



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., V., vertreten durch RA, gegen den Bescheid des Finanzamtes Baden Mödling betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum Juli 2005 bis Mai 2010, entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (Bw.), eine österreichische Staatsbürgerin, ist verheiratet. Sie bezog für ihren Sohn K. , geb. am 1992, von Jänner 1996 bis Juni 2005 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge.

Im Zuge der Überprüfung des Anspruches richtete das Finanzamt am 31. Mai 2010 einen Fragenvorhalt an die Bw., der von ihr wie folgt beantwortet wurde:

„1. Bitte beiliegendes Formular E401 ausfüllen und von der zuständigen slowakischen Behörde bestätigen lassen.

Es ist den Slowakischen Behörden ausdrücklich untersagt Bestätigungen auf Ausländische Formulare zu geben (trotz amtlich anerkannter Übersetzung). Aus diesem Grund sind 2 Slowakische Bestätigungen beigelegt.

2. Besteht ein gemeinsamer Familienwohnsitz in der Slowakei?

Nein. (Adresse V9 ist eine Immobilie meines Ehegatten, in der unser gemeinsamer Sohn für die Dauer des Studiums als Zweitwohnsitz gemeldet ist.)

3. Seit wann hält sich Ihr Sohn ständig in der Slowakei auf bzw. besucht er dort die Schule?

Schulbesuchsbestätigung wurde beigelegt.

4. Seit wann halten Sie sich ständig in der Slowakei auf?

Diese Frage beruht auf unbegründeter Spekulation. Ich betrachte Österreich als meine Heimat und Zentrum meines Lebensraums. Seit 1980 lebe ich mit meiner gesamten Familie (Eltern, Bruder und beide Töchter meines Ehegatten aus seiner ersten Ehe, und an dieser Stelle möchte ich auch meinen gesamten Freundeskreis erwähnen. Nicht zu verschweigen – meine Tätigkeit in der Gesellschaft der Slowakisch Österreichischen Freundschaft.) Ich halte mich nicht ständig in der Slowakei auf.

5. Seit wann sind Sie in Österreich nicht mehr beschäftigt?

Ich habe am 4.2.2005 mein Arbeitsverhältnis gekündigt. Aus Zeitgründen war diese nicht mit der diplomatischen Tätigkeit meines Ehegatten zu vereinbaren.

6. Seit wann ist Ihr Gatte im Ministerium für Inneres beschäftigt?

Diese Auskunft ist nicht möglich. Aus der Sicht der slowakischen Behörden hat diese keinerlei Relevanz zu meinem Ansuchen um Kinderbeihilfenverlängerung.

Das Finanzamt forderte mit Bescheid vom 6. Juli 2010 von der Bw. die von ihr für ihren Sohn K. für den Zeitraum Juli 2005 bis Mai 2010 bezogenen Familienbeihilfenbeträge und Kinderabsetzbeträge mit folgender Begründung zurück:

„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).

Da Sie seit Juli 2005 keiner Erwerbstätigkeit im Sinne der Verordnung nachgehen, besteht in Österreich kein Anspruch auf Familienleistungen.“

Der steuerliche Vertreter der Bw. er hob gegen den Bescheid fristgerecht Berufung und führte dazu Folgendes aus:

„...Der angefochtene Bescheid führt aus, ich habe im Zeitraum von Juli 2005 bis Mai 2010 zu Unrecht Familienleistungen für mein Kind K. ... bezogen und führt als Begründung aus, nach der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 habe jener Mitgliedsstaat Familienleistungen zu gewähren, in dem eine Erwerbstätigkeit ausgeübt wird und ich sei seit Juli 2005 keiner Erwerbstätigkeit im Sinne der Verordnung nachgegangen.

Diese Bestimmung wird zu Unrecht angewendet. Ich bin ebenso, wie mein in Rede stehendes Kind K. ...österreichische Staatsbürgerin und hatte während des gesamten in Rede stehenden Zeitraumes meinen Lebensmittelpunkt in Österreich, nämlich ursprünglich an der Adresse 1050 Wien, H-Gasse und später an der Adresse 0000 V, J-Gasse. Mein Sohn K. ... war während des gesamten in Rede stehenden Zeitraumes bei mir wohnhaft und wurde auch in meinem Haushalt versorgt.

Mein Mann und Vater des in Rede stehenden Kindes, KRK ist slowakischer Staatsbürger und als Diplomat häufig auf Reisen ebenso wie sich sein Dienstort regelmäßig ändert. Er verfügt auch über eine ständige Wohnung in Bratislava, in der sich unser Sohn und ich naturgemäß auch häufig aufhalten. Dies vor allem dann, wenn auch mein Mann vor Ort ist. Unbeschadet dessen befand und befindet sich unser Lebensmittelpunkt in Wien bzw. V..

Um die Sprachkenntnisse unseres Sohnes zu verbessern und ihm eine weitergehende Ausbildung auch in der Slowakei zu ermöglichen, hat unser Sohn KRK im vergangenen Jahr eine Schule in Bratislava besucht und im Jahr davor zur Vorbereitung als externer Schüler Prüfungen dort abgelegt. Naturgemäß hat er sich in dieser Zeit häufiger auch beim Vater in Bratislava aufgehalten, insgesamt war und ist er aber nach wie vor jedenfalls bei mir haushaltsgerechtig. Schon allein deshalb, da der Vater häufig und auch für längere Zeiträume ortsabwesend ist und unser Kind daher nur von mir regelmäßig versorgt werden kann.

Jedenfalls in Zeiten der Ortsabwesenheit des Vaters von Bratislava wurde unser Sohn auch von mir persönlich von Vösendorf nach Bratislava zur Schule gebracht und wieder abgeholt.

Unser Sohn KRK hatte daher während des gesamten in Rede stehenden Zeitraumes seinen Lebensmittelpunkt in Österreich, hat bei mir gewohnt und wurde in meinem Haushalt versorgt. Nur gelegentlich nächtigte er bei seinem Vater zum Zwecke des Schulbesuchs. Sein

Freundeskreis befindet sich überwiegend in Wien und Umgebung. Kürzlich ist er auch seiner Stellungspflicht beim Militärkommando Wien nachgekommen.

Sein Vater... hat weder im Ausland noch in Österreich eine Familienbeihilfe oder irgendwelche ähnlichen Familienleistungen bezogen. Auch ich habe im Ausland keinerlei vergleichbare Leistungen bezogen.

Bemerken möchte ich noch, dass die mir von der erstinstanzlichen Behörde schriftlich gestellten Fragen nicht auf die doch außergewöhnlichen Verhältnisse einer Diplomatenfamilie Bedacht genommen haben, ich mich jedoch bemüht habe, diese Fragen vollständig zu beantworten, aber keine Gelegenheit hatte, die Besonderheiten unserer Verhältnisse darzustellen..."

Am 1. September 2010 richtete das Finanzamt an die Bw. einen Fragenvorhalt. Dieser wurde wie folgt beantwortet:

1. In welchem Zeitraum war Ka Ku nach Beendigung bei der Slowakischen Botschaft beschäftigt?

Ka Ku war vom 1.6.1999 bis 31.12.2004 in Österreich als Diplomat akkreditiert.

2. Wo war Herr Ka Ku nach Beendigung seiner Tätigkeit für die Slowakische Botschaft in Österreich überall tätig?

Diese Frage kann wegen einer Verschwiegenheitsverpflichtung (Wiener Diplomatenabkommen) des Ka Ku als Diplomat der Slowakischen Republik nicht beantwortet werden.

3. In welchen Zeiträumen hat sich Ihr Gatte ständig im Bundesgebiet aufgehalten?

Auch diese Frage unterliegt der Verschwiegenheitsverpflichtung.

4. Verfügte Ihr Gatte über eine Aufenthaltsberechtigung für das Bundesgebiet oder wurde Ihrem Gatten eine Legitimationskarte ausgestellt?

Ka Ku verfügte während seiner Tätigkeit in Österreich über eine Akkreditierungskarte als Diplomat der Slowakischen Republik. Im Übrigen ist er als Diplomat und EU-Bürger zum Aufenthalt in Österreich berechtigt.

5. Erstreckte sich diese Legitimationskarte auch auf die Familienangehörigen?

Nein, da Sohn und Ehefrau als österreichische Staatsbürger ohnehin zum Aufenthalt in Österreich berechtigt sind.

6. Bis wann haben Sie in Österreich eine berufliche Tätigkeit ausgeübt?

Die Berufungswerberin hat bis 4.2.2005 eine berufliche Tätigkeit in Österreich ausgeübt und danach noch sechs Monate Arbeitslosenunterstützung bezogen; die Vereinbarung über die Auflösung des Dienstverhältnisses wird in Kopie angeschlossen.

7. Haben Sie außerhalb Österreichs jemals eine berufliche Tätigkeit ausgeübt? Wenn ja, in welchem Land bzw. in welcher Zeit?

Nein.

8. Halten Sie sich ständig im Bundesgebiet auf?

Ja, bis auf gelegentliche beruflich oder familiär veranlasste Auslandsreisen. Nach dem Aufenthaltsrecht der Europäischen Union ist es ausreichend, wenn man sich mehr als 182 Tage pro Jahr in dem betroffenen Land aufhält. Die Berufungswerberin hält sich jedenfalls deutlich länger in Österreich auf.

9. Wieviel Zeit des Jahres verbringen Sie im Ausland?

Im Durchschnitt der Jahre insgesamt etwa zwei Monate.

10. In welchem Land betreiben Sie Ihr Studium? Seit wann studieren Sie? Nachweis darüber.

Seit 14.9.2010 studiert die Berufungswerberin in Bratislava, Slowakei; eine Bestätigung wird in Kopie angeschlossen, sie kann über Ersuchen auch übersetzt werden.

11. In welchem Land üben Sie Ihre Tätigkeit für die Gesellschaft der Slowakisch-Österreichischen Freundschaft aus? Bestätigung darüber.

Bei der Gesellschaft für Slowakisch-Österreichische Freundschaft handelt es sich um eine grenzüberschreitende Initiative, wobei die Berufungswerberin als Mitglied der Österreichischen Seite ehrenamtlich das Generalsekretariat leitet. Die Tätigkeit wird sowohl in Österreich als auch in der Slowakei ausgeübt.

12. Verfügen Sie und Ihr Sohn über eine in Österreich alle Risiken abdeckende Krankenversicherung? Nachweis darüber (E-Card ist nicht ausreichend)

Solange die Berufungswerberin berufstätig war (siehe Punkt 6.) waren sie und ihr Sohn in Österreich sozialversichert. Seither sind beide beim Ehemann bzw. Vater mitversichert. Der Ehemann der Berufungswerberin wird soweit vorhersehbar mit 31.12.2010 seine berufliche Laufbahn beenden. Ab diesem Zeitpunkt werden die Berufungswerberin und ihr Sohn nicht mehr mitversichert sein und werden sich wieder in Österreich sozialversichern.

13. Bis zu welchem Schuljahr besuchte K. in Österreich die Schule? Nachweis darüber.

KRK besuchte bis Februar 2005 in Österreich die Schule; ein Nachweis für das Schuljahr 2003/2004 wird in Kopie angeschlossen, ein Nachweis für das erste Halbjahr 2005 konnte nicht aufgefunden werden und wird nachgereicht.

14. Seit wann besucht K. eine Schule in der Slowakei? Nachweis darüber

KRK besuchte von September 2008 bis Juni 2009 einen Sprachförderunterricht in Bratislava, Slowakei, um seit September 2009 dort das Gymnasium für slawische Sprachen zu besuchen. Es handelt sich dabei um eine von der EU geförderte Vorstufe zur Diplomatenausbildung.

Abschließend wird nochmals ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sowohl die Berufungs-werberin als auch der in Rede stehende Sohn KRK während des gesamten in Rede stehenden Zeitraumes ihren Hauptwohnsitz in Österreich hatten. Dieser Hauptwohnsitz ist nach wie vor aufrecht und Schulbesuche sowie sonstige Tätigkeiten in Bratislava, Slowakei, erfolgen in der Regel von Österreich aus. Die Fahrtzeit beträgt rund 50 Minuten.

Am 8. Februar 2011 erging an die Bw. ein weiterer Fragenvorhalt. Dieser wurde wie folgt beantwortet:

1) Hat sich im oben genannten Zeitraum nur Sohn Ka zum Schulbesuch in Deutschland aufgehalten oder waren auch Sie und Ihr Gatte im genannten Zeitraum in Deutschland wohnhaft?

Mein Gatte war mit unserem Sohn von Februar 2005 bis ca. 15. Juli 2005 (Beginn der Sommerferien in Norddeutschland) allein in Berlin, nach diesem Zeitraum wohnten wir bis 30. Juli 2008 gemeinsam. Die restliche Dauer des Dienstverhältnisses war mein Gatte wieder alleine in Berlin wohnhaft.

2) Waren Sie im o.g. Zeitraum in Deutschland erwerbstätig? Wenn ja, Bekanntgabe des Dienstgebers.

Nein, als Diplomatengattin war mir jegliche Erwerbstätigkeit untersagt.

3) War Ihr Gatte im o.g. Zeitraum in Deutschland beruflich tätig? Wenn ja, Bekanntgabe um welche Art der Tätigkeit es sich gehandelt hat.

Mein Gatte war im Zeitraum vom 1.2.2005 bis 30.6.2009 in Berlin als Diplomat tätig; Name Ka Ko Ku, Dienstgrad Botschaftsrat in der Botschaft der Slowakischen Republik in der F-Straße, Berlin Mitte.

4) Bitte um Bekanntgabe der deutschen Wohnanschrift betreffend den o.g. Zeitraum.

Wir wohnten in der Dienstwohnungsanlage der Slowakischen Botschaft in der N-Gasse in Pankow.

-
- 5) Sollte Sohn Ka alleine in Deutschland gewesen sein: Bei wem bzw. wo hat er gewohnt?
-

Über die Berufung wurde erwogen:

Folgender Sachverhalt steht fest.

Die Bw. ist seit 18. März 1992 österreichische Staatsbürgerin; sie war vom 1. Jänner 2000 bis 4. Februar 2005 in Österreich beschäftigt. Vom 5. Februar 2005 bis 14. Juni 2005 bezog sie Arbeitslosengeld bzw. Krankengeld. Ab Juli 2005 übte die Bw keine Erwerbstätigkeit aus und war im Inland auch nicht sozialversichert. Sie wohnte bis zum 15. Juli 2005 mit ihrer Familie im Inland.

Sie ist verheiratet mit Ka Ku, einem slowakischen Staatsbürger. Er war vom 1. Juni 1999 bis 13. Jänner 2005 als Diplomat (erster Sekretär) bei der Botschaft der Slowakischen Republik in Wien notifiziert; vom 1. Februar 2005 bis 30. Juni 2009 war er in Berlin als Diplomat an der Slowakischen Botschaft tätig.

Die Bw wohnte seit 16. Juli 2005 mit ihrem Gatten und ihrem Sohn bis 30. Juli 2008 ständig in Deutschland (Berlin) und hatte in dieser Zeit dort den Mittelpunkt der Lebensinteressen. Die Bw übte in Deutschland keine Erwerbstätigkeit aus.

Der gemeinsame Sohn K., geb am 1992, ist österreichischer Staatsbürger. Er wohnte bis Jänner 2005 bei den Eltern in Wien, wo er auch die Schule besuchte, und ab Februar 2005 in Berlin (von Februar 2005 bis 15. Juli 2005 beim Vater, dann bei den Eltern s.o.). Dort besuchte er vom 1. August 2005 bis 31. Juli 2008 eine Gesamtschule.

Seit September 2008 besucht er ein Privatgymnasium in Bratislava (voraussichtliches Ende: 30. Juni 2012).

Die Bw übersiedelte im August 2008 mit ihrem Sohn von Deutschland nach Bratislava, wo sie mit ihrem Gatten (ab Juli 2009) und ihrem Kind ständig wohnt. Sie ist in der Slowakei nicht erwerbstätig; seit 14.9.2010 studiert sie in Bratislava. Der Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen befindet sich seit August 2008 in der Slowakei.

Der Gatte der Bw übersiedelte nach Beendigung seiner diplomatischen Tätigkeit im Juni 2009 nach Bratislava zur Familie. Er ist bei der Slowakischen Republik im Ministerium für Inneres beschäftigt und wohnt ständig am Familienwohnsitz in Bratislava. Diese Wohnung besitzt er schon seit Jahren.

Die Bw kommt seit der Übersiedlung nach Deutschland nur mehr gelegentlich nach Österreich.

In der Slowakei wurden weder von der Bw noch ihrem Gatten Familienleistungen beantragt. Seit 15. Juni 2005 sind die Bw und der Sohn beim Gatten in der gesetzlichen slowakischen Krankenversicherung mitversichert.

Der festgestellte Sachverhalt beruht auf folgender Beweiswürdigung.

Der Staatsbürgerschaftsnachweis der Bw ist aktenkundig. Die Erwerbs- und Sozialversicherungsverhältnisse der Bw sind durch den vorliegenden Versicherungsdatenauszug der österreichischen Sozialversicherung und durch das Vorbringen der Bw erwiesen. Dass die Bw bis 15. Juli 2005 mit ihrer Familie im Inland wohnte, ist durch ihre nsA Tätigkeit und die Tätigkeit ihres Gatten als Diplomat erwiesen und unbestritten.

Die Tätigkeit des Gatten der Bw als Diplomat, zuerst bei der Botschaft der Slowakischen Republik in Wien und anschließend in Berlin ist aktenkundig.

Dass die Bw seit 16. Juli 2005 mit ihrem Gatten und ihrem Sohn ständig in Berlin lebte, beruht auf den Angaben der Bw. Sie führte in der Vorhaltsbeantwortung vom 1.3.2011 aus, dass die Familie (Bw, Gatte, Kind) nach dem 15.7.2005 bis 30.7.2008 gemeinsam in Berlin gewohnt habe. Auch dass sie in Deutschland keine Erwerbstätigkeit ausübte, beruht auf ihren Angaben.

Der Staatsbürgerschaftsnachweis des Sohnes der Bw ist aktenkundig. Dass er bis Jänner 2005 in Wien die Schule besuchte und hier lebte, ist unbestritten. Dass er ab Februar 2005 in Berlin lebte, hat die Bw nach umfangreichen Ermittlungen des Finanzamtes im Antwortschreiben vom 1.3.2011 selbst ausgeführt. Der Schulbesuch in Berlin ist durch das vorgelegte Abgangszeugnis der Schule erwiesen. Dass er seit September 2008 ein Privatgymnasium in Bratislava (voraussichtliches Ende: 30.6.2012) besucht, wurde durch die Vorlage der Schulbesuchsbestätigung vom 8.3.2010 nachgewiesen.

Dass die Bw im August 2008 mit ihrem Sohn von Deutschland nach Bratislava übersiedelte, wo sie mit diesem seitdem ständig wohnt, wird zwar von ihr bestritten, wird jedoch in freier Beweiswürdigung vom UFS aG folgender Tatsachen, Indizien und Vorbringen festgestellt.

Dass der Sohn der Bw seit September 2008 eine Schule in Bratislava besucht, ist unbestritten.

Ferner ist unbestritten, dass der Gatte der Bw zuerst Diplomat in Wien und dann in Berlin war. Die gesamte Familie lebte in Wien zusammen und hatte hier ihren Lebensmittelpunkt. Dies ist bei Diplomaten üblich und wird auch von der Bw so vorgebracht.

Dass die Familie anschließend in Berlin ihren Lebensmittelpunkt hatte, wurde allerdings erst im Laufe des Verfahrens geoffenbart. Anfangs wurde nämlich vorgebracht, sowohl die Bw als auch ihr Sohn hätten während des gesamten in Rede stehenden Zeitraums (von Juli 2005 bis März 2010) den Hauptwohnsitz in Österreich (siehe Vorhalt vom 1.10.2010) bzw. hätten die Bw und auch ihr Sohn während des gesamten in Rede stehenden Zeitraumes ihren Lebens-

mittelpunkt in Österreich (siehe Berufung).

Erst durch den Vorhalt des FA vom 14.12.2010, in dem gefragt wurde, wo der Sohn der Bw die Schule vom März 2005 bis Juli 2008 besucht hat, wurde durch die Vorlage von entsprechenden Schulzeugnissen offen gelegt, dass der Sohn in Berlin zur Schule ging.

Über Nachfrage des FA im Vorhalt vom 8.2.2011 wurde schließlich klar, dass die gesamte Familie in Berlin weilte und der Gatte der Bw dort als Diplomat tätig war. Dadurch stellte sich heraus, dass die Behauptung, die Bw und ihr Sohn hätten während des gesamten in Rede stehenden Zeitraumes ihren Lebensmittelpunkt in Österreich gehabt, nicht aufrechterhalten werden könne. Wenn die gesamte Familie gemeinsam ca drei Jahre lang in Berlin wohnt, der Gatte der Bw als Diplomat tätig ist und der Sohn in Berlin zur Schule geht, kann der Lebensmittelpunkt der Bw nicht in Österreich sein.

Es ist evident, dass der Lebensmittelpunkt und der ständige Aufenthalt der Bw und ihres Sohnes in dieser Zeit in Berlin lag.

Dass der Gatte der Bw nach dem Ende der diplomatischen Tätigkeit in Berlin beim Ministerium für Inneres in der Slowakischen Republik beschäftigt ist, ist aus den über Ersuchen des FA ausgestellten Bestätigungen der Slowakischen Behörden ersichtlich (E 411 s S 87

Familienbeihilfenakt des FA) und wurde auch von der Bw selbst anlässlich der Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe angegeben (s S 8 Familienbeihilfenakt des FA). Auf die Frage des FA (s Vorhalt vom 31.5.2010), seit wann der Gatte der Bw im Ministerium für Inneres beschäftigt sei, wurde vorgebracht, dass diese Auskunft nicht möglich wäre.

Warum dies nicht möglich sein soll, ist nicht erkennbar. Es handelt sich um eine Schutzbehauptung. Der UFS geht davon aus, dass der Gatte der Bw nach Beendigung seiner Diplomatentätigkeit in Berlin beim Ministerium für Inneres in der Slowakischen Republik beschäftigt ist. Naheliegend ist auch, dass er seitdem die bereits länger in seinem Besitz befindliche Wohnung in Bratislava bewohnt. Dies wird von der Bw – zumindest indirekt – bestätigt, wenn sie in der Berufung ausführt,

„.... hat unser Sohn ... im vergangenen Jahr eine Schule in Bratislava besucht und im Jahr davor zur Vorbereitung als externer Schüler Prüfungen dort abgelegt. Mein Mann verfügt auch über eine ständige Wohnung in Bratislava, in der sich unser Sohn und ich naturgemäß auch häufig aufhalten. ... Naturgemäß hat er sich in dieser Zeit häufiger auch beim Vater in Bratislava aufgehalten.“

Auch in den Bestätigungen der Slowakischen Behörden wird als Anschrift in der Slowakei für die gesamte Familie die Wohnung in Bratislava angegeben.

Der UFS sieht es daher als erwiesen an, dass seit dem Wegzug der Bw aus Wien ihr Mittelpunkt der Lebensinteressen nicht mehr in Wien, sondern zuerst in Berlin und später in Bratislava liegt. Der Sohn der Bw hält sich seit seinem Wegzug aus Wien zuerst ständig in

Berlin und später in Bratislava auf. Die Meldung der inländischen Wohnung als Hauptwohnsitz ist lediglich ein Indiz, entscheidend sind jedoch die tatsächlichen Verhältnisse.

Es steht fest, dass der Sohn der Bw ab September 2008 in Bratislava zur Schule geht. Dass die Bw seit August 2008 nicht mehr in Berlin lebt, hat sie selbst vorgebracht. Naheliegend ist, dass sie und ihr Sohn sich ab dem Zeitpunkt des Schulbesuchs des Sohnes in Bratislava in der dortigen Wohnung ständig aufhalten, zumal der Ehegatte im Juni 2009 seine diplomatische Tätigkeit in Berlin beendete und nun beim Ministerium für Inneres der Slowakischen Republik beschäftigt ist, was seinen ständigen Aufenthalt in Bratislava notwendig macht.

Dass die Familie zusammen lebt, entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung und den bisherigen Lebensverhältnissen der Familie. Da die gesamte Familie in Bratislava zusammen lebt und die Mitglieder der Familie dort beruflich bzw zu Ausbildungszwecken beschäftigt ist, haben die Mitglieder der Familie den ständigen Aufenthalt und den Mittelpunkt der Lebensinteressen in Bratislava.

Dass der Lebensmittelpunkt der Bw nach Bratislava verlagert wurde, ergibt sich u.a. aus dem Schulbesuch des Sohnes in Bratislava, der Tätigkeit des Ehegatten der Bw in Bratislava und dem Studium der Bw in Bratislava.

Schon vor Beginn des Studiums der Bw in Bratislava wohnte sie nicht ständig in Wien, sondern seit der Übersiedlung zu ihrem Gatten nach Berlin wohnte sie ständig in Berlin und seit der Übersiedlung nach Bratislava gemeinsam mit ihrem Sohn wohnt sie ständig in Bratislava, um ihren Sohn, der dort zur Schule ging, zu betreuen und um mit ihrem Gatten, der dort arbeitete (seit dessen Rückkehr aus Berlin), am gemeinsamen Familienwohnsitz zu leben und dort (seit 14.9.2010) zu studieren.

Dass die Bw und ihr Sohn jeden Tag von V. nach Bratislava und zurück pendeln, erscheint dem UFS angesichts der Tatsache, dass eine Wohnung in Bratislava zur Verfügung steht und der Ehemann und Vater in Bratislava beschäftigt ist, wenig wahrscheinlich.

Unbestritten ist, dass die Bw und ihr Sohn nicht in Österreich sozialversicherungspflichtig sind, sondern beim Ehegatten der Bw mitversichert sind und somit der slowakischen Sozialversicherung unterliegen.

Unbestritten ist auch, dass der Ehemann der Bw seit dem Ende der diplomatischen Tätigkeit in Österreich keinen Wohnsitz im Inland hatte, slowakischer Staatsbürger ist, in einem Dienstverhältnis zur Slowakischen Republik steht und keiner Versicherungspflicht in Österreich unterlag.

Die mehrfach vorgebrachten Behauptungen der Bw, sie und ihr Sohn hätten den Lebensmittelpunkt während des gesamten Streitzeitraums in Österreich, sind einerseits durch den

Aufenthalt in Berlin nachgewiesenermaßen widerlegt und andererseits als Schutzbehauptungen zu werten, da sie mit den festgestellten Fakten nicht in Einklang zu bringen sind.

Die Ausführungen der Bw, wie

- die Auskunft sei nicht möglich,
- die Frage beruhe auf unbegründeter Spekulation,
- die Fragen hätten nicht auf die besonderen Verhältnisse von Diplomaten Bedacht genommen waren nicht geeignet, dem Berufungsbegehren zum Durchbruch zu verhelfen.

Richtig ist, dass die Bw und ihr Sohn österreichische Staatsbürger sind, in Österreich gemeldet sind und der Sohn bei der österreichischen Stellungskommission war. Dies sind aber nur Indizien für einen Bezug zu Österreich. Die oben aufgezählten zahlreichen Indizien sprechen massiv dafür, dass der Bezug zur Slowakei im Streitzeitraum stärker war als der zu Österreich. Dies mag vorher anders gewesen sein; durch die Beendigung der Beschäftigung der Bw im Inland, die Beendigung der diplomatischen Tätigkeit des Ehegatten der Bw im Inland und die Beendigung des Schulbesuchs des Sohnes der Bw im Inland wird der geringer werdende Bezug zu Österreich jedoch evident.

Aus diesen Gründen ist die Feststellung, dass die Bw seit der Übersiedlung nach Deutschland nur mehr gelegentlich nach Österreich komme, denklogisch.

Dass in der Slowakei weder von der Bw noch ihrem Gatten Familienleistungen beantragt wurden, ergibt sich aus der entsprechenden Bestätigung der Slowakischen Behörde und wird auch von der Bw bestätigt.

Aus rechtlicher Sicht ist auszuführen wie folgt.

Gemäß § 2 Abs 8 FLAG haben Personen, die sowohl im Bundesgebiet als auch im Ausland einen Wohnsitz haben, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Bundesgebiet haben und sich die Kinder ständig im Bundesgebiet aufhalten. Eine Person hat den Mittelpunkt der Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.

Die Bw hat nicht nur in Deutschland und später in der Slowakischen Republik, sondern auch im Bundesgebiet einen Wohnsitz. Entscheidend ist daher, wo sie den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen hat. Dieser befand sich von Juli 2005 bis Juli 2008 in Deutschland und befindet sich seit August 2008 in der Slowakischen Republik. Bei verheirateten Personen, die einen gemeinsamen Haushalt führen, besteht die stärkste persönliche Beziehung in der Regel zu dem Ort, an dem sie mit ihrer Familie leben. Nach dem festgestellten Sachverhalt und der zu Grunde liegenden Beweiswürdigung besteht diese bei der Bw zuerst zu Deutschland und dann zur slowakischen Republik.

Da die Bw seit 16. Juli 2005 in Deutschland lebte, ist für den gesamten Monat Juli nach Überwiegensgrundsatz Deutschland als Mittelpunkt der Lebensinteressen heranzuziehen (16 Tage lebte die Bw in Deutschland, 15 Tage in Österreich), da für Belange der Familienbeihilfe der Anspruchszeitraum ein Monat ist.

Der Sohn der Bw hält sich seit Februar 2005 nicht ständig im Bundesgebiet auf, sondern er hält sich seit Februar 2005 bis Juli 2008 ständig in Deutschland und seit August 2008 ständig in der Slowakischen Republik auf. (S oben Sachverhalt und Beweiswürdigung).

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 idfd Streitzeitraum gF (idF: FLAG) unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs 2 Bundesabgabenordnung (BAO) zu beurteilen. Danach hat jemand den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne der Abgabenvorschriften dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt. Diese nicht auf den Mittelpunkt der Lebensinteressen abstellende Beurteilung ist nach objektiven Kriterien zu treffen.

Ein Aufenthalt verlangt grundsätzlich körperliche Anwesenheit. Daraus folgt auch, dass eine Person nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben kann. Um einen gewöhnlichen Aufenthalt aufrechtzuerhalten, ist aber keine ununterbrochene Anwesenheit erforderlich. Abwesenheiten, die nach den Umständen des Falles nur als vorübergehend gewollt anzusehen sind, unterbrechen nicht den Zustand des Verweilens und daher auch nicht den gewöhnlichen Aufenthalt (vgl. die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 2.6.2004, 2001/13/0160, vom 20.6.2000, 98/15/0016).

Es liegen somit im Streitzeitraum keine der beiden Voraussetzungen des § 2 Abs 8 FLAG (Mittelpunkt der Lebensinteressen der Bw im Inland, ständiger Aufenthalt des Sohnes im Inland) für die Gewährung der Familienbeihilfe vor.

Gemäß § 4 Abs 1 FLAG haben Personen, die Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe haben, keinen Anspruch auf Familienbeihilfe.

Gemäß § 4 Abs 2 leg cit erhalten österreichische Staatsbürger, die gemäß Abs 1 oder gemäß § 5 Abs 5 vom Anspruch auf die Familienbeihilfe ausgeschlossen sind, eine Ausgleichszahlung, wenn die Höhe der gleichartigen ausländischen Beihilfe, auf die sie oder eine andere Person Anspruch haben, geringer ist als die Familienbeihilfe, die ihnen nach diesem Bundesgesetz ansonsten zu gewähren wäre.

Nach diesem Bundesgesetz ist im vorliegenden Fall aber eine Familienbeihilfe nicht zu gewähren, da im vorliegenden Fall der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Bw (und der

ständige Aufenthalt des Kinde) im Ausland und nicht in Österreich gelegen ist. Laut Judikatur des VwGH (Erk v 13.9.1989, Zl 88/13/0165) ist einer Person, die den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Ausland hat, die Ausgleichszahlung zu versagen.

Ein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, besteht somit nur insoweit, als EU/EWR-Recht hiezu einen solchen Anspruch vorsieht.

Die Verordnung EWG 1408/71 ist auf alle Bürger der Union, die einer selbständigen oder einer unselbständigen Tätigkeit nachgehen, sowie auf Arbeitslose und Hinterbliebene anzuwenden.

Da die Bw seit Juli 2005 keiner Erwerbstätigkeit iSd VO EWG 1408/71 bzw im Mai 2010 der ab 1.5.2010 geltenden VO 883/2004 nachgeht, ist die VO auf die Bw nicht anzuwenden. Der Ehegatte der Bw ist zwar erwerbstätig iSd VO, es gilt aber bei der Familienbeihilfe das Beschäftigungslandprinzip. Das Kriterium Beschäftigung soll die Gleichbehandlung sämtlicher Arbeitnehmer, die denselben Rechtsvorschriften unterliegen, gewährleisten.

Hat eine Person den Wohnort (Mittelpunkt der Lebensinteressen) in einem Mitgliedstaat und übt sie nur dort eine Beschäftigung aus, so gelten die innerstaatlichen Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats.

Die Kollisionsnormen der VO kommen nur dann zur Anwendung, wenn zwei Mitgliedstaaten betroffen sind. Den Anspruch auf österreichische Familienbeihilfe betreffend muss daher der Mitgliedstaat Österreich betroffen sein. Es muss ein Inlandsbezug gegeben sein. Im vorliegenden Fall fehlt dieser. Die Bw, ihr Gatte und das Kind wohnen ständig im Ausland und haben dort den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen. Für die Gewährung der Familienbeihilfe ist die Person maßgebend, zu deren Haushalt das Kind gehört sowie das Kind selbst. Diese Personen wohnen allesamt ständig im Ausland, sodass ein Inlandsbezug nicht erkennbar ist.

Dass im Ausland kein Antrag auf Familienleistungen gestellt wurde, ist der Bw bzw ihrem Gatten zuzurechnen und kann keinen Anspruch auf österreichische Familienbeihilfe begründen.

Es besteht daher im Streitzeitraum weder nach innerstaatlichem noch nach Gemeinschaftsrecht ein Anspruch auf Familienbeihilfe.

Hat jemand zu Unrecht Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbetrag bezogen, so hat er diesen Betrag gem § 26 Abs 1 FLAG iVm § 33 Abs 3 EStG 1988 zurückzuzahlen.

Der Rückforderungsbescheid des FA erfolgte daher zu Recht.

Die Berufung war abzuweisen.

Wien, am 1. September 2011