Versicherung in Griechenland ersucht. Im Antwortschreiben des steuerlichen Vertreters vom 28. Juli 2009 wurde mitgeteilt, dass weder die Bw noch ihr Ehegatte in Griechenland steuerpflichtige Einkünfte beziehen würden, weshalb es auch keine griechischen Steuerbescheide gäbe. Ebenso bestünde für die Bw keine Versicherung in Griechenland. Hinsichtlich der Lebenshaltungskosten wurde auf eine angeblich bereits übermittelte Aufstellung hingewiesen und ergänzt, dass bezüglich Sohn E im Zuge des Erörterungstermines seitens des Finanzamtes eine positive Erledigung des Antrages auf Familienbeihilfe in Aussicht gestellt worden sei.

Mit Bescheid vom 6. August 2009 wies das Finanzamt den nicht berufungsgegenständlichen Antrag vom 5. März 2009 auf Zuerkennung der Familienbeihilfe für Sohn E mit der Begründung ab, dass, zumal die in Österreich bezogenen Einkünfte nicht ausreichten die in Österreich und Griechenland anfallenden Lebenshaltungskosten abzudecken, davon auszugehen sei, dass sowohl die Bw als auch ihr Ehegatte in Griechenland Einkünfte beziehen würden. Infolge des daraus zu schließenden in Griechenland gelegenen Mittelpunkts der Lebensinteressen der Bw wäre Griechenland für die Auszahlung der Familienbeihilfe zuständig. Der Bescheid erwuchs ohne Einbringung einer Berufung in Rechtskraft.

Im Rahmen des Berufungsverfahrens wurden noch telefonische Informationen bezüglich der Versicherungsdaten der Bw in Österreich bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft eingeholt, welche ergaben, dass die Bw von 1998 bis 2008 bei keiner gesetzlichen Sozialversicherung versichert war, und zwar auch nicht unfallversichert. Erst ab 1. März 2008 ist die Bw bei oben angeführter Anstalt pflichtversichert, in concreto liegt eine Kranken-, Unfall-, Pensions- und Selbstvorsorgeversicherung vor. Die Beiträge würden laufend eingezahlt, das Beitragskonto wäre ausgeglichen.

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

Aus dem Vorbringen der Bw ist somit in Zusammenschau mit den vorgelegten Unterlagen von folgendem Sachverhalt auszugehen:

Die Bw hat sich – wie aus den vorgelegten Flugbuchungsunterlagen hervorgeht - im Berufszeitraum November 2006 bis Jänner 2008 jedenfalls mehr als sechs Monate in Griechenland aufgehalten. Misst man den Flugbestätigungen ohne Jahresangabebzahl geringere Beweiskraft zu, so ist es möglich, dass sich die Bw wesentlich länger im Berufszeitraum in Griechenland aufgehalten hat. Gemeinsam mit ihrem österreichischen Ehegatten, mit dem sie seit 2006 verheiratet ist, und ihrer aus erster Ehe stammenden Tochter S wohnt und lebt sie dann bei Freunden in N in Griechenland. S besucht dort die Grundschule und fühlt sich in Griechenland sehr wohl. Die Bw und ihre Familie sind in N in einen großen Verwandten- und Bekanntenkreis eingebunden, zumal der griechische Vater von Sohn E und dessen Verwandte dort leben. Die Bw besuchte diesen Ort regelmäßig seit 24 Jahren. Für die Bw und ihre Familie fallen daher in Folge des langjährigen Kontakts zu ihrem Verwandten- und Freundeskreis in N keine Wohnkosten an, sie müssen lediglich selbst für die Verpflegung aufkommen.

Im Berufszeitraum führte die Bw gemeinsam mit ihrem Ehegatten fünf 10-Tage-I - Intensivseminare in Griechenland durch. Auf der Website von I sind drei Seminar -und

Meditationszentren angegeben. Für das Zentrum in Griechenland an der Wohnadresse der Bw in N scheint als Leiter und Ansprechperson der Ehegatte der Bw mit Angabe der griechischen Telefonnummer auf. Das I Center in Salzburg befindet sich im Haus des Ehegatten der Bw, wo im Erdgeschoß die Seminare und Meditationsabende abgehalten werden. Des weiteren gibt es ein I Center in Niederösterreich. Als Kontaktpersonen für diese beiden Zentren scheinen auf der Website von I weder die Bw noch ihr Ehegatte sondern dritte Personen auf. Aus der Website geht überdies hervor, dass die Bw und ihr Ehegatte Begründer von I sind.

Aus den vorgelegten Flugtickets muss erschlossen werden, dass sich der Ehegatte im Berufszeitraum größtenteils (mit einigen Unterbrechungen zwecks Mitgestaltung der I Seminare auf seinen Österreich-Besuchen) in Griechenland aufgehalten hat, da einige der vorgelegten Flugtickets lediglich auf die Bw lauten. Diese Annahme wird auch durch die Aussage des Ehegatten im Rahmen des Erörterungstermines bestätigt.

Auf Grund der im Jahr 2007 erklärten Einkünfte aus Gewerbebetrieb in Höhe von lediglich EUR 5.882,51 und des betreffend 2006 erklärten Verlustes von EUR 1.706,95 muss angenommen werden, dass die Bw lediglich in eingeschränktem Ausmaß in Österreich Seminare und Meditationsabende abgehalten hat bzw sie und ihr Ehegatte den Großteil ihres Lebensunterhaltes durch eine bei den griechischen Steuerbehörden nicht erklärte Einkunftsquelle in Griechenland bestreiten. Diese Annahme wird durch die Angaben der Bw im Vorlageantrag erhärtet, wonach sie seit November 2006 Alimente, Unterhaltsvorschuss und Pflegegeld in Höhe von insgesamt ca. EUR 1.300,00 monatlich bezieht. Ein Betrag, der, summiert man die geringfügigen Einkünfte in Österreich hinzu, keinesfalls reicht, die Lebenshaltungskosten in Griechenland bzw bei den Österreichaufenthalten, die Internatskosten für Sohn E und die laufenden Kosten für das in Salzburg befindliche Haus und den PKW abzudecken.

Der 1989 geborene, an einer autistischen Behinderung leidende Sohn E befand sich im Berufszeitraum und darüber hinaus bis Juli 2008 in einem Internat in Deutschland und wird seit dem durch eine 24-Stunden-Betreuung in häuslicher Pflege in Salzburg versorgt.

Die Bw ist seit 1. März 2008 bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft versichert. Im Berufszeitraum war sie nicht versichert.

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. BGBl 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).

Die Bw hatte im Berufszeitraum aus der Veranstaltung von I -Seminaren sowohl in Österreich als auch in Griechenland Einkünfte von – wie sie selbst bestätigt – sehr geringer Höhe. Aus dem ihr gehörigen kleinen baufälligen Haus in Salzburg erzielt sie keinerlei Einkünfte. Aus den geringen Verdienstmöglichkeiten in Österreich ist nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenats kein bedeutender wirtschaftlicher Anknüpfungspunkt zum Bundesgebiet ableitbar.



Im Berufszeitraum befanden sich der Ehegatte der Bw und Tochter S größtenteils in Griechenland, welche auch dort die Grundschule besuchte. Der behinderte Sohn E war im maßgeblichen Zeitraum in einem Internat in Deutschland untergebracht, hielt sich jedoch in den Ferien ebenfalls in Griechenland auf. Die Bw selbst verbrachte im Berufszeitraum jedenfalls mehr als sechs Monate am gemeinsamen Familienwohntort in Griechenland.

Auf Grund dieser Sachverhaltskonstellation bestehen nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates die engeren persönlichen Beziehungen zu Griechenland. Der Mittelpunkt der Lebensinteressen ist somit nicht im Bundesgebiet gelegen.

Dass die Bw ebenfalls dieser Einschätzung folgt, zeigt die Tatsache, dass sie die bescheidmäßige Ablehnung der Zuerkennung der Familienbeihilfe – obwohl einen nach dem Berufszeitraum gelegenen Zeitraum betreffend – mit der Begründung, dass der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Bw nicht im Bundesgebiet gelegen sei, unwidersprochen anerkannt hat.

Gemäß § 5 Abs. 3 FLAG 1967 in der für den Berufszeitraum 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 Rechtsprechung 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 und sich nur in der Ferienzeit im Inland bei den Eltern aufhalten (vgl. z.B. VwGH 20.6.2000, 98/15/0016; VwGH 2.6.2004, 2001/13/0160, u.a.). Kehren die Kinder nach ihren jeweiligen Ferientaufenthalten in Österreich wieder an die Schule ins Ausland

zurück, dann ist das Verbringen der Ferien in Österreich damit nur als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, durch die der ständige Aufenthalt der Kinder im Ausland nicht unterbrochen wird. Auf den Mittelpunkt der Lebensinteressen kommt es bei dieser Beurteilung nicht an.

Sowohl Tochter S als auch Sohn E besuchten im Berufszeitraum eine Schule im Ausland. Beide Kinder vermögen daher der Bw bereits aus diesem Grund keinen Familienbeihilfenanspruch zu vermitteln.

Ein Familienbeihilfenanspruch aufgrund der innerstaatlichen Vorschriften ist somit nicht gegeben.

§ 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.

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 ABl. L 028 vom 30. Jänner 1997 und nach Änderung durch die VO (EG) 1606/98 des Rates vom 29. Juni 1998, ABl. L 209 bzw nach Änderung durch Verordnung (EG) Nr. 307/1999 des Rates vom 8. Februar 1999, ABl. L 38 auszugsweise:

#### 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 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 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.

Gemäß Artikel 4 der VO EWG 1408/71 gilt diese Verordnung für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, ua Leistungsarten, die Familienleistungen betreffen.

Artikel 13 der VO EWG 1408/71 bestimmt:

"(1) ... Personen, für die diese Verordnung gilt, [unterliegen] den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Welche Rechtsvorschriften diese sind, bestimmt sich nach diesem Titel.

(2)...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.

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 - erst seit 1. März 2008 bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft versichert. Im Berufszeitraum war sie hingegen weder in Österreich noch in Griechenland im Sinne von Artikel 1 der zitierten Verordnung versichert, ist somit nicht als Arbeitnehmer bzw. Selbständige im Sinne der Begriffsbestimmung des Art 1 anzusehen und fällt daher nicht in den persönlichen Geltungsbereich der Verordnung gemäß Art 2. Deshalb ist auch die in Österreich ausgeübte Erwerbstätigkeit gemäß Art 13 Abs 2 lit. b der Verordnung für den österreichischen Familienbeihilfenanspruch unbeachtlich.

Ein Familienbeihilfenanspruch kann somit im Gegenstandsfall betreffend den Berufszeitraum auch nicht auf Gemeinschaftsrecht gestützt werden.

Die Rückforderung der im Berufszeitraum gewährten Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge gemäß § 26 Abs 1 FLAG und § 33 Abs. 4 Z 3 lit a Einkommensteuergesetz 1988 (EStG) in der für die Berufung maßgeblichen Fassung erfolgte daher zu Recht.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Salzburg, am 23. April 2010