

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter M\*\*\*\*\* in der Beschwerdesache R\*\*\*\*\* gegen den Bescheid des Finanzamtes Innsbruck vom 16. Mai 2012, betreffend Abweisung eines Antrages auf Differenzzahlung zu Recht erkannt:

I.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

II.

Der Spruch des Bescheides wird abgeändert wie in der Berufungsvorentscheidung vom 8. Juli 2013 ausgeführt.

III.

Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

## Entscheidungsgründe

### 1) Verfahrensgang:

Mit Eingabe vom 2. April 2012 beehrte die Antragstellerin die Auszahlung der Familienbeihilfe/Differenzzahlung rückwirkend ab Mai 2008 für die Kinder A\*\*\*\*\* und B\*\*\*\*\*. Nach den Angaben im Antrag sei sie verheiratet und übe in Österreich eine berufliche Tätigkeit aus. Nach den Einkommensteuerbescheiden hat die Antragstellerin in Österreich im Jahr 2008 ein Einkommen von € 7.582,47, im Jahr 2009 ein Einkommen von € 18.257,94 und im Jahr 2010 ein Einkommen von € 17.473,48 erzielt.

Sie sei rumänische Staatsbürgerin und lebe in Österreich, ihr Gatte wäre serbischer Staatsbürger und lebe in Rumänien, wo sich auch der gemeinsame Wohnsitz befinde. Die Kinder würden in Serbien in J\*\*\*\*\* eine Schule besuchen. Nach den vorgelegten Beilagen wurden beide Kinder in Serbien geboren und besitzen die rumänische

Staatsbürgerschaft. Beide Kinder scheinen im Nationalen Register der Einwohnerevidenz mit Wohnsitz in X\*\*\*\*\* in Rumänien auf.

Mit Bescheid vom 16. Mai 2012 wurde der Antrag abgewiesen. Nach Verweisen auf die VO(EWG) 1408/71 und die VO(EG) 883/2004 sowie die DVO(EWG) 574/72 wurde sachverhaltsmäßig festgehalten, dass die Kinder eine Schule in Serbien besuchen und daraus gefolgert, dass sich der gewöhnliche Aufenthalt der Kinder ebenfalls in Serbien befinde. *"Da das EU-Abkommen nicht für Drittstaaten gilt, ist kein Anspruch auf Ausgleichszahlung bzw. Differenzzahlung gegeben."*

Rechtzeitig wurde gegen diesen Bescheid Berufung erhoben. Die Kinder hätten ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in Serbien, sondern in Rumänien. Richtig sei, dass die Kinder in Serbien in die Schule gehen und wäre dafür auch eine Wohnung (in Serbien) angemietet worden, welche die Kinder von Montag bis Freitag benutzen würden. Am Freitag nach der Schule würden sie jedoch nach Rumänien "heimfahren". Wenn man die Schulzeit in Serbien und den Aufenthalt in Rumänien (Wochenende und Ferien) vergleiche, dann ergebe sich ein Verhältnis von 180 Tagen in Serbien und von 185 Tagen in Rumänien. Dies ohne Krankheitstage, die in Rumänien verbracht worden wären. Die Schule in Serbien werde deshalb besucht, weil die "Unterrichtsqualität" besser sei und die Entfernung (im Vergleich zu einer Schule in Bukarest) zu X\*\*\*\*\* geringer wäre. Die Kinder könnten sich "aufgrund der guten Erziehung" in Serbien selbständig versorgen. Vor Ort gäbe es keine Bezugspersonen. Sämtliche finanziellen Verpflichtungen inklusive der Betriebskosten der Wohnung würden von ihr übernommen. In Rumänien würden die Kinder vom Vater und ihrer Mutter versorgt. Die Wohnung in Rumänien stehe in ihrem Eigentum. Der Ehemann sei nicht erwerbstätig und habe seit fünf Jahren seinen ständigen Aufenthalt in Rumänien. Die Kinder wären bei ihrem Mann in Rumänien mitversichert, die Kosten der Versicherung würde ebenfalls sie bezahlen. Nach der VO(EG) 883/2004 habe jener Staat die Familienleistungen zu gewähren, in dem eine Erwerbstätigkeit ausgeübt werde. Es werde daher beantragt, die Familienbeihilfe ab Mai 2008 auszuzahlen.

Das Finanzamt ersuchte sodann um weitere Auskünfte. Mit Eingabe vom 21. Dezember 2012 wurde auf dieses Ersuchen reagiert. Der Ehemann und die Kinder würden seit März 2008 in Rumänien wohnen, sie selbst lebe seit Mai 2008 in Österreich. Über die Wohnung in Serbien würde lediglich ein mündlicher Mietvertrag bestehen, es werde jedoch eine Bestätigung des Vermieters beigelegt. Aus dieser ergibt sich, dass die beiden Kinder seit September 2009 "zeitweilig" beim Vermieter "wohnhaft sind". Dies an den "Arbeitstagen im Verlaufe des Schuljahres". Dafür würde er monatlich € 200,00 erhalten. Die Kinder würden seit September 2009 die Schule in Serbien besuchen und wären bis April 2012 vom Vater zur Schule gebracht und von dort auch abgeholt worden. Ab Mai 2012 würden die Kinder selbst fahren.

Vorgelegt wurden auch Zeugnisse beider Kinder für die Schuljahre 2009/2010, 2010/2011 und 2011/2012.

An Hand eines Routenplaners ermittelte das Finanzamt eine Entfernung zwischen X\*\*\*\*\* und J\*\*\*\*\* von ca 240 km.

In einem weiteren Ergänzungsersuchen vom 25. Feber 2013 wurde die Antragstellerin aufgefordert, eine Kopie ihres Reisepasses, Zeugnisse der Kinder für das Schullahr 2008/2009 und Kopien der von ihr im Jahr 2012 ausgestellten Rechnungen vorzulegen und Nachweise für die Durchführung der Fahrten zwischen Serbien und Rumänien bzw Rumänien und Österreich zu erbringen.

Übermittelt wurden mit Eingabe vom 25. März 2013 eine Kopie von vier Seiten des Reisepasses, eine Kopie einer Identitätskarte, Bestätigungen über den Besuch einer Grundschule in S\*\*\*\*\*, Serbien, durch die Kinder im Schuljahr 2008/2009 sowie diverse von der Antragstellerin ausgestellte Rechnungen über [Tätigkeit]en aus dem Jahr 2012. Die Antragstellerin gab an, dass sie "normalerweise" ständig in Österreich lebe. Die Unterhaltskosten der Kinder würden monatlich ca € 1.110,00 betragen. An Hand von Überweisungsbelegen wurde nachgewiesen, dass die Antragstellerin regelmäßige Zahlungen hauptsächlich an ihren Ehegatten leistete. Darüber hinaus habe sie "öfters auch diversen Personen Geld mitgegeben". Die Überweisungen erfolgten nach Serbien; dies wäre dadurch begründet, dass die Kosten überwiegend in Serbien anfallen würden und direkt vor Ort bezahlt würden. Zudem wären die Spesen in Serbien günstiger. Die Kinder wären mit einem auf ihren Ehegatten zugelassenen PKW "ungefähr 8 - 9 Monate pro Jahr" wöchentlich nach Serbien gebracht und von dort abgeholt worden. Ab Mai 2012 wären die Kinder dann selbst gefahren. Die Fahrtstrecke habe ca 500 km betragen. Das Fahrzeug wäre im August 2009 zugelassen worden und wären damit bis März 2013 109.600 km gefahren worden. Die Bestätigung erfolgte durch eine serbische Stelle und enthält als Wohnort des Ehegatten eine Adresse in Serbien. Sie selbst habe ihre Fahrten von und nach Österreich "sehr individuell" vorgenommen (mit dem Bus, dem Zug oder mit Bekannten und Verwandten); ein Nachweis könne nicht erbracht werden, da sie sich die Bus- und Zugkarten nicht aufbewahrt habe.

Im Juni 2013 langten die an die rumänischen Behörden versendeten Formulare E 411 an das Finanzamt zurück. Aus diesen geht hervor, dass sowohl die Antragstellerin als auch ihr Ehegatte in Rumänien weder (im Sinne der EU-VO) beschäftigt waren noch einen Antrag auf Familienbeihilfe gestellt haben.

Mit (damals) Berufungsvorentscheidung wurde abweisend entschieden und ausgeführt, dass sich die Kinder ständig in Serbien aufhalten würden, weshalb kein Anspruch auf Familienbeihilfe bzw Differenzzahlung bestehen würde.

Daraufhin wurde die Vorlage der (damals) Berufung an die Abgabenbehörde zweiter Instanz beantragt. Die Kinder hätten ihren ständigen Aufenthalt in Rumänien. Sowohl die Meldebestätigungen als auch die Bestätigungen über die Staatsbürgerschaft lägen dem Antrag bei. Der Wohnsitz in Rumänien bestehe bereits seit März 2008.

Richtig sei zwar, dass die Kinder in Serbien in die Schule gingen, die dortige Wohnung werde jedoch nur an "Arbeitstagen" im Verlaufe des Schuljahres genutzt. Vergleiche man die Schulzeit in Serbien und den Aufenthalt in Rumänien, ergäbe sich ein Verhältnis von 172 zu 193 Tagen. In der Folge wurden sodann die Ausführungen in der Berufung

wiederholt und abschließend ausgeführt, dass ihr Ehemann bis Mai 2012 nicht gearbeitet habe.

Das Finanzamt legte die Berufung dem Unabhängigen Finanzsenat im Oktober 2013 zur Entscheidung vor. Diese war am 31. Dezember 2013 noch unerledigt anhängig und ist daher nach § 323 Abs 38 BAO vom Bundesfinanzgericht als Beschwerde iSd Art 130 Abs 1 B-VG zu behandeln.

## **2) Sachverhalt:**

Auf Grund der Ergebnisse des durchgeführten Verwaltungsverfahrens steht an entscheidungsrelevantem Sachverhalt fest:

Die gesamte Familie lebte - unstrittig - bis März 2008 in Serbien.

Die Beschwerdeführerin, eine rumänische Staatsbürgerin, ist nach dem Sozialversicherungsauszug seit 1. Mai 2008 bei der gewerblichen Sozialversicherung als selbständig Erwerbstätige gemeldet und übt in Österreich eine [Tätigkeit] aus. Ihr Ehegatte, ein serbischer Staatsbürger, lebte nicht in Österreich, war seit März 2008 wohnsitzlich in Rumänien gemeldet und war (zumindest) bis März 2013 dort nicht berufstätig (Bestätigung E411 aus Rumänien). Im Vorlageantrag gab die Beschwerdeführerin im August 2013 an, ihr Ehegatte hätte bis Mai 2012 nicht gearbeitet. Wo der Ehegatte ab diesem Zeitpunkt gearbeitet hat und welcher Tätigkeit er nachgegangen ist, wurde nicht bekannt gegeben.

Die Beschwerdeführerin ist Eigentümerin einer Wohnung in X\*\*\*\*\*, Rumänien. Auch wurde in J\*\*\*\*\*, Serbien, ab September 2009 eine Unterkunft angemietet. Die Kinder schlossen im Schuljahr 2008/2009 eine Grundschule in Serbien ab und besuchten ab dem Schuljahr 2009/2010 eine höhere Schule ebenfalls in Serbien.

Nach den Angaben der Beschwerdeführerin haben sich ihre Kinder während der Schulzeit in Serbien in der von ihr dort angemieteten Unterkunft aufgehalten. Wo die Kinder während des Schuljahres 2008/2009 aufhältig waren, wurde nicht angegeben. Die Kinder hätten sämtliche schulfreien Tage in Rumänien verbracht. Zu diesem Zweck wären sie bis April 2012 vom Ehegatten der Beschwerdeführerin jeweils von Rumänien nach Serbien gebracht und wieder von dort abgeholt worden. Ab Mai 2012 hätte ein Sohn den Führerschein erworben und wären die Kinder selbst mit dem Fahrzeug des Ehegatten gefahren (Vorhaltsbeantwortung vom 25. März 2013).

Die einfache Strecke zwischen dem Wohnort in Rumänien und dem Schulort in Serbien beträgt ca 250 km. Mit dem in Rede stehenden Fahrzeug wurden im Zeitraum August 2009 bis März 2013 109.600 km zurückgelegt.

## **3) Rechtslage und Erwägungen:**

Vorauszuschicken ist, dass Rumänien seit dem 1. Jänner 2007 ein Mitgliedsland der Europäischen Union ist. Die Streitparteien gehen übereinstimmend davon aus, dass im

gegenständlichen Fall somit neben den innerstaatlichen Vorschriften des FLAG 1967 (vorrangig) auch unionsrechtliche Normen Anwendung zu finden haben.

Nach den unionsrechtlichen Vorschriften (VO[EWG] 1408/77 samt DVO[EWG] 574/72 und VO[EG] 883/2004 samt DVO[EG] 987/2009) gilt für Staatsangehörige eines Mitgliedsstaates, welche als Arbeitnehmer oder Selbständige den Rechtsvorschriften eines (oder mehrerer) Mitgliedsstaaten unterliegen, in Bezug auf die Auszahlung von Familienleistungen der Grundsatz des "Beschäftigungslandsprinzips".

Beim vorliegenden Sachverhalt (die Beschwerdeführerin unterliegt im Rahmen ihrer ausgeübten Tätigkeit den Rechtsvorschriften Österreichs, ihr Ehegatte übte nach den Angaben im Formular E 411 keine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit aus) wäre daher Österreich vorrangig zur Auszahlung der Familienbeihilfe verpflichtet. Dies auch dann, wenn die Kinder in einem anderen Staat der europäischen Union wohnen (Art 73 VO[EWG] 1408/71 und Art 67 VO[EG] 883/2004). Unter "Wohnort" ist der Ort des gewöhnlichen Aufenthaltes zu verstehen (Art 1 lit h VO[EWG] 1408/71 und Art 1 lit j VO[EG] 883/2004).

Nach den innerstaatlichen Vorschriften besteht grundsätzlich kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten (§ 5 Abs 3 FLAG 1967).

Im vorliegenden Fall ist strittig, ob sich die Kinder der Beschwerdeführerin ständig in Rumänien aufhalten. Das Finanzamt vertritt dazu den Standpunkt, dass dies nicht zutreffe, weil die Kinder unstrittig eine Schule in Serbien besuchen und dort auch über eine Wohnmöglichkeit verfügen. Die Beschwerdeführerin bringt dagegen vor, dass sich trotz dieses Umstandes der ständige Aufenthalt der Kinder in Rumänien befinden würde.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs 3 FLAG 1967 unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs 2 BAO zu beurteilen (vgl etwa VwGH 24.6.2010, 2009/16/0133, mwN, sowie *Nowotny* in Csaszar/Lenneis/Wanke, Familienlastenausgleichsgesetz, Rz 9 zweiter Absatz zu § 5).

Dem Wortlaut des § 26 Abs 2 erster Satz BAO ist zunächst zu entnehmen, dass ein nicht nur vorübergehendes Verweilen in einem Land als ständiger Aufenthalt zu sehen ist. Die Frage des ständigen Aufenthaltes iSd § 5 Abs 3 FLAG 1967 ist nicht nach subjektiven Gesichtspunkten, sondern nach den objektiven Kriterien der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit zu beantworten (vgl nochmals das erwähnte Erkenntnis vom 24. Juni 2010). Ein Aufenthalt ist nicht schon dann vorübergehend im Sinne der Rechtsprechung zu § 5 Abs 3 FLAG 1967, wenn er zeitlich begrenzt ist (vgl zB VwGH 18.11.2009, 2008/13/0072), weshalb bei der im Zuge der vorzunehmenden ex-ante Betrachtung des Auslandsaufenthaltes auch eine nach objektiven Gesichtspunkten als annähernd gewiss anzunehmende Rückkehr nicht entscheidend ist.

Lassen objektive Gesichtspunkte erkennen, dass ein Aufenthalt nicht nur vorübergehend währen wird, dann liegt schon ab dem Vorliegen dieser Umstände, allenfalls ab Beginn des Aufenthaltes, ein ständiger Aufenthalt vor (vgl VwGH 26.1.2012, 2012/16/0008).

Im gegenständlichen Fall steht unbestritten fest, dass die Kinder der Beschwerdeführerin ihre (gesamte) Schulzeit in Serbien absolviert haben. Im streitgegenständlichen Zeitraum wurden die Grundschule und daran anschließend eine auf vier Jahre angelegte weiterführende Schule besucht. Die Änderung des "offiziellen" Wohnsitzes (von Serbien nach Rumänien) erfolgte im zeitlichen Naheverhältnis zur Arbeitsaufnahme der Beschwerdeführerin in Österreich.

Angesichts des Umstandes, dass die Söhne der Beschwerdeführerin ihre gesamte schulische Ausbildung in Serbien absolvieren und dort auch über eine Unterkunft verfügen, beendet alleine der (behauptete) Umstand, dass sie sich (ab dem Jahr 2008) in den Ferien und an schulfreien Tagen in der Wohnung in Rumänien aufgehalten haben, nicht den ständigen Aufenthalt in Serbien (vgl zB VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103, und VwGH 2.6.2004, 2001/13/0160, mwN).

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 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 (vgl etwa VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103, und VwGH 22.4.2009, 2008/15/0323, mwN).

Schließlich hat der Verwaltungsgerichtshof schon im Erkenntnis vom 6.10.1980, 2350/79, ausgesprochen, dass Personen, die sich während der Arbeitswoche ständig am Betriebsort aufhalten, nur dort ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben. Dies muss grundsätzlich auch für Schüler gelten, die sich während der Schulwoche ständig am Schulort aufhalten, sofern nicht im Einzelfall ein zeitliches Überwiegen der Aufenthalte in einem anderen Staat glaubhaft gemacht werden kann (vgl neuerlich VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103).

In der damaligen Berufung (nunmehr: Beschwerde) hat die Beschwerdeführerin ausgeführt, ihre Kinder würden sich in einem Verhältnis von 180 Tagen in Serbien und 185 Tagen in Rumänien überwiegend im letztgenannten Staat aufhalten. Im Vorlageantrag wurde dieses Verhältnis in 172 zu 193 Tagen zu Gunsten von Rumänien ausgeweitet. Daraus wird bereits deutlich, dass der Beschwerdeführerin selbst offensichtlich keine genauen Aufenthaltszeiten vorliegen, sondern diese ihre Behauptung lediglich auf Annahmen aufbaut. Die im Zuge des Vorlageantrages beigebrachte "Berechnung" ist ebenfalls nur eine beispielhafte und unkonkrete Darstellung (in der Bruchteile von Tagen einzelnen Staaten zugeordnet sind), welche weder für die Abgabenbehörde noch für das Bundesfinanzgericht überprüfbar ist, enthält sie doch nicht einmal das Kalenderjahr, welches diese Darstellung betreffen soll oder die konkrete zeitliche Lagerung der schulfreien Tage. Bereits ein durchaus denkbarer 14-tägiger Urlaub in einem anderen Staat als Rumänien würde das Verhältnis kippen lassen.

Zur Verifizierung der Angaben der Beschwerdeführerin ersuchte das Finanzamt in mehreren Vorhalten um Beibringung diverser Beweismittel. Im Wesentlichen hat die

Beschwerdeführerin sodann ausgeführt, dass die Kinder von ihrem Ehegatten, der als "Hausmann" in Rumänien lebe, wöchentlich zur Schule gebracht worden seien und von dort wieder abgeholt worden wären bzw ab einem bestimmten Zeitpunkt selbst gefahren wären (Vorhaltsbeantwortung vom 19. Dezember 2012). Dazu legte sie eine Bestätigung einer serbischen(!) Firma vor, welche im März 2013 bestätigte, dass der in Serbien wohnhafte(!) Ehegatte der Beschwerdeführerin einen PKW besitze, mit dem seit August 2009, somit in einem Zeitraum von drei Jahren und acht Monaten, eine Gesamtanzahl von ca 110.000 km zurückgelegt worden sei. Nach den Angaben der Beschwerdeführerin lebt ihr Ehegatte ständig in Rumänien. Über ausdrückliche Befragung, mit welchem Auto die behaupteten Fahrten von Rumänien nach Serbien stattgefunden haben (Pkt 6. des Vorhaltes vom 25. Feber 2013), antwortete die Beschwerdeführerin (Eingabe vom 25. März 2013), dass es sich hierbei um den auf ihren Ehegatten zugelassenen PKW handeln würde. Betrachtet man nun den unstrittigen Sachverhalt, nämlich, dass zwischen den Wohnsitz in Rumänien und der Schule der Kinder in Serbien ca 250 km Entfernung liegen, hätten der Ehegatte der Beschwerdeführerin pro Schulwoche (am Montag für die Verbringung der Kinder zur Schule und Rückfahrt nach Rumänien 500 km und am Freitag für die Anreise aus Rumänien und das Verbringen der Kinder nach Rumänien 500 km) jeweils ca 1.000 km zurücklegen müssen. Ab dem Zeitpunkt, zu dem die Kinder dann selbst gefahren sein sollen, würden - unterstellt man, dass das Fahrzeug sich während der Woche in Serbien befunden hat - pro Schulwoche ca 500 km Fahrtstrecke anfallen. Dazu ist vorweg festzuhalten, dass Angaben zur Durchführung der Fahrten für den Zeitraum von Mai 2008 bis August 2009 völlig fehlen. Berechnet man in der Folge ab September 2009 (im September 2009 wurde nach der Bestätigung das Fahrzeug "erstzugelassen" und begann nach der Aufstellung der Beschwerdeführerin das Schuljahr) ca 40 Wochenenden pro Schuljahr, an denen behaupteterweise Heimfahrten stattgefunden haben sollen, ergibt dies bis April 2012 alleine für das Verbringen der Kinder nach Serbien eine Gesamtfahrtstrecke von ca 110.000 km (Schuljahr 2009/2010 40 Fahrten, Schuljahr 2010/2011 40 Fahrten und Schuljahr 2011/2012 bis April 30 Fahrten). Zusätzlich hätten unter der obigen Annahme, dass das KFZ ab Mai 2012 während der Schulwoche in Serbien verblieben wäre, bis März 2013 (30 Fahrten) noch 15.000 km von den Kindern alleine zurückgelegt werden müssen.

Aus diesen Berechnungen ergibt sich zweifelsfrei, dass es - auch wenn das Fahrzeug ausschließlich für die Fahrten von und zur Schule verwendet worden sein sollte - nicht zutreffen kann, dass sich der Ehegatte ständig in Rumänien aufgehalten hat und die Kinder an allen schulfreien Tagen tatsächlich von Serbien nach Rumänien gebracht wurden bzw gereist sind.

Auf Grund dieser Fakten kann auch der Bestätigung des Vermieters, der angibt, die Kinder gegen ein Entgelt von monatlich € 200,00 (lediglich) "an Arbeitstagen im Verlaufe des Schuljahres" beherbergt zu haben, keine ausschlaggebende Bedeutung zukommen. Selbst wenn es zutreffen sollte, dass die Kinder nur während der Schulwoche dort gewohnt haben, muss daraus nicht zwingend der Schluss gezogen werden, dass sie sich in der schulfreien Zeit tatsächlich in Rumänien ausgehalten haben.

Betrachtet man nun weiters, dass die Beschwerdeführerin sämtliche Überweisungen nach Serbien getätigt hat, die Beschwerdeführerin selbst angibt, dass die Zahlungen für die Kinder "vor Ort" von ihrem Ehegatten erledigt worden sind (Vorhaltsbeantwortung vom 25. März 2013) und die Tatsache, dass die Bestätigung über die mit dem PKW zurückgelegten Kilometer von einer Firma aus Serbien (im Geburtsort der Kinder, Entfernung zum Ort der Grundschule der Kinder ca 15 km) stammt, obwohl der Ehegatte der Beschwerdeführerin (nach ihren eigenen Angaben) bereits seit mehreren Jahren ständig in Rumänien leben soll, erhärtet sich der Eindruck, dass der Ehegatte sich doch auch regelmäßig in Serbien aufgehalten hat.

Nach der Rechtsprechung liegt im gegenständlichen Fall eine erhöhte Mitwirkungs-, Beweismittelbeschaffungs- und Vorsorgepflicht der Beschwerdeführerin vor, da die wesentlichen Grundlagen für die Entscheidung nicht nur im Ausland, sondern in einem "Drittland" zu finden sind (vgl Ritz, BAO<sup>5</sup>, § 115 Tz 10ff). Diesen Pflichten hat die Beschwerdeführerin nicht entsprochen, wäre es doch ihre Aufgabe gewesen, den entscheidungsrelevanten Sachverhalt mit entsprechenden Beweismitteln klar und zweifelsfrei zu untermauern.

Zusammengefasst ist daher festzustellen, dass es der Beschwerdeführerin nicht gelungen ist, nachzuweisen oder auch nur glaubhaft zu machen, dass sich ihre Kinder tatsächlich zeitlich überwiegend in Rumänien aufgehalten haben, weshalb in Entsprechung der oben angeführten höchstgerichtlichen Judikatur die Kinder ihren gewöhnlichen (=ständigen) Aufenthalt am Schulort in Serbien und somit einem "Drittstaat" haben. Liegt ein ständiger Aufenthalt im Ausland vor, besteht für die Kinder kein Anspruch auf Familienbeihilfe und ebenfalls kein Anspruch auf eine Ausgleichs- oder Differenzzahlung. Daran ändern auch die unionsrechtlichen Bestimmungen nichts, da diese lediglich "Zuteilungsregeln" enthalten, nicht aber einen Anspruch begründen können, der nach den innerstaatlichen Regelungen generell (sowohl bei rein innerstaatlichen als auch bei grenzüberschreitenden Sachverhalten) nicht besteht.

Weiters darf noch festgehalten werden, dass selbst wenn die Kinder ihren ständigen Aufenthalt tatsächlich in Rumänien hätten, es der Beschwerdeführerin nicht gelungen ist nachzuweisen, dass sie tatsächlich die überwiegenden Kosten des Unterhaltes der Kinder trägt. Eine Auflistung der von ihr an Hand von Belegen nachgewiesenen Zahlungen zeigt, dass sie in den Jahren seit 2008 zwischen € 1.350,00 (im Jahr 2008) und € 6.100,00 (im Jahr 2012) nahezu ausschließlich an ihren Ehegatten überwiesen hat. Weitere Geldleistungen wurden zwar behauptet, jedoch weder dem Grunde nach nachgewiesen noch der Höhe nach beziffert.

Diese Zahlungen wurden von ihr zur Bestreitung des Unterhaltes ihres nach eigenen Angaben (beschäftigungs- und einkommenslosen) Ehegatten und der Kinder getätigt. Alleine den Unterhaltsbedarf der Kinder bezifferte die Beschwerdeführerin mit monatlich € 1.110,00. Damit ergibt sich alleine für die zwei Kinder ein jährlicher Unterhaltsbedarf von über € 13.000,00. Überwiegend hätte die Beschwerdeführerin somit den Unterhalt der Kinder bestritten, wenn sie jährlich alleine für die Kinder über € 6.500,00 für den



Unterhalt bezahlt hätte. Auf Grund der Tatsache, dass die nachgewiesenen Zahlungen, die - wie erwähnt - auch den Unterhalt des Ehegatten mitabzudecken hatten, in keinem Jahr diese Grenze überschritten haben, kann von einer überwiegenden Kostentragung nicht ausgegangen werden und würde auch aus diesem Grund kein Anspruch der Beschwerdeführerin auf die österreichische Familienbeihilfe bestehen.

Abschließend darf noch darauf hingewiesen werden, dass auf Grund des gesamten Vorbringens und der Höhe der von der Beschwerdeführerin in Österreich erzielten Einkünfte offen bleibt, mit welchen finanziellen Mitteln die Beschwerdeführerin (in Österreich) und ihr Ehegatte mit den Kindern (in Serbien/Rumänien) ihren Lebensunterhalt bestritten haben sollen? Die einzige Erklärung könnte sein, dass der Ehegatte entgegen den Behauptungen der Beschwerdeführerin doch bereits auch schon vor Mai 2012 Einkünfte erzielt hat. Da dies, wie aus den Bestätigungen der rumänischen Behörden hervorgeht, nicht in Rumänien der Fall war, ist eine Einkünfteerzielung in einem anderen Staat wahrscheinlich. Auf Grund des Gesamtbildes des vorliegenden Falles und der bereits oben angeführten Anknüpfungspunkte an einen Aufenthalt in Serbien, könnte dies durchaus in Serbien gewesen sein, was die Ansicht, dass die Familie trotz Anmeldung in Rumänien weiterhin in Serbien lebte, noch zusätzlich bestätigt.

#### **4. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:**

Die ordentliche Revision ist unzulässig (Art 133 Abs 4 B-VG), da mit dem gegenständlichen Erkenntnis keine Rechtsfrage zu lösen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Auch weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht ab oder fehlt es an einer solchen. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auf die in der Begründung zitierten Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes wird verwiesen.

Innsbruck, am 3. November 2014