



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., B., gegen den Bescheid des Finanzamtes Baden Mödling betreffend Familienbeihilfe für den Zeitraum 1. Mai 2009 bis 31. Dezember 2009 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Strittig ist, ob der Berufungswerberin (Bw.) für ihre drei Kinder, geboren in den Jahren 1997, 2000 und 2007, für den Zeitraum Mai 2009 bis Dezember 2009 die Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge zustehen. Bisher wurden die Familienleistungen von Irland ausbezahlt.

Die Bw. ist eine direkt durch das österreichische BMiA an die Botschaft in Dublin entsandte Bedienstete. Sie trat ihren Dienst – unter gleichzeitiger Beendigung ihres Karenzurlaubes (Beginn 19. August 2007) – am 19. Jänner 2009 an. Die Bw. lebt mit ihrem Gatten, einem italienischen Staatsbürger, sowie mit ihren drei Kindern in Irland. Ihr Ehegatte ist seit März 2007 bei einer Bank in Dublin beschäftigt.

Über den Ehegatten der Bw. und ihre Tochter L, geb. am 123456, liegen im Zentralen Melderegister keine Daten auf. Die Bw. selbst und die beiden Kinder H, geb. am 234567, und N, geb. am 345678, sind mit einem Hauptwohnsitz in Österreich gemeldet.

Das Finanzamt wies den Antrag der Bw. vom 21. März 2007 für die Kinder

L , ab Juni 2007  
 A ab Oktober 2007 und  
 H ab Oktober 2007

unter Verweis auf die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 mit der Begründung ab, dass im Fall der Bw. auf Grund des Beschäftigungslandprinzips und des Aufenthaltes der Kinder vorrangig Irland für die Auszahlung der Familienbeihilfe zuständig sei. In Österreich bestehne nur im Fall einer Weiterbeschäftigung der Bw. eventuell ein Anspruch auf Differenzzahlung für das abgelaufene Kalenderjahr. Eine diesbezügliche Überprüfung erfolge hierorts von Amts wegen nach Rücklangen des an die zuständige irische Behörde übermittelten Formulares E 411.

Auf Grund des Antrages der Bw. vom 26. November 2008 erließ das Finanzamt am 16. Jänner 2009 Differenzzahlungsbescheide nach der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 und der Durchführungsverordnung (EWG) Nr. 574/72, inkl. Kinderabsetzbetrag

für Oktober 2007 bis Dezember 2007 in Höhe von € 518,60 und

für Jänner 2008 bis Dezember 2008 in Höhe von € 2.604,80.

Das Finanzamt wies mit Bescheid vom 16. Oktober 2009 den Antrag vom 2. Juni 2009 wie folgt ab:

*„Die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 regelt, welcher Mitgliedstaat für ein und denselben Zeitraum für ein und denselben Familienangehörigen vorrangig zur Gewährung der im jeweiligen Hoheitsgebiet vorgesehenen Familienleistungen verpflichtet ist.*

*Vorrangig muss grundsätzlich jener Mitgliedstaat die Familienleistungen gewähren, in dem eine Erwerbstätigkeit ausgeübt wird. Sind die Elternteile in verschiedenen Mitgliedstaaten erwerbstätig, trifft die vorrangige Verpflichtung zur Gewährung der Familienleistungen jenen Mitgliedsstaat, in dessen Gebiet die Familienangehörigen wohnen.*

*Sind die Familienleistungen im anderen Mitgliedsstaat höher, besteht dort gegebenenfalls ein Anspruch auf Gewährung des Differenzbetrages (Artikel 76 Absatz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 in Verbindung mit Art. 10 der DVO 574/72).*

*Wird in jenem Mitgliedstaat, der vorrangig zur Gewährung von Familienleistungen verpflichtet ist, kein Antrag gestellt, so kann der andere Mitgliedsstaat dennoch jene Leistungen, die bei Antragstellung gewährt worden wären, bei der Berechnung der Differenzzahlung berücksichtigen (Artikel 76 Absatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71).*

*Es erfolgte die Klärung der Zuständigkeit betreffend Zahlung Familienbeihilfe EU-Aussetzungsregelungen, für die es keine Ausnahmen für Botschaftsangehörige gibt, ist Irland vorrangig für die Zahlung der Familienbeihilfe zuständig.*

*In Österreich besteht Anspruch auf Differenzzahlung. Eine Antragstellung mittels Formular Beih.38 und Beilage der erforderlichen Nachweise ( bestätigtes Formular E 401, Formular E 411, Kindergarten- bzw. Schulbestätigungen der Kinder) ist grundsätzlich erst nach Ablauf des Kalenderjahres möglich, d.h. für 2-12/2009 ist eine Antragstellung ab 1/2010 möglich.*

*Die bisher zuviel ausbezahlten Beträge (Differenzzahlung 10/2007 - 1/2009 und laufende Familienbeihilfe 2-4/2009) werden mit der zuständigen irländischen Behörde verrechnet.“*

In der gegen den Abweisungsbescheid fristgerecht eingebrachten Berufung führte die Bw. zur Begründung Folgendes aus:

*„Nach den einschlägigen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts und des Völkerrechts besteht für entsandtes Personal an österreichischen Berufsvertretungen im Ausland Anspruch auf österreichische Familienbeihilfe. Auf entsandte österreichische öffentliche Bedienstete ist österreichisches Recht gem. Art. 13 Abs. 2 lit. d der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 anzuwenden – siehe auch die abgabenrechtliche Position von Auslandsbeamten in § 26 Abs. 3 BAO, der laut den Durchführungsrichtlinien des BMWFJ für die Familienbeihilfe relevant ist.*

*Rechtliche Begründung:*

*Ich bin Vertragsbedienstete und wurde als Mitglied des administrativ-technischen Personals an die ÖB Dublin entsandt.*

*Diplomatisches und administrativ-technisches Personal von Vertretungsbehörden von EU-MS in andere EU-MS fällt grundsätzlich in den Anwendungsbereich der Bestimmungen zur Unionsbürgerschaft und kann sich daher auch auf Rechte, die sich aus der Unionsbürgerschaft herleiten, berufen. Dennoch genießen Entsandte an Vertretungsbehörden einen gewissen Sonderstatus, der sich aus ihrer spezifischen Funktion erklärt. So gelten sie zwar grundsätzlich als Arbeitnehmer, sind dennoch in weiten Bereichen nicht anderen Arbeitnehmern gleichgestellt. Dies wird auch in der Wanderarbeiter-VO (VO EWG Nr. 1408/71) und in der noch nicht anwendbaren, die oben genannte alte Wanderarbeiter-VO ersetzen den, VO (EG) Nr. 883/2004 anerkannt, da dort allgemein festgehalten wird), dass für Beamte und ihnen gleichgestellte Personen stets das Sozialrecht des Entsendestaats zur Anwendung kommt.*

*Art. 13 Abs. 2 lit. d VO 1408/71 bestimmt, dass "Beamte und ihnen gleichgestellte Personen den Rechtsvorschriften des Mitgliedsstaats (unterliegen) in dessen Behörde sie beschäftigt sind." In Art. 11 Abs. 3 lit. b VO 883/2004 wird noch klarer formuliert: "ein Beamter unterliegt den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats) dem die ihn beschäftigende Verwaltungseinheit angehört." Die Regel, dass Beamte (und ihnen gleichgestellte Personen, d.h. für Österreich*

*Vertragsbedienstete) den Rechtsvorschriften des MS unterliegen) dessen Beamter sie sind, wird auch bei Beamten bestätigt, die gleichzeitig in mehreren MS tätig sind (Art. 14e VO 1408/71). Diese Bestimmung ist geradezu auf den Fall der Entsendung von öffentlich Bediensteten ins Ausland zugeschnitten. Die einzige andere denkbare Fallkonstellation (Bedienstete, die nicht im Land der Dienststelle wohnen) wäre bereits von Art. 13 Abs. 2 lit. a erfasst, daher ergäbe sich die Notwendigkeit für lit. d nicht. Auch reine Inlandssachverhalte sind nicht denkbar, da die VO ja grenzüberschreitende Phänomene regelt. Der Arbeitgeber von entsandten Bediensteten ist die entsendende Zentralstelle (hier BMFIA), es entsteht kein arbeitsrechtliches Verhältnis zur Dienststelle im Ausland, damit ist klar, dass österreichisches Recht zur Anwendung kommt.*

*Die Sondernorm des Art. 16 VO 1408/71 kommt im ggstdl. Fall nicht zur Anwendung. Diese sieht für Geschäftspersonal von Vertretungen vor, dass grundsätzlich das Recht des Empfangsstaats gilt, aber ein Wahlrecht für Staatsangehörige des Entsendestaats besteht. Diese Bestimmung gilt aber nur für von der Vertretungsbehörde angestelltes sur-place-Personal, das ausdrücklich nach lokalem Recht angestellt wird und daher nicht entsandt wird und so auch nicht der Rotation unterliegt. Daher spricht Art. 16 vom "Geschäftspersonal der diplomatischen Vertretungen" (engl.: "persons employed by diplomatic missions", wäre das gesamte Personal gemeint, hätte man wohl von "Personal der diplomatischen Vertretungen" gesprochen). Da ich entsandt wurde, ist die Bestimmung nicht anwendbar. Selbst wenn man irrigerweise von einer Anwendbarkeit dieser Bestimmung ausgehen würde, hätte ich als österreichische Staatsangehörige die Möglichkeit, gem. Abs. 2 für das österreichische System zu optieren.*

*Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass entsandtes Personal gem. der Wanderarbeiter-VO weiterhin dem Recht des Entsendestaates unterliegt.*

*Da Beamte und ihnen gleichgestellte Personen also dem Recht des Entsendestaates unterliegen, sind im ggstdl. Fall gem. Art. 13 VO 1408/71 die Rechtsvorschriften betreffend Familienbeihilfe anzuwenden (dies würde auch für den Fall gelten, dass die Kinder der betroffenen Person nicht am Dienstort leben, siehe Art. 73 und Art. 75 Abs. 1 VO 1408/71).*

*Diese Regelung entspricht dem allgemeinen völkerrechtlichen Konzept der diplomatischen Beziehungen. Vorrangige Aufgabe von diplomatischen Vertretungsbehörden ist die Vertretung der Interessen des Entsendestaates beim Empfangsstaat (vgl. Art. 3 Abs. 1 der Wiener Diplomatenkonvention (WDK), BGBl. Nr. 66/1966). Aus diesem Grund sind einerseits die Rechte und Pflichten von diplomatischem Personal beschränkt, andererseits die Bindungen an den Entsendestaat im Vergleich zu Bediensteten internationaler privater Unternehmungen verstärkt. So unterliegen Angehörige von Vertretungsbehörden im Regelfall nicht den*

*nationalen Meldebestimmungen (vgl. § 2 Abs. 2 Z 3 Meldegesetz) und auch nicht den Sozialvorschriften des Empfangsstaats (Art. 33 Abs. 1 WDK, der gemäß Art. 37 Abs. 2 WDK auch für administrativ-technisches Personal gilt). Bezuglich der Ausnahme der Geltung der Sozialvorschriften wäre es möglich, durch Abkommen Sonderregelungen zu treffen (Art. 33 Abs. 5 WDK), als solche könnte auch die VO 1408/71 gelten. Da sie allerdings, wie oben dargestellt, die Regelung der WDK übernimmt, ergibt sich hier kein Widerspruch. Andere Regelungen trifft die WOK für lokal angestelltes Personal (Art. 37 Abs. 2 und Art. 38 Abs. 2 WDK). Angesichts der Identität der Regelungen ist davon auszugehen, dass dieses völkerrechtliche Regime dem System von Art. 13 Abs. 2 lit. d und Art. 16 VO 1408/71 Pate stand.*

*Damit steht die Regelung des Art. 13 VO 1408/71 auch im Einklang mit den einschlägigen völkerrechtlichen Vorschriften über die Rechtsstellung von diplomatischem Personal.*

*Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass Frau X. sowohl nach Gemeinschaftsrecht als nach Völkerrecht einen Anspruch auf ö Familienbeihilfe hat. Ich habe meinen Hauptwohnsitz in Baden, damit erfülle ich die Voraussetzung des § 2 Abs. 1 FLAG 1967. Beamte des ö auswärtigen Dienstes bleiben auch bei Verwendungen an Vertretungsbehörden stets in Ö gemeldet, da im Regelfall für Diplomaten die Begründung eines Hauptwohnsitzes im Empfangsstaat nicht möglich ist.*

*Selbst wenn kein formeller Wohnsitz in Ö besteht, sieht das ö Recht (wie oben ausgeführt gemeinschaftsrechtskonform) vor, dass Auslandsbeamte, die im Inland keinen Wohnsitz haben, gemäß § 26 Abs. 3 BAO wie Personen zu behandeln sind, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt am Ort der die Dienstbezüge anweisenden Stelle haben (gilt auch für Familienangehörige). § 2 lit. a BAO hält außerdem fest, dass die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes sinngemäß in Angelegenheiten der von den Abgabenbehörden des Bundes zuzuerkennenden oder rückzufordernden bundesrechtlich geregelten Beihilfen aller Art gelten. Gemäß den "Durchführungsleitlinien zum FLAG" ist daher zur Bestimmung der Begriffe Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt zur Klärung der Voraussetzungen der Familienbeihilfe § 26 BAO heranzuziehen.*

*Aus den oben genannten Gründen ersuche ich um rückwirkende Zuerkennung der Familienbeihilfe.“*

Folgende Unterlagen liegen im Familienbeihilfenakt auf:

Schreiben des FA Baden Mödling an die zuständige irische Behörde in englischer Sprache vom 14. Oktober 2009 (ins Deutsche übersetzt):

„Sg. Frau S.,

Frau X. arbeitet für die österreichische Botschaft in Dublin. Sie bezahlt ihre Sozialversicherungsbeiträge an Österreich. Sie lebt gemeinsam mit ihrem Ehemann, Herrn X. E., und ihren drei Kindern (ES A ..., ES H, ... und X. L, ...) in Dublin. Herr X. ist in Dublin beschäftigt und bezahlt seine Steuern (Abgaben) in Irland.

Sie bezahlten die Familienbeihilfe bezüglich A, H und L seit 1. September 2007, auf Grund der Beschäftigung des Ehemannes.

Im Schreiben vom 6. Mai 2009 bestätigten Sie, Frau X. , dass ihr Antrag auf Familienleistungen zurückgezogen wurde. Die letzte Zahlung von Familienleistungen iHv € 535,-- wurde am 3. Februar 2009 getätigt.

Österreich hat die Differenz der Familienleistungen zwischen Irland und Österreich für die Zeit von Oktober 2007 bis Jänner 2009 bezahlt, weil der Betrag in Österreich höher ist.

Nun ist der Sachverhalt vom kompetenten Ministerium in Österreich geklärt worden: Aufgrund der EU-Verordnung ist Irland das zuständige Land für die Bezahlung von Familienleistungen in dieser Sache und es gibt keine Ausnahme(regelung) für Menschen, welche für eine Botschaft arbeiten.

Könnten Sie bitte aus diesem Grund die folgenden Zahlungen an Familienleistungen, welche von Österreich für die Zeit Oktober 2007 bis April 2009 zu viel bezahlt wurden und von Irland zu bezahlen sind, zurückzahlen.

Die Berechnung der Zahlungsdifferenz für die Zeit Oktober 2007 bis Jänner 2009 war falsch, weil ein Missverständnis vorlag.

Die monatliche Zahlung für A und H von € 160,-- (€ 166,--) wurde für beide Kinder genommen, somit war die Zahlung an Frau X. zu hoch:

Zeit: 10/07 – 03/08 € 160,-- x 6 Monate = € 960,--  
Zeit: 04/08 – 01/09 € 166,-- x 10 Monate = € 1.660,--  
ZW Summe € 2.620,--  
Zeit: 02/09 – 04/09 € 535,-- x 3 Monate € 1.605,--  
Rückerstattungsbetrag gesamt € 4.225,--...“

Schreiben der Bw. vom 3. September 2009 an das Finanzamt Baden Mödling:

„Seit etlichen Monaten versuche ich, meine Ansprüche auf österreichische Kinderbeihilfe für meine drei Kinder (A., H., L.) einer Klärung zuzuführen, was bedauerlicherweise bisher nicht gelang, weshalb ich mich nunmehr an Sie wenden muss.

*Ich bin Bedienstete des österreichischen Außenministeriums und zurzeit an die Österreichische Botschaft in Dublin entsandt, d.h. ich bin weiterhin voll steuerpflichtig in Österreich.*

*Während meiner Auslandsversetzung in Helsinki ist meine jüngste Tochter L geboren worden (2007). Ich ging anschließend an die Mutterschutzzeit von August 2007 bis Jänner 2009 in Karenz und bezog österreichisches Karenzgeld.*

*Ich bin nach der Geburt meiner Tochter aus privaten Gründen mit meiner Familie und meinem Mann nach Dublin gezogen und habe dort das Ende meiner Karenzzeit abgewartet.*

*Unmittelbar danach wurde ich vom BMiA als Bedienstete an die Österreichische Botschaft Dublin entsandt. Diese Information habe ich auch an alle österr. Stellen weitergegeben.*

*Während meines Aufenthaltes in Dublin wurde seitens der österreichischen Behörden die Zahlung der Familienbeihilfe für meine drei Kinder ab September 2007 eingestellt. Begründet wurde dies mit der Tatsache, dass mein Lebensmittelpunkt und jener der Kinder nicht in Österreich sei. Hierzu muss ich anmerken, dass mein Mann (Vater meiner jüngsten Tochter, die beiden älteren Kinder entstammen meiner ersten Ehe und wurden von ihm nicht adoptiert) in Dublin beschäftigt war und ist, ich jedoch weiterhin karenzierte Mitarbeiterin des BMiA geblieben bin. Meiner Ansicht nach liegt in der obigen Begründung bereits eine Fehleinschätzung vor, die ich bereits von Beginn an aufzuklären versucht habe.*

*Nachdem mehrmalige Aufklärungsversuche meinerseits ohne Ergebnis geblieben waren, war ich aus meiner Sicht gezwungen, während meiner Karenzzeit um Familienunterstützung in Irland anzusuchen.*

*Mit Wirksamwerden meiner Versetzung an die Österreichische Botschaft Dublin im Jänner 2009, und somit Wiedereintritt ins aktive Erwerbsleben habe ich die irischen Behörden davon in Kenntnis gesetzt, dass ich nunmehr aufgrund meines Arbeitgebers und meiner Tätigkeit im diplomatischen Dienst der Republik Österreich, Österreich für die Zahlung der Familienbeihilfe für meine drei Kinder zuständig sei.*

*Aufgrund der zugegebenermaßen, nicht der Regel entsprechenden diplomatischen Usancen, war es mir zunächst nicht möglich, den irischen Behörden klarzumachen, dass ich aufgrund meiner Tätigkeit, zwar in Irland lebend, aber nicht steuerpflichtig bin und auch keine Ansprüche an das Sozialsystem Irlands stellen kann und darf. Aufgrund des Beschäftigungsverhältnisses meines Mannes in Irland wollte man mir in Irland auf diesem Wege, die Familienunterstützung auszahnen. Mein Mann hat niemals Familienbeihilfe für unsere gemeinsame Tochter und meine beiden Kinder aus erster Ehe beantragt, das läuft seit 12 Jahren ausschließlich über mich!*

*Meine Kinder und ich sind alle in Österreich sozialversichert, sowie gemeldet.*

*Nach langem hin und her haben mir die irischen Behörden eine Bestätigung über den Stopp jeglicher Zahlungen geschickt (letzte Zahlung im Feb. 2009). Diese Bestätigung wurde an meine Sachbearbeiterin Frau V. per Einschreiben geschickt. Aus dieser geht klar hervor, dass ich keine Zahlungen mehr erhalte und wir nicht mehr im irischen System aufscheinen.*

*Gleichzeitig dürfte ein Schreiben der irischen Behörde an das Finanzamt Baden abgegangen sein, das sich auf eine EU-Regelung Gesetz beruft wonach Irland für uns zuständig sei.*

*Mr. M., der Leiter der irischen Behörde erklärte mir, dass diese abgeschickt worden sei, bevor ich mit ihm gesprochen hatte.*

*Ich versuche nun seit einiger Zeit mit Frau V. meine Ansprüche zu klären. An der Familienbeihilfe hängen auch weitere Zulagen, die mir mein Arbeitgeber nur aufgrund einer Bestätigung des Finanzamtes über den Bezug der Familienbeihilfe auszahlen kann. Bei meinem letzten Telefonat mit Frau V. am 24. August 2009 hat sie mich um eine offizielle Bestätigung von der Botschaft gebeten, die ich ihr auch umgehend habe zukommen lassen, unterzeichnet von meiner Vorgesetzten und Geschäftsträgerin der Botschaft. Frau V. meldete sich hernach am 28. August 2009 mittels beiliegenden Mails.*

*Wie Sie diesem entnehmen können, scheint aus Sicht von Frau V. die Sachlage noch immer nicht eindeutig. Ich wende mich nun an Sie, sehr geehrter Herr Mag. XY, da ich mich seit Dezember mit dieser Problematik herumschlage.*

*Ich bin mit meinen drei Kinder aufgrund meiner Tätigkeit im Außenministerium in Österreich steuerpflichtig und daher nicht wie „gewöhnliche“ EU Bürger einzustufen, die in eine anderes EU Land ziehen und logischer Weise von diesem Land alle Sozialleistungen erhalten. Wir haben alle vier österreichische Dienstpässe und werden in drei Jahren wieder an einen anderen Dienstort ziehen.*

*Ich bitte Sie sehr, sich meines Falles anzunehmen, und mir die Familienbeihilfe rückwirkend ab Mai 2009 wieder anzuweisen, so wie es auch während meines Aufenthaltes mit meinen zwei erstgeborenen Kindern in Helsinki der Fall gewesen ist.*

*Sollten Sie mich bzw. die Botschaft (...) kontaktieren wollen, stehe ich Ihnen selbstverständlich jederzeit gerne zur Verfügung. Ich erlaube mir auch dieses Schreiben in Kopie an meinen Arbeitgeber weiterzuleiten, da das BMaA (Abt. VI.2) nicht nur mit solchen Fragen vertraut ist, sondern auch Auskunft geben kann.“*

Bestätigung der Österreichischen Botschaft Dublin vom 24. August 2009 an das Finanzamt Baden:

*„Die Botschaft bestätigt hiermit, nach Abklärung der Sachlage mit den irischen Behörden, dass Frau Bw. entsandte Bedienstete an der Österreichischen Botschaft Dublin, in Irland als diplomatisches Personal akkreditiert ist und keinerlei Sozialleistungszahlungen des irischen Staates erhält bzw. Anspruch auf solche hätte. Dies gilt auch für ihre Kinder ... Auch der Gatte von VB X. hat keinerlei Ansprüche auf irische Familienbeihilfe...“*

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

Folgender Sachverhalt steht fest.

Die Bw hat drei Kinder:

- N, geb am 345678
- H, geb am 234567
- L, geb am 123456

Die Bw ist verheiratet und lebt mit ihrem Gatten, einem italienischen Staatsbürger, und mit ihren drei Kindern in Dublin, Irland. Die Bw und ihre drei Kinder sind österreichische Staatsbürger und die beiden Älteren sind mit einem Hauptwohnsitz in Baden bei Wien gemeldet. Die Bw bezahlt ihre Sozialversicherungsbeiträge an Österreich.

Ihr Gatte ist seit März 2007 bei einer Bank in Dublin beschäftigt und bezieht dort nichtselbständige Einkünfte.

Die gemeinsame Tochter L kam in Helsinki zur Welt. Die Bw beantragte nach der Geburt und dem Ende des Beschäftigungsverbotes wegen Mutterschutz den Karenzurlaub, den sie in Irland verbrachte. Sie ist Vertragsbedienstete beim Bundesministerium für europäische und internationale Angelegenheiten. Nach Beendigung ihres Karenzurlaubs, der von 19. August 2007 bis 19. Jänner 2009 andauerte, wurde sie durch das österreichische BmeA an die Botschaft in Dublin als diplomatisches (administrativ-technisches) Personal entsandt und versieht dort ihren Dienst, voraussichtlich 4 Jahre an diesem Standort.

Die beiden älteren Kinder entstammen einer früheren Beziehung der Bw. Sie besuchen eine deutsche Schule in Dublin.

Die Bw bezog in Irland während ihrer Karenzzeit bis Februar 2009 Familienbeihilfe für die drei Kinder. Dann ließ sie die Zahlungen einstellen.

Der Wohnort der Familie befindet sich in Dublin.

Der Sachverhalt ist weitgehend unbestritten, durch im Akt befindliche Unterlagen erwiesen und stimmt mit dem Vorbringen der Bw überein.

Der Wohnort der Familie befindet sich aus folgenden Gründen in Dublin. Die Familie wohnt unbestritten in Dublin; die Kinder gehen dort zur Schule und der Gatte der Bw arbeitet dort. Auch die Bw arbeitet an der österreichischen Botschaft in Dublin.

Es ist zwar zutreffend, dass ihre persönliche Bindung zum Aufenthaltsstaat Irland eingeschränkt ist, weil ihr Dienstgeber eine österreichische Gebietskörperschaft ist, sie im diplomatischen Dienst beschäftigt ist und voraussichtlich für 4 Jahre nach Irland entsandt wurde, Sozialversicherungsbeiträge in Österreich bezahlt und in Österreich einen Wohnsitz hat. Allerdings ist festzuhalten, dass die Bw schon ihren Karenzurlaub (vor der Entsendung nach Irland) in Dublin bei der Familie am dortigen Wohnsitz verbrachte, was die dortige Existenz des Familienwohnsitzes verdeutlicht.

Die aufgezählten Merkmale treffen jedoch auf die anderen Familienmitglieder nicht zu. Der Gatte der Bw, ein italienischer Staatsbürger, hat keinen Wohnsitz in Österreich. Er zahlt Abgaben (Steuern und Sozialversicherungsbeiträge) in Irland und unterliegt dem irischen Rechtssystem. Er ist seit März 2007 bei einer irischen Bank beschäftigt; daher ist davon auszugehen, dass der Aufenthalt der Familie in Irland zumindest ca 6 Jahre beträgt, eine Zeit, die nicht mehr als bloß vorübergehend bezeichnet werden kann.

Die Kinder leben ständig in Irland bei den Eltern und gehen dort zur Schule. Ihr Aufenthalt in Irland ist nicht bloß vorübergehend. Die bestehende Meldung eines Wohnsitzes von 2 Kindern in Österreich und ihre österreichische Staatsbürgerschaft vermögen noch keinen Ort des gewöhnlichen Aufenthalts der Kinder in Österreich zu begründen.

Nach den Erfahrungen des täglichen Lebens bestehen im Regelfall die stärksten persönlichen Beziehungen zu dem Ort, an dem eine Person regelmäßig und Tag für Tag mit ihrer Familie lebt.

Da die Familie tatsächlich und regelmäßig in Dublin lebt, die Eltern dort arbeiten und die Kinder dort zur Schule gehen und starke Bindungen nur eines Familienmitglieds zu Österreich bestehen, gelangt der Unabhängige Finanzsenat zur Auffassung, dass der Ort des gewöhnlichen Aufenthalts und somit der Wohnort der Familie und damit auch der drei Kinder im Streitzeitraum in Dublin ist.

Aus rechtlicher Sicht ist auszuführen wie folgt.

Unbestritten ist, dass der Gatte der Bw, ein italienischer Staatsbürger, in Irland Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit bezieht. Er ist mit der Bw und den drei Kindern in Dublin wohnhaft. Dort ist der ständige Aufenthalt der Familie, dort gehen die Kinder in die Schule und dort leben die Bw und ihr Gatte.

Unbestritten ist aber auch, dass die Bw österreichische Staatsbürgerin, hier sozialversicherungspflichtig, Bedienstete im BMiA und hier mit ihren drei Kindern gemeldet ist.

Demnach sind die Bw und ihr Gatte als EU-Bürger und nichtselbständige Erwerbstätige von der Verordnung (EWG) Nr 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 idgF (id Folge "VO") umfasst, denn die VO ist bei grenzüberschreitenden Sachverhalten in Bezug auf EU-Bürger, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, anzuwenden.

Die VO hat allgemeine Geltung, ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedsstaat (*"Durchgriffswirkung"*). Die VO geht dem nationalen Recht in ihrer Anwendung vor (*"Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts"*).

Gemäß Artikel 1 der VO EWG 1408/71 ist *"Arbeitnehmer"* oder *"Selbständiger"* u.a. jede Person, 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.

Im Artikel 2 der VO ist der persönliche Geltungsbereich geregelt. Demnach gilt diese VO nach Abs. 1 für Arbeitnehmer, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, soweit sie Staatsangehörige eines Mitgliedstaates sind oder als Staatenlose, Flüchtlinge im Gebiet eines Mitgliedstaates 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, u.a. die, die Familienleistungen betreffen.

Die in Rede stehende Familienbeihilfe ist als Familienleistung iSd Art. 1 Buchstabe u sublit i der VO, welche einen Ausgleich von Familienlasten bezweckt und in einem staatlichen Beitrag zum Familienbudget besteht, der die Kosten des Unterhalts von Kindern verringern soll (*siehe auch Urteil des EuGH vom 5.02.2002, Rs C-255/99 Anna Humer*), zu qualifizieren.

Zweifellos fallen sowohl die Bw als auch ihr Gatte als „*Arbeitnehmer*“ unter Art 1 der VO. Die VO ist daher persönlich und sachlich im vorliegenden Fall anwendbar.

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.*  
*Art. 13 Abs. 2 lit. d VO normiert, dass "Beamte und ihnen gleichgestellte Personen den Rechtsvorschriften des Mitgliedsstaats (unterliegen) in dessen Behörde sie beschäftigt sind."*

Der Bw ist daher insofern Recht zu geben, dass der Arbeitgeber von entsandten Bediensteten die entsendende Zentralstelle (hier BMiA) ist; es entsteht kein arbeitsrechtliches Verhältnis zur Dienststelle im Ausland.

Die Bw unterliegt daher den Rechtsvorschriften Österreichs.

Weiters ist der Bw zu folgen, dass die Sondernorm des Art. 16 VO 1408/71 im ggstl. Fall nicht zur Anwendung gelangt. Diese sieht für Geschäftspersonal von Vertretungen vor, dass grundsätzlich das Recht des Empfangsstaats gilt, aber ein Wahlrecht für Staatsangehörige des Entsendestaats besteht. Diese Bestimmung gilt aber nur für von der Vertretungsbehörde angestelltes sur-place-Personal, das ausdrücklich nach lokalem Recht angestellt wird und daher nicht entsandt wird und so auch nicht der Rotation unterliegt. Daher spricht Art. 16 vom "Geschäftspersonal der diplomatischen Vertretungen" (engl.: "persons employed by diplomatic missions", wäre das gesamte Personal gemeint, hätte man wohl von "Personal der diplomatischen Vertretungen" gesprochen). Da die Bw entsandt wurde, ist die Bestimmung nicht anwendbar.

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass entsandtes Personal gem. der Wanderarbeiter-VO weiterhin dem Recht des Entsendestaates unterliegt.

Da Beamte und ihnen gleichgestellte Personen also dem Recht des Entsendestaates unterliegen, sind im ggstdl. Fall die Bw betreffend gem. Art. 13 VO 1408/71 österreichische Rechtsvorschriften betreffend Familienbeihilfe anzuwenden.

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

§ 26 BAO idgF lautet:

„(1) Einen Wohnsitz im Sinn der Abgabenvorschriften hat jemand dort, wo er eine Wohnung innehat unter Umständen, die darauf schließen lassen, daß er die Wohnung beibehalten und benutzen wird.

(2) Den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinn der Abgabenvorschriften hat jemand 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. Das Bundesministerium für Finanzen ist ermächtigt, von der Anwendung dieser Bestimmung bei Personen abzusehen, deren Aufenthalt im Inland nicht mehr als ein Jahr beträgt, wenn diese im Inland weder ein Gewerbe betreiben noch einen anderen Beruf ausüben.

(3) In einem Dienstverhältnis zu einer Körperschaft des öffentlichen Rechtes stehende österreichische Staatsbürger, die ihren Dienstort im Ausland haben (Auslandsbeamte), werden wie Personen behandelt, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt am Ort der die Dienstbezüge anweisenden Stelle haben. Das gleiche gilt für deren Ehegatten, sofern die Eheleute in dauernder Haushaltsgemeinschaft leben, und für deren minderjährige Kinder, die zu ihrem Haushalt gehören.“

Die Bw hat somit nach § 26 Abs 1 BAO einen Wohnsitz in Österreich. Sie ist in Baden bei Wien hauptgemeldet und hat ihre Wohnung dort beibehalten und wird sie auch in Zukunft – im Urlaub etc. – benutzen. Auch zwei ihrer drei Kinder haben im Inland einen Wohnsitz.

Darüber hinaus wird durch § 26 Abs 3 BAO ein fiktiver gewöhnlicher Aufenthalt für die Bw, ihren Gatten und die Kinder begründet. Weiters ist auch auf die Bestimmungen der WDK (Wiener Einkommen über diplomatische Beziehungen, BGBl.Nr. 66/1966,) hinzuweisen, wonach gem Art 33 Abs 1 leg cit, der gem Art 37 Abs 2 leg cit auch für administrativ-technisches Personal gilt, Angehörige von Vertretungsbehörden nicht den Sozialvorschriften des Empfangsstaates unterliegen.

Die Bw hat daher grs einen Anspruch auf Familienbeihilfe.

Der Ehegatte der Bw hat keinen Wohnsitz im Inland. Er ist italienischer Staatsbürger, wurde nicht von Österreich entsandt, ist nicht bei einem österreichischen Dienstgeber, sondern bei einer irischen Bank beschäftigt und zahlt seine Abgaben in Irland.

Darauf hinzuweisen ist auch, dass es nach der WDK bezüglich der Ausnahme der Geltung der Sozialvorschriften möglich ist, durch Abkommen Sonderregelungen zu treffen. (Art 33 Abs 5 WDK).

Eine solche Sonderregelung ist die VO 1408/71, die als speziellere Norm der WDK vorgeht und innerstaatlich vorrangig anzuwenden ist und insoweit entgegenstehende Bestimmungen des FLAG verdrängt.

Der grs Anspruch der Bw auf Familienbeihilfe konkurriert jedoch mit jenem ihres Gatten in Irland. Für diesen ist nach Art 13 der VO ausschließlich Irland zuständig, da er dort ansässig ist.

Das irische Kindergeld, welches mit der Familienbeihilfe vergleichbar ist, ist ein steuerfinanziertes universelles System für alle Kinder mit Wohnsitz in Irland. Unbestritten ist, dass die Kinder der Bw einen Wohnsitz in Irland haben und dort zur Schule gehen. Das Kind muss bei dem Zahlungsempfänger leben und von diesem unterhalten werden. Das Kindergeld (Child benefit) wird monatlich an die Mutter oder Stiefmutter gezahlt, wobei auch eine Zahlung an Väter oder Stiefväter möglich ist, wenn das Kind in deren Haushalt lebt und von ihnen unterhalten wird. (S MISSOC-Informationssystem der Europäischen Kommission unter <http://ec.europa.eu>).

Dass für die Kinder der Bw ein Anspruch auf irische Familienbeihilfe besteht, wird auch von den irischen Behörden so gesehen. Diese haben die Familienbeihilfe ausbezahlt, bis sie auf Veranlassung der Bw gestoppt wurde. S das Formular E 411 samt Begleitschreiben des Social Welfare Services vom 13.3.2009, wo ausgeführt wird: „We accept competency ... under Article 10(1)B(1) based on Mr employment in this State...“.

Das Schreiben der österreichischen Botschaft in Irland, wonach weder für die Bw noch für ihren Gatten ein Anspruch auf irische Familienbeihilfe bestehe, ist aG der vom UFS durchgeführten Ermittlungen und der Aktenlage nicht geeignet, eine andere Beurteilung als die eben dargestellte herbeizuführen.

Es besteht für die Kinder daher grs Anspruch auf Familienbeihilfe in Österreich und Irland. Es sind daher die Kollisionsnormen der VO heranzuziehen. Der Anspruch in Irland ist nicht von einer Voraussetzung in Bezug auf die Erwerbstätigkeit abhängig; daher ist Art 10 der VO EWG 574/72 (Verordnung EWG 574/72 des Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der VO EWG 1408/71 idgF mit Vorschriften für das Zusammentreffen von Ansprüchen auf Familienleistungen oder -beihilfen für Arbeitnehmer und Selbständige) anwendbar.

Demnach gilt:

Räumen die Rechtsvorschriften des Beschäftigungsmitgliedstaats und die des Wohnmitgliedstaats eines Arbeitnehmers diesem für denselben Familienangehörigen und für denselben Zeitraum Ansprüche auf Familienleistungen ein, so ist der für die Gewährung dieser Leistungen zuständige Mitgliedstaat nach Artikel 10 Absatz 1 Buchstabe a der Verordnung EWG 574/72 des Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der VO EWG 1408/71 in der durch die Verordnung EG 410/2002 der Kommission vom 27. Februar 2002 geänderten und aktualisierten Fassung grundsätzlich der Beschäftigungsmitgliedstaat. Der Anspruch auf

Familienleistungen im Wohnmitgliedstaat ruht, wenn nicht im Wohnmitgliedstaat eine Person, die das Kind betreut, eine Erwerbstätigkeit iSd VO ausübt.

Wird jedoch von der Person, die Anspruch auf die Familienleistungen hat, im erstgenannten Mitgliedstaat eine Berufstätigkeit ausgeübt, so ruht der Anspruch auf die im anderen Mitgliedstaat geschuldeten Familienleistungen bis zur Höhe der Familienleistungen, die in den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats vorgesehen ist, in dessen Gebiet das Familienmitglied wohnhaft ist.

Wie das Finanzamt richtig erkannt hat, bedeutet dies, dass vorrangig jener Mitgliedstaat die Familienleistungen gewähren muss, in dem eine Erwerbstätigkeit ausgeübt wird. Sind die Elternteile in verschiedenen Mitgliedstaaten erwerbstätig, trifft die vorrangige Verpflichtung zur Gewährung der Familienleistungen jenen Mitgliedsstaat, in dessen Gebiet die Familienangehörigen wohnen.

Sind die Familienleistungen im anderen Mitgliedsstaat höher, besteht dort gegebenenfalls ein Anspruch auf Gewährung des Differenzbetrages (Artikel 76 Absatz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 in Verbindung mit Art.10 der DVO 574/72).

Wird in jenem Mitgliedstaat, der vorrangig zur Gewährung von Familienleistungen verpflichtet ist, kein Antrag gestellt, so kann der andere Mitgliedsstaat dennoch jene Leistungen, die bei Antragstellung gewährt worden wären, bei der Berechnung der Differenzzahlung berücksichtigen (Artikel 76 Absatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71.)

Maßgebend ist, ob in Irland ein Anspruch besteht.

Es kommt also darauf an, in welchem Staat die Familienangehörigen ihren Wohnort haben. (Wohnstaatsprinzip).

Diese Prüfung ist nach Gemeinschaftsrecht in Anwendung der VO durchzuführen.

Nach Art 1h der VO ist der „*Wohnort*“: *der Ort des gewöhnlichen Aufenthalts;*“

Es wurde im Sachverhalt festgestellt, dass der Wohnort der Familie und auch der Familienmitglieder, für die Anspruch auf eine Beihilfe besteht (Kinder) in Irland gelegen ist.

Bemerkt wird, dass es bezüglich der Kollisionsnormen und der Wohnortprüfung gemeinschaftsrechtlich keine Ausnahmen für diplomatisches Personal gibt. Der bestehende Wohnsitz zweier Kinder in Österreich steht nicht im Widerspruch zur Feststellung des Ortes des gewöhnlichen Aufenthaltes der Kinder in Irland, da eine Person mehrere Wohnsitze haben kann. Der gem § 26 Abs 3 BAO gegebene fiktive gewöhnliche Aufenthalt der Kinder und des Gatten der Bw in Österreich ist rein innerstaatlich von Belang und für die

gemeinschaftsrechtliche Prüfung irrelevant. Die gemeinschaftsrechtliche Prüfung richtet sich ausschließlich nach den Kriterien der VO, welche vorrangig und unmittelbar anzuwenden ist und entgegenstehendes innerstaatliches Recht insoweit verdrängt.

Daher ist Irland vorrangig für die Zahlung der Familienbeihilfe zuständig.

In Österreich besteht nach den Bestimmungen der VO unbestritten Anspruch auf Differenzzahlung für die Bw. Innerstaatlich handelt es sich um eine Ausgleichszahlung gem § 4 Abs 2 FLAG. Die Ausgleichszahlung (Differenzzahlung) gilt – mit Ausnahme der Bestimmungen über die Höhe der Familienbeihilfe – als Familienbeihilfe iSd FLAG.

Die Bestimmung des § 5 Abs 3 FLAG, wonach kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, besteht, ist schon innerstaatlich im EWR durch § 53 Abs 1 FLAG und im ggstdl Fall auch aG der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen nicht anzuwenden.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden

Wien, am 19. April 2010