



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der bw, vom 7. April 2011 gegen den Bescheid des Finanzamtes fa vom 3. März 2011 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. Juli 2010 bis 31. Oktober 2010 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Mit Bescheid vom 3. März 2011 wurden von der Berufungswerberin (Bw) Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für die namentlich genannten Kinder für den Zeitraum Juli bis Oktober 2010 gemäß 3 26 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 in Verbindung mit § 33 Abs. 3 Einkommensteuergesetz 1988 in Höhe von insgesamt € 1.585,20 rückgefordert. Es wurde hiezu begründet, dass die Bw und ihre Kinder zwar in o1 gemeldet seien, anhand einer Nachschau jedoch festgestellt worden sei, dass es sich nur um eine Meldeadresse und nicht um einen ständigen Aufenthaltsort handelt. Es sei festgestellt worden, dass keine Schlafgelegenheiten (Betten) für die Bw und ihre Kinder vorhanden sind. Somit könne nicht angenommen werden, dass sich die Bw und ihre Kinder in Österreich aufhalten. Trotz Aufforderung seien abverlangte Unterlagen nicht eingebracht worden. Es werde daher angenommen, dass im oben genannten Zeitraum kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht.

Im Akt befindet sich außerdem eine Bestätigung vom 11. März 2011, woraus hervorgeht, dass die Bw in der Zeit vom 18.10.2004 bis 15.01.2011 im namentlich genannten Unternehmen als

Handelsarbeiterin beschäftigt war. Gleichzeitig wurde eine Bestätigung der Dienstgeberin über die Vereinbarung des Karenzurlaubes vom 29.1. bis 31.10.2010 sowie eine Vereinbarung über außerordentliche Karenz vom 2.11.2010 bis 15.01.2011 beigelegt. Laut Schreiben vom 24. Jänner 2011 hat die Bw nach Beendigung der Karenzzeit per 15.01.2011 die Kündigung eingereicht.

Laut Niederschrift vom 14. März 2011 wurde von der Bw folgendes angegeben:

„Nach der Geburt meines zweiten Kindes hatte ich Platzprobleme in der Wohnung meiner Eltern in o2. Deswegen habe ich mit meiner Schwester in o1 Kontakt aufgenommen, ob ich bei ihr wohnen könnte für ca. 4 bis 5 Monate bis zur endgültigen Übersiedlung in die l1. Ab November habe ich in der Wohnung meines (zukünftigen) Ehegatten ein Kinderzimmer nach und nach eingerichtet und dafür die Möbel in die l1 verbracht. Eigentlich war dies nur eine Kinderwippe und ein Kinderbett und ein Kinderkasten. Meine eigene Kleidung hatte ich zum Teil in o1 bei meiner Schwester und den Rest, den ich gerade nicht benötigte, verpackt in Kartons bei meinen Eltern in o2. Die Karenzierungsvereinbarung und der Nachweis über die Kündigung des Dienstverhältnisses und Kopien aller Unterlagen über die Beantragung des Aufenthaltstitels in der l1 und eine Kopie der Heiratsurkunde folgen umgehend. Ich wurde informiert, dass innerhalb eines Monats ab dem 3.3.2011 eine Berufung gegen den Rückforderungsbescheid eingelegt werden muss, wenn der Mittelpunkt noch in Österreich war. Auf die Möglichkeit einer Aussetzung der Einhebung wurde hingewiesen. Für dieses Verfahren ist die Zustelladresse bei der Schwester in o1. Eingekauft habe ich bei Hofer/Lidl, das Geschäft hinter der Gemeinde. Ich habe nicht viel eingekauft, da meine Schwester für mich und meine Kinder gekocht hat.“

Laut Vorsprache der Bw und ihres Gatten vom 11. März 2011 wohne die gesamte Familie seit 22. Jänner 2011 in der l1. Man dürfe ohne Visum drei Monate in der l1 wohnen. Betten und Sachen seien jedoch bereits vor Weihnachten in die l1 verbracht worden. Die Bw und ihre Kinder seien von Freitag bis Samstag beim Vater in der l1 gewesen. Die Bw und ihre Kinder seien in der l1 noch nicht gemeldet. Der Antrag auf Aufenthaltsbewilligung laufe.

Mit Schriftsatz vom 7. April 2011 wurde rechtzeitig die Berufung gegen obgenannten Bescheid eingebbracht und wie folgt ausgeführt:

„Die Berufungswerberin hat gemeinsam mit ihren beiden Kindern bis 23.6.2010 in der Wohnung ihrer Eltern gewohnt. Da ihre Eltern die Wohnung wechselten und diese zu klein war, zog die Berufungswerberin mit ihren Kindern zu ihrer Schwester in o1. Sie wurde dort auch entsprechend mit Hauptwohnsitz gemeldet. Die Berufungswerberin sah sich zu diesem Schritt gezwungen, da sie sich nicht in der Lage sah eine eigene Wohnung zu finanzieren. Die

Berufungswerberin hat sich in der Folge sehr häufig bei ihren Eltern in o2 gemeinsam mit den beiden Kindern aufgehalten. Dies deshalb, da die Mutter schwer krebskrank ist und sich immer wieder einer Chemotherapie unterziehen musste. Die Berufungswerberin hat ihre kranke Mutter gepflegt und im Haushalt unterstützt bzw. für diese Hausarbeiten erledigt. Oftmals hat sie auch mit ihren Kindern bei der Mutter in o2 (im elterlichen Wohnzimmer) geschlafen. An den Wochenenden waren die Kinder großteils bei ihrem Vater, welcher in der I1 wohnt. Teilweise begleitete die Berufungswerberin ihre Kinder. Überwiegend hat sie jedoch in diesen Fällen bei ihren Eltern in o2 geschlafen, da sie durch die Nähe zum Wohnsitz des Kindesvaters (o3) rascher bei Problemen bei den Kindern sein konnte. Im Oktober 2010 stand fest, dass die Berufungswerberin und der Kindesvater im Jänner 2011 heiraten würden. In der Folge hat sie im Oktober 2010 begonnen ihren Hausrat in die Wohnung des Kindesvaters zu siedeln. Es befanden sich daher ab diesem Zeitpunkt lediglich noch die aller notwendigen Gegenstände in o1. Im Hinblick auf den Umstand, dass wie bereits ausgeführt sich die Berufungswerberin mit ihren Kindern in der Zeit von Juli bis Oktober 2010 großteils in o2 bei ihrer Mutter aufgehalten hat, waren die Gegenstände des täglichen Lebens in dieser Zeit zwischen o2 und o1 verteilt.

Die Berufungswerberin hatte während dieser Zeit auch ein aufrechtes Beschäftigungsverhältnis zu ihrem Arbeitgeber, bei welchem sie sich in Karenz befand. Diese Karenz endete mit 28. 1. 2011 und wurde in der Folge auch das Beschäftigungsverhältnis beendet. Die Berufungswerberin hat am 22. 1. 2011 den Kindesvater in der I1 geheiratet und wohnt seit dieser Zeit in der gemeinsamen Wohnung in o3. Eine polizeiliche Meldung in der I1 ist derzeit noch nicht möglich, da das Verfahren für die Zuerkennung eines Aufenthaltstitels in der I1 im Laufen ist.

Die Berufungswerberin ist genauso wie ihre Kinder österreichische Staatsbürgerin. Sie hatte im Zeitraum Juli 2010 bis Oktober 2010 einen Wohnsitz und auch den gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich. Auch der Mittelpunkt der Lebensinteressen befand sich im strittigen Zeitraum im Bundesgebiet. Sie hielt sich wie bereits ausgeführt nicht überwiegend an der Meldeadresse sondern bei ihren Eltern in o2 auf. Dieser Umstand ändert jedoch nichts daran, dass der gewöhnliche Aufenthalt in Österreich gegeben war.

Die Rückforderung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages für den Zeitraum Juli 2010 bis Oktober 2010 besteht nicht zu Recht. Es besteht jedenfalls Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den vorgenannten Zeitraum für beide Kinder."

Mit Berufungsvorentscheidung vom 22. Juli 2011 wurde die Berufung als unbegründet abgewiesen und hiezu wie folgt ausgeführt:

„Das Finanzamt hat die von Ihnen für Ihre Kinder erhaltene Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für die Monate 07/10 - 10/10 rückgefordert und dazu begründend ausgeführt:

Da Sie trotz Aufforderung die abverlangten Unterlagen nicht eingebracht haben, muss angenommen werden, dass im oben genannten Zeitraum kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestanden hat bzw. besteht.

Gemäß § 2 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) haben Personen Anspruch auf Familienbeihilfe, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben.

Gemäß § 2 Abs.8 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) haben Personen nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Inland haben.

Sie und Ihre Kinder sind zwar in o1 gemeldet.

An Hand der Nachschau an Ihrer Meldeadresse wurde jedoch festgestellt, dass es sich nur um eine Meldeadresse, jedoch nicht um einen ständigen Aufenthaltsort von Ihnen und Ihren Kindern in o1 handelt.

Es wurde festgestellt, dass keine Schlaggelegenheiten (Betten) für Sie und Ihre Kinder vorhanden ist.

Somit kann nicht angenommen werden, dass Sie und Ihre Kinder sich in Österreich aufhalten

Weiters haben Sie trotz Aufforderung die Karenzierungsvereinbarung mit Ihrem Dienstgeber nicht vorgelegt.

Dagegen haben Sie fristgerecht Berufung eingelegt und zusammengefasst folgendes dem Finanzamt mitgeteilt:

Bis zum 23.06.2010 hätten Sie mit Ihren beiden Kindern in der Wohnung Ihrer Eltern in o2 gewohnt. Da Ihre Eltern die Wohnung wegen der beengten räumlichen Verhältnisse gewechselt haben, seien Sie mit Ihren Kindern zu Ihrer Schwester nach o1 gezogen und hätten sich dort mit Ihrem Hauptwohnsitz gemeldet. Dies deshalb, weil Sie sich eine eigene Wohnung finanziell nicht leisten konnten. Sie hätten sich jedoch in der Folge sehr häufig bei Ihren Eltern in o2 aufgehalten und dort Ihre kranke Mutter gepflegt und im Haushalt unterstützt. Oftmals hätten Sie auch mit Ihren Kindern bei der Mutter im elterlichen Wohnzimmer geschlafen. An den Wochenenden seien die Kinder großteils bei Ihrem Vater gewesen, der in der l1 wohnt und Sie hätten die Kinder dorthin teilweise begleitet.

Überwiegend hätten Sie jedoch in diesen Fällen bei Ihren Eltern in o2 geschlafen, da Sie durch die Nähe des Wohnsitzes des Kindesvaters (o3) rascher bei Problemen bei den Kindern sein konnten. Im Herbst 2010 sei festgestanden, dass Sie den Kindesvater im Jänner 2011 heiraten würden und deswegen hätten Sie im Oktober 2010 begonnen, den Hausrat in die Wohnung des Kindesvaters zu siedeln und deshalb hätten sich ab diesem Zeitpunkt lediglich

die allernotwendigsten Gegenstände in o1 befunden. Im Hinblick auf den Umstand, dass Sie sich in der Zeit von Juli bis Oktober 2010 **großteils** in o2 bei Ihrer Mutter aufgehalten hätten, seien die Gegenstände des täglichen Lebens in dieser Zeit zwischen o2 und o1 verteilt gewesen.

Nach der Geburt Ihres jüngsten Kindes k1 am 09.10.2009 hätten Sie mit Ihrem Dienstgeber einen (unbezahlten) Karenzurlaub bis zum 31.10.2010 vereinbart, der sodann ab dem 02.11.2010 bis zum 15.01.2011 in einen außerordentlichen Karenzurlaub (danach Kündigung) umgewandelt worden ist.

Zusammenfassend möchten Sie betonen, dass sowohl Sie als Berufungswerberin als auch Ihre Kinder Österreichische Staatsbürger seien und sich im strittigen Zeitraum der Lebensmittelpunkt von Ihnen und Ihren Kindern im Bundesgebiet befunden hätte. Sie hätten sich, wie bereits ausgeführt, nicht überwiegend an der Meldeadresse in o1 bei Ihrer Schwester, sondern bei Ihren Eltern in o2 aufgehalten. Dies ändere nichts daran, dass der gewöhnliche Aufenthalt in Österreich gegeben war.

Aus dem Akt ergeben sich noch folgende zusätzliche Sachverhaltselemente:

Da bereits im Zuge des Verfahrens hinsichtlich des jetzt mit Berufung bekämpften Bescheides hinsichtlich des Aufenthaltsortes in Österreich von Mutter und Kind Widersprüchlichkeiten aufgetreten sind, hat das Finanzamt am 15.12.2010 einen Lokalaugenschein hinsichtlich des Aufenthaltsortes von Ihnen und Ihrer Kinder an Ihrer Meldeadresse in o1 durchgeführt.

Dabei hat sich ergeben, dass ein Haustrat für Sie und Ihre Kinder in der Wohnung Ihrer Schwester lt. Berufungsschrift für einen längeren Aufenthalt nicht vorhanden und aufgrund der räumlichen Verhältnisse ein längerer Aufenthalt von Ihnen und Ihren Kinder zusammen mit der Familie ihrer Schwester praktisch unmöglich war (Beweisfotos wurden angefertigt). Den Bediensteten des Finanzamtes wurde mitgeteilt, dass Sie nur ab und zu hier übernachten und dabei auf der Couch im Wohnzimmer übernachten würden. Die Kinder seien meistens bei den Großeltern in o2. Sie selbst seien hier nur gemeldet und würden sich hier nie länger aufhalten, sondern nur besuchsweise etwa alle 2 Wochen.

Aufgrund dieser Aussage sind die Bediensteten des Finanzamtes zu den Eltern nach o2 gefahren. Dort haben Sie von Ihren Eltern erfahren, dass Sie seit Mai/Juni (2010) nicht mehr in o2 bei Ihren Eltern wohnen würden. Anlässlich des Umzuges nach o1 hätten Sie die ganzen Sachen mitgenommen.

Anlässlich einer persönlichen Vorsprache beim Finanzamt am 14.03.2011 haben Sie bekannt

gegeben, dass Sie ab November 2010 in der Wohnung Ihres nunmehrigen Ehegatten nach und nach ein Kinderzimmer eingerichtet hätten und Ihre eigene Kleidung z.T. in o1 bzw. bei Ihren Eltern in o2 aufbewahrt hätten. Auf die Frage des Sachbearbeiters, in welchen Geschäften Sie in o1 die benötigten Lebensmittel eingekauft hätten, haben Sie geantwortet, dass Sie nicht viel eingekauft hätten, da bei Ihren Aufenthalten in o1 Ihre Schwester für Sie und für Ihre Kinder (ca 1 Jahr und 2,8 Jahre alt) gekocht hätte.

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

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs. 3 FLAG unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2 BAO zu beurteilen (vgl. etwa die Erkenntnisse vom 17. Dezember 2009, ZI. 2009/16/0221, vom 18. November 2009, ZI. 2008/13/0072, vom 21. September 2009, ZI. 2009/16/0178, vom 22. April 2009, ZI. 2008/15/0323, und vom 28. November 2007, ZI. 2007/15/0055).

Nach § 26 Abs. 2 BAO hat jemand den gewöhnlichen Aufenthalt dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt. Wenn Abgabenvorschriften die unbeschränkte Abgabepflicht an den gewöhnlichen Aufenthalt knüpfen, tritt diese jedoch stets dann ein, wenn der Aufenthalt im Inland länger als sechs Monate dauert. In diesem Fall erstreckt sich die Abgabepflicht auch auf die ersten sechs Monate.

Die Frage des ständigen Aufenthaltes iSd § 5 Abs. 3 FLAG ist somit nicht nach den subjektiven Gesichtspunkten, sondern nach dem objektiven Kriterium der grundsätzlichen **körperlichen Anwesenheit** zu beantworten (vgl. das o.a. Erkenntnis vom 21. September 2009). Ein nicht nur vorübergehendes Verweilen liegt vor, wenn sich der Aufenthalt über einen längeren Zeitraum erstreckt (vgl. o.a. Erkenntnis vom 28. November 2007).

Gemäß § 2 Abs. 8 FLAG 1967 in der Fassung BGBI. I Nr. 2005/100 haben Personen nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben. 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 Sinne des § 2 Abs. 8 FLAG 1967 haben. Unter persönlichen Beziehungen sind dabei all jene zu verstehen, die jemanden aus in seiner Person liegenden Gründen, insbesondere auf Grund der Geburt, der Staatsangehörigkeit, des Familienstandes und der

Betätigung religiöser und kultureller Art, an ein bestimmtes Land binden. 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 (vgl. die Erkenntnisse vom 28. Oktober 2008, ZI. 2008/15/0114, und vom 28. Mai 2008, ZI. 2007/15/0279).

Die Familienbeihilfe wird vom Beginn des Monats gewährt, in dem die Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt werden. Der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschließungsgrund hinzukommt (§ 10 Abs 2 FLAG 1967).

Im vorliegenden Fall hatte sich das Finanzamt sich mit einem (behaupteten) Sachverhalt auseinanderzusetzen, der den Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens und der allgemeinen Lebenserfahrung widerspricht. Lt. polizeilicher Meldung hatten Sie im strittigen Zeitraum Ihren **Hauptwohnsitz** in o1, von dem Sie selbst in der Berufungsschrift bestätigen, dass Sie sich überwiegend nicht an der Meldeadresse mit Hauptwohnsitz in o1, sondern bei Ihren Eltern in o2 (einem Nachbarort kurz nach der Grenze zur I1 - It. Berufungsschrift konnten Sie bei Problemen rasch zur Stelle sein) aufgehalten hätten. Ihre Eltern in o2 dagegen haben eindeutig und glaubhaft ausgesagt, dass Sie seit Mai/Juni 2010 nicht mehr bei ihnen in o2 wohnen würden und Sie anlässlich des Umzuges Ihre ganzen Sachen mitgenommen hätten. Die vorgefundenen räumlichen Verhältnisse bei Ihren Eltern und bei Ihrer Schwester lassen nicht den Schluss zu, dass Sie sich, außer zu kurzen Besuchszwecken, dort mit Ihren Kindern aufgehalten hätten. Es ist vielmehr anzunehmen, dass Sie sich spätestens ab dem 23.06.2010 zusammen mit Ihren Kindern beim Kindesvater und zukünftigen Ehegatten, der unstrittig in der I1 seinen Wohnsitz hat, überwiegend aufgehalten haben und die Adresse in o1 nur eine inländische Meldeadresse war bzw. Sie bei Ihren Eltern ausgezogen sind. Für die Tatsache, dass Ihre engeren persönlichen wirtschaftlichen und kulturellen Beziehungen nicht in Österreich lagen ist noch anzuführen, dass Sie selbst gegenüber dem Finanzamt bekannt gegeben haben, dass Sie in Österreich nur sehr wenige Lebensmittel einkaufen würden, sondern die Schwester für Sie und Ihre Kinder kochen würde, wenn Sie It. Aussage der Schwester etwa alle 2 Wochen zu Besuch nach o1 gekommen sind.

Zusammenfassend geht das Finanzamt aufgrund der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens und der allgemeinen Lebenserfahrung davon aus, dass Sie sich als Mutter zusammen mit Ihren (Klein)Kindern überwiegend beim Kindesvater und nunmehrigen Ehegatten in der I1

aufgehalten haben. Sowohl bei den Eltern in o2 als auch bei der Meldeadresse in o1 haben Sie sich nur besuchsweise in Österreich aufgehalten.

Gemäß § 33 Abs. 4 Z 3 lit.a EStG 1988 steht einem Steuerpflichtigen, dem auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag für jedes Kind zu. Mangels Anspruches auf Familienbeihilfe für den strittigen Zeitraum waren auch die Kinderabsetzbeträge rückzufordern.

Die Verpflichtung zur Rückzahlung von zu Unrecht bezogenen Familienbeihilfen ist sehr weitgehend, zumal sie ausschließlich auf objektiven Sachverhalten beruht und auf subjektive Momente, wie Verschulden und Gutgläubigkeit, keine Rücksicht nimmt. Die Rückzahlungspflicht besteht daher auch dann, wenn der unrechtmäßige Bezug z.B ausschließlich auf einer Fehlleistung der Abgabenbehörde beruht. Ebenso ist rechtlich unbeachtlich, dass die Rückforderung eine Härte bedeutet (siehe VwGH vom 13.03.1991, ZI. 90/13/0241), sowie der Umstand, dass die, objektiv gesehen, zu Unrecht bezogene Familienbeihilfe bzw. Kinderabsetzbeträge inzwischen gutgläubig verbraucht worden sind, weil die Bestimmung des § 26 Abs 1 FLAG ausschließlich auf die objektive Unrechtmäßigkeit des Bezuges der Familienbeihilfe bzw. Kinderabsetzbeträge abstellt (siehe auch VwGH vom 28.11.2002. ZI. 2002/13/0079-5) .

In diesem Zusammenhang darf darauf hingewiesen werden, dass nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ein sog. "gutgläubiger Verbrauch" die Verpflichtung zur Rückerstattung von zu Unrecht bezogener Beihilfen und Kinderabsetzbeträge nicht aufhebt, da diese Verpflichtung von subjektiven Momenten unabhängig, sondern allein an die Voraussetzungen des Fehlens der Anspruchsvoraussetzungen für den Leistungsbezug geknüpft ist (siehe dazu VwGH vom 09.07.2008, ZI. 2005/13/0142 mit weiteren Nachweisen)

Der Begriff "Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge" bedeutet ohne einen Schuldvorwurf, dass sich später herausgestellt hat, dass die Voraussetzungen für die Gewährung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge sich nachträglich geändert haben bzw. nicht mehr vorliegen."

Mit Schriftsatz vom 25. August 2011 wurde der Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz gestellt und hiezu wie folgt entgegnet:

„Mit Bescheid vom 3. März 2011 erfolgte die Rückforderung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages für die Kinder k2 und k1 für den Zeitraum Juli 2010 bis Oktober 2010.

Die dagegen erhobene Berufung vom 7. April 2011 wurde nunmehr mittels Berufungsvorentscheidung vom 22. Juli 2011, zugestellt am 25. Juli 2011, abgewiesen. Es wird hiermit die Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde 11. Instanz beantragt.

Das Finanzamt führt in seiner Berufungsvorentscheidung als Begründung im Wesentlichen aus, dass kein Anspruch auf Familienbeihilfe für den strittigen Zeitraum bestünde, da anzunehmen sei, dass sich die Berufungswerberin spätestens ab 23. Juni 2010 gemeinsam mit ihren Kindern beim Kindesvater in der I1 aufgehalten habe. Es bestehe daher kein Anspruch auf Familienbeihilfe. Dem kann nicht beigeplichtet werden.

Die Berufungswerberin hat unstrittig bis 23. Juni 2010 mit ihren beiden Kindern in der Wohnung ihrer Eltern in o2 gewohnt. Da die Eltern der Berufungswerberin die Wohnung wechselten und diese neue Wohnung nunmehr kleiner war, konnte die Berufungswerberin mit ihren Kindern im Hinblick auf die aufenthaltsrechtlichen Bestimmungen, welche für die Eltern Anwendung finden, nicht mehr bei ihnen weiter wohnen. Das Finanzamt behauptet, dass in der Berufung ausgeführt ist, dass die Eltern die Wohnung wegen der beengten räumlichen Verhältnisse gewechselt haben.

Dies wurde zu keinem Zeitpunkt in der Berufung behauptet. Da die Berufungswerberin sich keine eigene Wohnung finanziell leisten konnte, wechselte sie ihren Wohnsitz zu ihrer Schwester nach o1. Diese verfügt dort über eine 4-Zimmerwohnung, bestehend aus einem Wohnzimmer, einem Schlafzimmer und zwei Kinderzimmern sowie Küche, Bad und WC. Eines der Kinderzimmer wurde der Berufungswerberin und ihren Kindern zur Verfügung gestellt. In diesem hat ein Kind geschlafen. Die Berufungswerberin hat mit ihrem zweiten Kind im Wohnzimmer auf einer Schlafcouch zur Gewährleistung der Nachtruhe geschlafen. Dies stellt bei zwei kleinen Kindern keine ungewöhnliche Vorgangsweise dar. Den Haustrat für sich selbst und ihre Kinder wurden beim Wohnungswechsel überwiegend in Schachteln verpackt und im Keller der Schwester deponiert. Dies deshalb, da sie den üblichen Haustrat nicht benötigte, da es sich hiebei ja nicht um eine eigenständige Wohnung, sondern um ein Mitleben im Wohnungsverband, handelte.

Das Finanzamt vermeint auf Grund eines Lokalaugenscheines, welcher am 15. Dezember 2010 in o1 durchgeführt wurde, schließen zu können, dass mangels Vorfinden eines Haustrates die Berufungswerberin mit ihren Kindern bereits ab Juni 2010 in der I1 aufhältig war. Dies obwohl die Berufungswerberin selbst mehrmals ausführt, dass sie vermutlich ab Oktober 2010, spätestens ab November 2010, begonnen hat, den Haustrat in die Wohnung des Kindesvaters in die I1 zu siedeln.

Ein Lokalaugenschein im Dezember 2010 vermag keine Aufschlüsse darüber zu geben, wie die Verhältnisse im strittigen Zeitraum (Juli bis Oktober 2010) waren. Auch die Information, dass die Berufungswerberin nur ab und zu in o1 übernachteten und dabei auf der Couch im Wohnzimmer schlafen würde, vermag den Standpunkt des Finanzamts nicht zu untermauern. Dies auch deshalb, weil auch die Berufungswerberin selbst ausführt, dass sie sich überwiegend nicht an der Meldeadresse, sondern bei ihren Eltern in o2, aufgehalten hat. Auch die Kinder sind meistens bei den Großeltern in o2 gewesen. Auch dies wird durch das Finanzamt so bestätigt. Auch der Umstand, dass die Berufungswerberin in o1 nicht viel eingekauft hat, bestätigt lediglich die Angaben der Berufungswerberin und ergibt sich dieser Umstand logischerweise aus der Tatsache, dass die Berufungswerberin sich im Wohnungsverband ihrer Schwester bzw. überwiegend in o2 aufgehalten hat. Hiezu ist kein Widerspruch darin erkennbar, dass die Eltern der Berufungswerberin ausführten, dass die Tochter im Mai/Juni 2010 ausgezogen sei und ihre Sachen mitgenommen hätte. Da die Berufungswerberin nicht mehr polizeilich bei ihren Eltern gemeldet ist, ist sie für diese auch nicht mehr bei ihnen wohnhaft.

Die Berufungswerberin verfügte im fraglichen Zeitraum über ein Gehaltekonto bei der b. Überdies hatte sie eine Pensionsvorsorge mittels b1 Fondspolizze eingerichtet und wurden monatliche Beiträge von € 50,00 geleistet. Nach ihrer Eheschließung im Jänner 2011 hat sie diese Pensionsvorsorge aufgekündigt und erfolgte die Abrechnung und Auszahlung im Februar 2011. Weiter hatte die Berufungswerberin einen Bausparvertrag abgeschlossen und zahlte hiefür monatliche Beiträge von € 83,34. Dieser Bausparvertrag wurde bis zu seinem zeitlichen Ablauf im März 2011 regelmäßig bedient. Weiters verfügte die Berufungswerberin über ein Sparbuch bei der b11 und zahlte sie hierauf monatlich € 600 ein. Sie hatte auch einen PKW in Österreich und war dieser bei der s1 Versicherung versichert, wofür monatliche Zahlungen von € 35,70 zu leisten waren bzw. diese eingezogen wurden.

Nach der Eheschließung hat die Berufungswerberin im Frühjahr 2011 den PKW verkauft damit auch die Versicherung aufgekündigt.

Der Lebensmittelpunkt der Berufungswerberin befand sich im streitgegenständlichen Zeitraum in Österreich. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes muss die Wohnung den Mittelpunkt der Lebensinteressen bilden, auch ist unerheblich ob es sich hiebei um eine Wohnung oder eine beengte Wohnsituation handelt oder ob diese standesgemäß ist. Auch eine ununterbrochene Benützung ist nicht nötig, es reicht, wenn die Wohnmöglichkeit immer wieder benutzt wird. Die gesamte unmittelbare Verwandtschaft der Berufungswerberin lebt in Österreich. Wie bereits mehrmals aufgeführt leben ihre Eltern in o2, ebenso die jüngste Schwester, welche noch minderjährig ist.

Darüber hinaus hat die Berufungswerberin noch vier weitere Geschwister, welche in I wohnhaft sind. Konkret wohnte eine Schwester, bei der sie auch ihren Wohnsitz gemeldet hat, in o1, eine Schwester in o4 und eine weitere Schwester in o2 (getrennt von den Eltern) sowie ein Bruder in o2 mit eigenem Haushalt. Die familiäre Bindung mit ihren Geschwistern sowie ihren Eltern ist sehr stark. Die Berufungswerberin hat wie bereits in der Berufung ausgeführt ihre schwer krebskranke Mutter, welche mittlerweile im Mai 2011 verstorben ist, gepflegt und im Haushalt unterstützt. Auf Grund der immer wiederkehrenden und nötigen sowie sehr belastenden Chemotherapien war diese Unterstützung im großen Ausmaß nötig und hat sie sich wie bereits in der Berufung ausgeführt dadurch gemeinsam mit ihren Kindern überwiegend bei ihren Eltern in o2 sowie der noch schulpflichtigen Schwester aufgehalten.

Dazwischen ist sie immer zwischen ihren Geschwistern gependelt und hat dort auch bei Bedarf übernachtet und "mitgelebt". Längere Aufenthalte bei den einzelnen Geschwistern sind jedoch nicht vorgelegen.

Die Berufungswerberin befand sich im strittigen Zeitraum in einer Karenz nach dem Mutterschutzgesetz. Das Finanzamt führt aus, dass in der Berufung behauptet wird, dass die Berufungswerberin vom 9. Oktober 2009 bis 31. Oktober 2010 einen unbezahlten Karenzurlaub vereinbart hätte und ab 2. November 2010 bis 15. Jänner 2011 einen außerordentlichen Karenzurlaub. Diese Ausführungen wurden zu keinem Zeitpunkt in der Berufung gemacht. In der Berufung ist klar ausgeführt, dass die Berufungswerberin während der strittigen Zeit ein aufrechtes Beschäftigungsverhältnis hatte und sie sich in Karenz befand. Diese Karenz endete im Jänner 2011 und wurde in der Folge auch das Beschäftigungsverhältnis beendet. Es darf darauf hingewiesen werden, dass nach den Bestimmungen des Mutterschutzgesetzes ein Karenzanspruch bis zur Vollendung des zweiten Lebensjahres des Kindes besteht. Da das jüngste Kind am 9. Oktober 2009 geboren wurde, würde Anspruch auf Karenz bis 8. Oktober 2011 bestehen, ohne dass es sich hiebei um einen außerordentlichen Karenzurlaub oder der gleichen handeln würde. Auch eine vereinbarte Karenz vor Vollendung des zweiten Lebensjahres des Kindes entspricht einer gesetzlichen Karenz und unterliegt den Bestimmungen des Mutterschutzgesetzes ebenso eine Verlängerung der ursprünglich mitgeteilten kurzen Karenz.

Es ist daher zusammenfassend jedenfalls davon auszugehen, dass während des strittigen Zeitraumes ein Beschäftigungsverhältnis in Österreich aufrecht war und sich die Berufungswerberin in einer gesetzlichen Karenz befand.

Die Berufungswerberin hat sämtliche Mutterkindpassuntersuchungen in Österreich vorgenommen.

Sie befand sich bei Dr. a sowie beim Kinderarzt Dr. a2 in Betreuung.

Die Berufungswerberin war im strittigen Zeitraum bis Mitte Juni 2011 in o1 polizeilich gemeldet. Ab der Eheschließung mit dem Kindervater im Jänner 2011 war sie mit ihren Kindern beim Kindesvater in der I1 aufhältig. Dies war so auch dem Finanzamt fa bekannt.

Ungeachtet dessen hat das Finanzamt fa der ka in s2 im April 2011 mitgeteilt, dass die Berufungswerberin nicht mehr in Österreich angemeldet ist. Dies obwohl eine ZMR Abfrage ganz genau das Gegenteil dokumentiert. Drei Monate später, im Juli 2011, erlässt das Finanzamt fa eine Berufungsvorentscheidung und stellt diese an die Adresse in o1 zu, obwohl nach ihren im April 2011 gemachten eigenen Angaben, welche jedoch nicht der Tatsache entsprachen, die Berufungswerberin bereits im April nicht mehr in Österreich angemeldet gewesen sei.

Im Juli 2011 war laut ZMR Abfrage die Berufungswerberin tatsächlich nicht mehr in Österreich polizeilich gemeldet. Es erfolgte ungeachtet dessen eine Zustellung an eine Adresse, welche laut eigenen Angaben des Finanzamtes schon im April 2011 nicht mehr gültig gewesen sei.

Im Hinblick auf die tatsächliche Gestaltung der Dinge, welche für den Berufungsfall maßgebend ist, ist für den strittigen Zeitraum jedenfalls davon auszugehen, dass sich die Berufungswerberin und ihre Kinder überwiegend in Österreich aufhielten und auch den Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich hatten. Es besteht daher jedenfalls Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den strittigen Zeitraum.“

Als Beweise wurden ein Konvolut an Kontoauszügen, Meldebestätigungen und ein Schreiben der ka angeführt.

Im Vorlagebericht des Finanzamtes vom 12. September 2011 wurde wie folgt dazu Stellung genommen:

„Laut Fax des Arbeitgebers der Bw vom 18.10.2010 wurde ein außerordentlicher Karenzurlaub für die Zeit vom 2.11.2010 – 15.01.2011 vereinbart. Laut persönlicher Vorsprache der Bw am 14.3.2011 (niederschriftlich festgehalten) wurde dem Finanzamt von der Bw folgendes mitgeteilt: „Nach der Geburt meines zweiten Kindes hatte ich Platzprobleme in der Wohnung meiner Eltern in o2. Für dieses Verfahren ist die Zustelladresse bei der Schwester in o1. Aus dem im Akt befindlichen Rückschein geht eindeutig und zweifelsfrei hervor, dass diesem Antrag vollinhaltlich entsprochen worden ist. Gemäß § 115 BAO müssen die Abgabenbehörden die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse ermitteln. Aus diesem Grunde wurden durch das Finanzamt Lokalaugenscheine durchgeführt. Dabei hat die Schwägerin der Bw, bei der diese mit dem Hauptwohnsitz in Österreich gemeldet ist, bekannt gegeben, dass die Bw sich

„nur ab und zu hier bei ihr aufhalte. Die restliche Zeit verbringe diese bei den Eltern in o2 oder beim Freund in der l1. Wenn die Schwägerin hier übernachte, so schlafe sie auf der Couch im Wohnzimmer; die Kinder seien meistens bei den Großeltern in o2. Die Schwägerin sei hier nur gemeldet und halte sich hier nie länger auf; höchstens 1 x in 1 – 2 Wochen. Eine zusätzliche Wohnungsausstattung für 2 Kinder und deren Mutter wurde nicht vorgefunden. Aufgrund dieser Aussage sind die Beamten des Finanzamtes zur Wohnadresse der Großeltern in o2 gefahren. Dabei haben diese ausgesagt, dass ihre Tochter und deren Kinder seit Mai/Juni 2010 nicht mehr bei ihnen wohnen würde. Nach dem Wohnungswechsel der Eltern in o2 habe die Tochter (Bw) ihre ganzen Sachen mitgenommen und nach o1 gebracht (in o1 wurde nichts vorgefunden). Aus den Aussagen der Schwägerin und der Eltern der Bw ergibt sich für das Finanzamt eindeutig, dass die Bw und deren Kinder ab dem 23. 6. 2011 sich nicht mehr ständig in Österreich aufhalten, sondern ständig in der l1 beim Kindesvater. Dies deshalb weil die Schwägerin glaubhaft ausgesagt hat, dass sich die Bw nur ab und zu besuchsweise bei ihr aufhalte und nur melderechtlich bei ihr gemeldet sei (selbst die Bw geht nach eigenen Angaben davon aus, dass sie in Österreich nur wenig eingekauft hätte, da immer ihre Schwester für sie und ihre Kinder gekocht hätte, wenn sie diese besucht hat (lt. Schwägerin eventuell 1 x alle 1 – 2 Wochen). Unregelmäßige Besuche bei den Verwandten in Österreich höchstens 1 x in der Woche begründen keinen Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich. Im ggstdl Fall ist davon auszugehen, nachdem die Bw nach eigenen Angaben wegen beengter räumlicher Verhältnisse bei den Eltern ausgezogen ist und da die räumlichen Verhältnisse bei der Schwägerin und deren Familie auch nicht besser sind, Mutter und Kinder zum Kindesvater in die l1 gezogen sind und sich dort die engeren familiären und sozialen Bindungen befinden. Eine körperliche Anwesenheit von Mutter und Kinder in Österreich war nur besuchsweise gegeben. Hinsichtlich der Indizwirkung einer polizeilichen Meldung bzw. Unterhalt eines Bankkontos darf hingewiesen werden, dass die Abmeldung unstrittig erst am 15.6.2011 bzw. am 30.6.2011 erfolgt ist, obwohl bereits anlässlich des Lokalaugenscheines des Finanzamtes am 15.12.2010 eindeutig und zweifelsfrei festgestanden ist (siehe auch Vorlageantrag – Gewährung FB bis 10/10), dass sowohl der Hauptwohnsitz als auch der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Bw und deren Kinder beim Kindesvater in der l1 gelegen sind, denn dorthin bestanden die engeren familiären und persönlichen Beziehungen (Verehelichung mit dem Kindesvater dann im Jänner 2011). Nach Ansicht des Finanzamtes wird hier ein Sachverhalt behauptet, der nur dem Zweck dient, familienbezogene Leistungen, die nur in Österreich gewährt werden, möglichst lange zu beziehen und für diesen Zweck eine Meldeadresse mit Hauptwohnsitz in Österreich so lange wie möglich aufrecht erhalten wird. Die anlässlich der persönlichen Vorsprache versprochenen weiteren Unterlagen wurden nicht nachgereicht.“

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 2 Abs. 1 FLAG 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben nach lit. a für minderjährige Kinder einen Anspruch auf Familienbeihilfe. Nach Abs. 8 der genannten gesetzlichen Bestimmung haben Personen nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben. Eine Person hat den Mittelpunkt der Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.

Eine Person hat den Mittelpunkt der Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat (§ 2 Abs 8 letzter Satz).

Im Erkenntnis vom 19.2.1987, 86/16/0198, hat der VwGH dargetan, dass die auf die einzelnen Wohnsitze entfallenden Aufenthaltszeiten ein bedeutsames quantitatives Kriterium dafür seien, wo der Mittelpunkt der Lebensinteressen einer Person bestehe.

Der VwGH führt im Erkenntnis vom 30.1.1990, 89/14/0054, Folgendes aus:

„Unter persönlichen sind dabei all jene Beziehungen zu verstehen, die jemand aus in seiner Person liegenden Gründen aufgrund der Geburt, der Staatszugehörigkeit, des Familienstandes und der Tätigkeiten religiöser und kultureller Art, mit anderen Worten nach allen Umständen, die den eigentlichen Sinn des Lebens ausmachen, an eine bestimmtes Land binden, während den wirtschaftlichen Beziehungen nur eine weitergehenden Zwecken dienende Funktion zukommt (vgl. VwGH 25.2.1970, Zl. 1001/69). Der Verwaltungsgerichtshof hat wiederholt ausgesprochen, dass die stärkste persönliche Beziehung eines Menschen im Regelfall zu dem Ort besteht, an dem er regelmäßig mit seiner Familie lebt, dass also der Mittelpunkt der Lebensinteressen einer verheirateten Person regelmäßig am Ort des Aufenthaltes ihrer Familie zu finden sein wird. Diese Annahme setzt allerdings im Regelfall die Führung eines gemeinsamen Haushaltes sowie als weiteren Umstand das Fehlen ausschlaggebender und stärkerer Bindungen zu einem anderen Ort, etwa aus beruflichen oder gesellschaftlichen Gründen voraus (vgl. VwGH 30.5.1985, Zl. 83/16/0177 = VwSlg. Nr. 6006/F sowie die darin zitierte Vorjudikatur; ferner vom 19.2.1987, Zl. 86/16/0198, 27.10.1988, Zl. 88/16/0068 und 15.3.1989, Zl. 88/16/0229).“

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. VwGH 19.9.1979, Zl. 2365/78, 2051/79 =VwSlg. Nr. 5401/F).“

Nach der ständigen Rechtsprechung kann eine Person zwar mehrere Wohnsitze, jedoch nur einen Mittelpunkt der Lebensinteressen haben (vgl. VwGH 18.1.1996, 93/15/0145). (Nowotny in Csaszar/Leneis/Wanke, FLAG, § 2 Rz 14 bis 16).

Im vorliegenden Berufungsfall ist strittig, ob sich der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Kindesmutter aufgrund der vom Finanzamt in seinen Bescheiden dargestellten Ausführungen tatsächlich nicht in Österreich befunden hat.

Das Finanzamt hat diesbezüglich folgende Sachverhaltsfeststellungen getroffen:

Laut Anfragedaten vom 19. Oktober 2010 war die Kindesmutter vom 22. April 2009 bis 23. Juni 2010 bei ihren Eltern in o2, adr, polizeilich gemeldet. Ab 23. Juni 2010 bis zum Datum der Abfrage war die Bw beim Schwager in o1, adr2, polizeilich gemeldet.

Laut Personendatenauszug vom 3. März 2011 hat die Bw im Januar 2011 den Kindsvater, welcher in der I1 wohnt, geheiratet.

In der Niederschrift vom 9. September 2010 hat der Sachbearbeiter des Finanzamtes folgende Angaben des Schwagers der Bw, wohnhaft adr2 in o1 protokolliert:

Die Bw sei seine Schwägerin und sie halte sich nur ab und zu hier auf. Die restliche Zeit würde sie bei den Eltern oder beim Freund in der I1 verbringen. Wenn sie hier übernachtet, würde sie auf der Couch im Wohnzimmer schlafen. Die Kinder würden sich meistens bei den Großeltern aufhalten. Laut den Sachverhaltsdarstellungen befindet sich in der Wohnung ein Wohn-, Eltern-, Kinder- und Arbeitszimmer sowie kein weiteres Bett. Die Bw sei hier nur gemeldet, aber sie habe sich hier nie länger aufgehalten – eventuell einmal in ein bis zwei Wochen.

In der Niederschrift vom 9. September 2010, welche über den Sachverhalt in der Elternwohnung in o2 aufgenommen wurde, hielt der Sachbearbeiter des Finanzamtes folgendes fest:

Der Vater der Bw gibt an, dass seine Tochter seit Mai/Juni 2010 nicht mehr bei den Eltern wohne. Bis zum Umzug der Eltern hätte ihre Tochter mit den Kindern bei den Eltern gewohnt. Danach wäre sie nach o1 gezogen und habe auch ihre Sachen mitgenommen. Als Zimmer waren ein Wohnzimmer, Küche, Kinder- (für die Tochter n4) sowie ein Elternzimmer angegeben. Andere Schlafgelegenheiten seien nicht vorhanden gewesen. Die vom Sachbearbeiter aufgenommenen Angaben wurden noch mittels Bildmaterial dokumentiert und präzisiert.

Laut Niederschrift vom 14. März 2011 gab die Bw weiters zu Protokoll:

Nach der Geburt ihres zweiten Kindes habe sie Platzprobleme in der Wohnung ihrer Eltern gehabt. Deshalb habe sie mit ihrer Schwester in o1 Kontakt aufgenommen und sie gefragt, ob sie bei ihr für ca. 4 bis 5 Monate bis zum endgültigen Umzug in die I1 zum Kindesvater wohnen könne. Ab November habe sie in der Wohnung ihres (zukünftigen) Ehegatten ein Kinderzimmer nach und nach eingerichtet und dafür Möbel in die I1 verbracht. Eigentlich seien dies nur eine Kinderwippe, ein Kinderbett und ein Kinderkasten gewesen. Ihre eigene Kleidung habe sie zum Teil in o1 bei ihrer Schwester und den Rest, den sie gerade nicht benötigte, verpackt in Kartons bei ihren Eltern gelagert. Die Karenzierungsvereinbarung und der Nachweis über die Kündigung des Dienstverhältnisses, Kopien aller Unterlagen über die Beantragung des Aufenthaltstitels in der I1 und eine Kopie der Heiratsurkunde würden umgehend folgen. Eingekauft habe sie bei Hofer/Lidl hinter der Gemeinde. Sie habe nicht viel gekauft, da ihre Schwester für sie und ihre Kinder gekocht hat.

Laut Bestätigung der Familienausgleichskasse vom 25. Januar 2011 gab der Kindesvater an, dass die Bw mit den Kindern zusammen in Österreich leben würde. Die Wohnsitzbestätigungen der Mutter und Kinder sei am 24. Januar 2011 bei der Familienausgleichskasse eingegangen. Die Dienstgeberin der Bw gab mit Schreiben vom 11. März 2011 bekannt, dass die Bw in der Zeit vom 18.10.2004 bis 15.01.2011 im genannten Unternehmen als Handelsarbeiterin beschäftigt gewesen ist. Ebenfalls bestätigt wurde im Schreiben vom 25. Februar 2010, dass die Bw mit ihrer Dienstgeberin für die Zeit vom 29.1. bis 31.10.2010 einen Karenzurlaub vereinbart habe. In einer zweiten Bestätigung wurde die Vereinbarung über einen außerordentlichen Karenzurlaub vom 2.11.2010 bis 15.1.2011 vorgelegt. Laut Schreiben vom 24. Januar 2011 erfolgte die Kündigung durch die Bw nach Beendigung der Karenzzeit per 15.1.2011.

In der Berufungsschrift vom 7. April 2011 wurde angegeben, dass sich die Bw sehr häufig bei ihren Eltern in o2 gemeinsam mit den Kindern aufgehalten habe. Dies wurde mit der Krebskrankheit und den Chemotherapien der Mutter der Bw begründet. Die Bw habe ihre kranke Mutter gepflegt und im Haushalt geholfen. Sie habe auch im elterlichen Wohnzimmer bei ihren Eltern öfters geschlafen. An den Wochenenden seien ihre Kinder großteils bei ihrem Vater in der I1 gewesen. Teilweise habe die Bw ihre Kinder begleitet, überwiegend sei sie jedoch bei ihren Eltern in o2 geblieben und habe dort auch genächtigt, da sie durch die Nähe zum Wohnsitz des Kindesvaters rascher bei Problemen vor Ort bei den Kindern in der I1 sein konnte. Aufgrund des Umstandes, dass sich die Bw mit ihren Kindern in der Zeit von Juli bis Oktober 2010 großteils in o2 bei ihrer Mutter aufgehalten hat, seien die Gegenstände des täglichen Lebens in dieser Zeit zwischen o2 und o1 verteilt gewesen. Die Bw habe während dieser Zeit auch ein aufrechtes Beschäftigungsverhältnis zu ihrer Arbeitgeberin gehabt, wobei sie sich jedoch in Karenz befand. Die Bw habe am 22. Januar 2011 den Kindesvater geehelicht

und wohne seit dieser Zeit in der gemeinsamen Wohnung an genannter Adresse in der I1. Eine polizeiliche Meldung sei derzeit noch nicht möglich, da das Verfahren für die Zuerkennung eines Aufenthaltstitels noch im Laufen ist. Die Bw sei genauso wie ihre Kinder österreichische Staatsbürgerin. Sie habe im Zeitraum Juli bis Oktober 2010 einen Wohnsitz und auch den gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich gehabt. Auch der Mittelpunkt der Lebensinteressen habe sich im strittigen Zeitraum im Bundesgebiet befunden. Sie habe sich wie bereits ausgeführt nicht überwiegend an der Meldeadresse sondern bei ihren Eltern in o2 aufgehalten. Dieser Umstand würde jedoch nichts daran ändern, dass der gewöhnliche Aufenthalt in Österreich gegeben war.

In der folgenden Berufungsvorentscheidung vom 22. Juli 2011 wurde der gesamte Verfahrensverlauf nochmals dargestellt und abschließend festgehalten, dass aufgrund der aufgenommenen Sachverhalte und Aussagen der Eltern der Bw, ihr selbst und ihres Schwagers vielmehr anzunehmen sei, dass sich die Bw spätestens ab 23. Juni 2010 zusammen mit ihren Kindern beim Kindesvater und zukünftigen Ehegatten, der unstrittig in der I1 seinen Wohnsitz hat, überwiegend aufgehalten hat. Sowohl bei den Eltern als auch bei der Schwester an der Meldeadresse habe sich die Bw daher nur besuchsweise in Österreich aufgehalten.

Im Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die zweiter Instanz wurde angegeben, dass die Bw das zweite Kinderzimmer sowie die Couch im Wohnzimmer in der Wohnung ihrer Schwester benutzt habe. Das zweite Kinderzimmer sei von einem Kind der Bw benutzt worden, während sie selbst mit dem zweiten Kind im Wohnzimmer auf der Couch geschlafen habe. Es habe sich – ganz entgegen der bisherigen Darstellungen und Aussagen – um ein Mitleben im Wohnungsverband gehandelt. Zum Zeitpunkt des Lokalaugenscheines des Finanzamtes sei kein Haustrat der Bw mehr vorgefunden worden, da diese „vermutlich“ ab Oktober 2010, spätestens ab November 2010, begonnen hat, den Haustrat in die Wohnung des Kindesvaters zu siedeln. Die Bw würde selbst ausführen, dass sie sich überwiegend nicht an der Meldeadresse, sondern bei ihren Eltern aufgehalten habe. Auch die Kinder seien meistens bei den Großeltern gewesen. Der Umstand, dass die Bw nicht viel eingekauft hat, bestätige lediglich die Angaben der Bw und ergebe sich dieser Umstand logischerweise auch aus der Tatsache, dass diese im Wohnungsverband ihrer Schwester bzw. bei den Eltern aufgehalten hat. Dies würde nicht im Widerspruch zu den Aussagen der Eltern, die Tochter sei im Mai/Juni ausgezogen und habe ihre Sachen mitgenommen, stehen. Da die Bw nicht mehr polizeilich bei ihren Eltern gemeldet ist, sei sie für diese auch nicht mehr bei ihnen wohnhaft. Die Bw habe übrigens über ein Gehaltekonto bei der namentlich genannten Bank verfügt. Überdies habe sie eine Pensionsvorsorge mittels Fondspolizze eingerichtet und monatliche Beiträge von € 50 geleistet. Weiters habe sie einen Bausparvertrag abgeschlossen und

monatliche Beiträge von € 83,34 gezahlt. Weiters habe sie über ein Sparbuch verfügt, worauf sie monatlich € 600 eingezahlt hat. Sie habe auch einen PKW in Österreich und die monatlichen Zahlungen für die Versicherung zu leisten gehabt. Nach der Eheschließung habe sie den PKW verkauft und die Versicherung aufgekündigt. Nach der Judikatur müsse die Wohnung nicht den Mittelpunkt der Lebensinteressen bilden, auch sei es unerheblich, ob es sich hiebei um eine eigenständige Wohnung oder eine beengte Wohnsituation handelt oder ob diese standesgemäß ist. Die gesamte unmittelbare Verwandtschaft der Bw lebe in Österreich. Ihre Eltern und ihre jüngste Schwester würden in o2 wohnen. Die familiäre Bindung zu ihren Geschwistern und ihren Eltern sei sehr stark. Auf Grund der immer wiederkehrenden und nötigen sowie sehr belastenden Chemotherapien ihrer Mutter sei die Unterstützung durch die Bw in großem Ausmaß nötig gewesen und habe sie sich daher überwiegend gemeinsam mit ihren Kindern bei ihren Eltern in o2 aufgehalten. Längere Aufenthalte bei ihren Geschwistern seien jedoch nicht vorgelegen. Es sei davon auszugehen, dass während des strittigen Zeitraumes ein Beschäftigungsverhältnis in Österreich aufrecht war und sich die Bw in einer gesetzlichen Karenz befand. Sie habe sämtliche Mutterkindpassuntersuchungen in Österreich vorgenommen. Im Hinblick auf die tatsächliche Gestaltung der Dinge, welche für den Berufungsfall maßgebend ist, sei für den strittigen Zeitraum jedenfalls davon auszugehen, dass sich die Bw und ihre Kinder überwiegend in Österreich aufhielten und auch den Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich hatten. Es bestehe daher jedenfalls Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den strittigen Zeitraum.

Nach der gesamten Darstellung der Verhältnisse und des tatsächlichen Sachverhaltes kommt die Referentin des Unabhängigen Finanzsenates zu folgendem Schluss:

Die Bw hat sich zwar im Juni 2010 an die Wohnadresse ihrer Schwester polizeilich umgemeldet, verwickelte sich anschließend in Widersprüche, wo sie dann tatsächlich überwiegend genächtigt bzw. gewohnt hat (einmal im Wohnungsverband ihrer Schwester, dann wieder überwiegend bei ihren Eltern, obwohl diese aussagten, dass ihre Tochter mit Mai/Juni aus ihrer Wohnung ausgezogen sei und alle Sachen mitgenommen habe), wählte aufgrund der Nähe zum Wohnsitz ihres zukünftigen Gatten wiederum die Wohnung ihrer Eltern als „Aufenthaltsort“. Es ist sicherlich glaubhaft, wenn die Bw angibt, sie habe ihrer Mutter aufgrund ihrer Krankheit geholfen, es liegt aber auch auf der Hand, dass sie durch die Nähe der Wohnung ihrer Eltern zur Wohnung ihres jetzigen Gatten, leichter zu ihrem Gatten fahren konnte, wo ihre engsten persönlichen Bindungen bestanden. Denn wie der Verwaltungsgerichtshof mehrmals ausgeführt hat, besteht die engste persönliche Bindung zu der Familie, wo sich der Kindesvater mit den Kindern im gemeinsamen Haushalt befindet. Es erscheint nämlich durchaus plausibel, dass die Bw mit ihrem jetzigen Gatten und den Kindern in der I1 ihren Mittelpunkt der Lebensinteressen begründet hat, obwohl sich ihre Verwandten

in Österreich aufhielten. Auch die angeführten Aussagen ihrer Eltern und ihres Schwagers weisen in diese Richtung. Die Bw konnte auch im gesamten Verlauf des Verfahrens niemals ihre Widersprüche aufklären und ergab sich daher für die Finanzbehörde ein dergestaltetes Bild (siehe vorige Ausführungen und Sachverhaltsfeststellungen etc.). Die Bw räumt mehrmals ein, dass sie sich überwiegend bei den Eltern und nicht bei der Schwester aufgehalten habe, kann jedoch die Aussage ihrer Eltern, sie sei ausgezogen und wohne nicht mehr bei ihnen, welche ihr vom Finanzamt spätestens in der Berufungsvorentscheidung noch einmal vorgehalten wurde, nicht entkräften. Sie verwickelte sich auch bezüglich ihres Aufenthaltes bei ihrer Schwester in Widersprüche, indem sie ursprünglich angab, dass sie dort lediglich polizeilich gemeldet gewesen sei, was auch die niederschriftliche Aussage ihres Schwagers bestätigt, und im Vorlageantrag wiederum ein Mitleben im Wohnungsverband bei ihrer Schwester behauptete. So gesehen, konnte sie im gesamten Verfahren nie glaubhaft darstellen und belegen, dass die Aufenthaltszeiten im strittigen Zeitraum in der Wohnung ihrer Eltern überwiegend gewesen seien bzw. sie in Österreich hierdurch einen Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen begründet und ein solcher schlussendlich tatsächlich vorgelegen hat. Es entbehrt nämlich auch jeglicher logischen Grundlage, wenn die Bw ursprünglich angibt, nach der Geburt ihres zweiten Kindes aus der elterlichen Wohnung wegen beengter Platzverhältnisse ausgezogen zu sein und dann im Zuge des Berufungsverfahrens wiederum behauptet, sich überwiegend mit den Kindern bei den Eltern in o2 aufgehalten zu haben. Vielmehr spricht die Nähe der elterlichen Wohnung hierfür, dass sich die Bw tatsächlich beim Kindesvater in der I1 aufgehalten hat und sie so auch nachvollziehbar leichter für die Betreuung ihrer krebskranken Mutter sorgen konnte.

Auch die Einwendungen bezüglich ihrer wirtschaftlichen Lebensumstände (Sparbuch, Dienstverhältnis, Bausparvertrag, Fondspolizze, Pensionsvorsorge, PKW etc.) konnten dieses Bild nicht erschüttern, zumal den wirtschaftlichen Beziehungen nur eine weitergehenden Zwecken dienende Funktion zukommt (vgl. VwGH 25.2.1970, Zl. 1001/69). Der Verwaltungsgerichtshof hat nämlich wiederholt ausgesprochen, dass die stärkste persönliche Beziehung eines Menschen im Regelfall zu dem Ort besteht, an dem er regelmäßig mit seiner Familie lebt, dass also der Mittelpunkt der Lebensinteressen einer verheirateten Person regelmäßig am Ort des Aufenthaltes ihrer Familie zu finden sein wird. Auch wenn die Bw im strittigen Zeitraum noch nicht mit ihrem jetzigen Ehegatten und Kindesvater verheiratet war, ist obige persönliche Beziehung zum Kindesvater und Ort des Kindesvaters bzw. Ort der Familie durchaus nachvollziehbar und konnte von der Bw das Gegenteil nicht bewiesen werden.

Abschließend ist noch anzumerken, dass das Finanzamt die Berufungsvorentscheidung nur deshalb an die genannte Adresse in 01 zustellte, weil die Bw selbst dies bei ihrer persönlichen Vorsprache am 14. März 2011 nachweislich (siehe Niederschrift im Finanzamtsakt) begehrte.

Das Finanzamt ging somit zu Recht aufgrund vorstehender Ausführungen davon aus, dass die im Bescheid genannten Beträge rückzufordern waren und es darf ergänzend hiezu auf die Ausführungen des Finanzamtes in seiner Berufungsvorentscheidung vom 22. Juli 2011 verwiesen werden.

Es war daher wie im Spruch ausgeführt zu entscheiden.

Feldkirch, am 27. März 2012