

## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Mag. JS, xy, vom 19. März 2008 gegen den Bescheid des Finanzamtes Klagenfurt vom 26. Februar 2008 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Differenzzahlung für die Zeit ab 1. Jänner 2004 bis 31. Dezember 2007 für seinen Sohn D.11, entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

### **Entscheidungsgründe**

Der Berufungswerber (Bw.) ist der Vater des am 12 geborenen D.. Sein Sohn ist österreichischer Staatsbürger. Er lebt bei seiner Mutter, EL, in F., DE. Die Kindesmutter ist berufstätig und bezieht für Da. Kindergeld.

Der Bw. bezog bis 2003 Familienbeihilfe in Form der Differenzzahlung. Er wies die von ihm für Da. entrichteten Unterhaltszahlungen sowie sonstige Aufwendungen regelmäßig nach.

Am 19. Dezember 2007 beantragte der Bw. die Gewährung von Differenzzahlungen (Ausgleichszahlungen) für die Kalenderjahre 2004 – 2007 für Da.. Er führte darin an, dass sein Sohn österreichischer Staatsbürger sei und bei seiner Mutter EL in D-De. wohne. Die Mutter beziehe die deutsche Beihilfe. Er trage die materiellen Aufwendungen für Da.s Unterhalt von monatlich € 400,--, dazu kämen noch Geld- und Sachzuwendungen lt. detaillierter Aufstellung.

Mit Bescheid vom 26. Februar 2008 wies das Finanzamt den Antrag auf Differenzzahlung ab.

In seiner Begründung verwies es auf § 2 Abs. 2 FLAG 1967, sowie darauf, dass Da. im Hauhalt der Mutter in Deutschland wohne und die Mutter Kindergeld beziehe. Ein Anspruch auf Familienbeihilfe wegen überwiegender Unterhaltsleistung bestehe nur, wenn keine andere Person nach leg. cit. anspruchsberichtigt sei.

Gegen diesen Bescheid er hob der Bw. Berufung und führte im Einzelnen aus:

„Die Differenzzahlung wurde für die vergangenen Jahre gewährt, zuletzt zusammen für 2002 und 2003, womit das Finanzamt selbst schon einmal festgestellt hat, dass mein Anspruch darauf zu Recht besteht.“

Ob sich inzwischen rechtliche Bestimmungen zu meinem Nachteil geändert haben, überlasse ich Ihrer Rechtskenntnis, aber die Begründung in der Abweisung (Haushaltzugehörigkeit) kann keine Änderung bewirken, weil dieser Umstand unverändert ist.

Ich nehme an, dass der Anspruch zu Recht besteht aufgrund der §§ 4 Abs. 2 und 5 Abs. 4 FLAG. „

In der Berufungsvorentscheidung vom 31. März 2008 wies das Finanzamt die Berufung gegen den Abweisungsbescheid ab. Begründend wurde auf die §§ 4 Abs. 1, Abs. 2, 2 Abs. 2 FLAG 1967 und auf Art. 76, 79 VO (EWG) 1408/71 und Art. 10 DVO (EWG) 574/72 verwiesen. Da die Betreuung eines Kindes in jedem Fall eine vermögensrechtliche Leistung darstelle, sei die Betreuung des unterhaltpflichtigen Kindes der Erfüllung der Sorgepflicht – durch Geldleistung – gleichgestellt. Dadurch dass die Betreuung, Erziehung und Pflege eines Kindes dem Geldunterhalt des anderen Elternteiles gleichgestellt sei, könne daher durch Leistung des reinen Geldunterhaltes keine überwiegende Leistung des Unterhaltes gegeben sein, unabhängig von der Höhe des aufgewendeten Betrages. Im Berufungsfall liege der grundsätzliche Anspruch auf Familienbeihilfe nicht vor, weil der Gleichwertigkeit der Betreuungsleistung durch die Kindesmutter, in deren Haushalt sich das Kind im Ausland befindet, keine überwiegende Kostentragung ihrerseits gegeben sein könne.

Am 2. Mai 2008 stellte der Bw. den Antrag auf Entscheidung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz. Im Einzelnen führte er aus:

„Unabhängig von den anzuwendenden rechtlichen Bestimmungen leite ich die moralische Rechtmäßigkeit und logische Richtigkeit einer Differenzzahlung davon ab,

- 1.) dass die Familienbeihilfe die mit der Betreuung des Kindes verbundenen Mehrbelastungen – zumindest teilweise – ausgleichen soll,
- 2.) dass diese Mehrbelastungen in hohem Ausmaß von mir mitgetragen werden,
- 3.) dass es zur Symmetrie zwischen Pflichten und Rechten gehört, dass ich einerseits die in Österreich vorgesehenen Steuern zahle und andererseits die bei uns vorgesehene Transferleistung für mein Kind erhalte und

- 4.) dass eine Schlechterstellung meines getrennt von mir lebenden Kindes im Vergleich zu meinen zwei bei mir lebenden Kindern nicht im Sinne des FLAG sein kann.

Zur Begründung in der Berufungsvorentscheidung 31.3.2008 halte ich fest:

A)

Mein Sohn Da. ist Student. Als solcher wohnt er an 7 bis 8 Monaten pro Jahr am Studienort, in der restlichen Zeit bei seiner Mutter, wo ein Aufwand für „Betreuung, Erziehung und Pflege“ wie bei Kindern und Jugendlichen bei ihm als Volljährigen nicht mehr anfällt. Der Regelbedarf eines Studenten wird in der Düsseldorfer Tabelle mit monatlich 640 € angegeben. Von mir erhielt er immer mindestens € 400. Daher ist die Behauptung, dass keine überwiegende Kostentragung meinerseits gegeben sein kann, falsch.

B)

In der Berufungsvorentscheidung wurde nicht darauf eingegangen, dass die Differenzzahlung für die vorangegangenen Jahre gewährt wurde, zuletzt zusammen für 2002 und 2003, womit das Finanzamt ja selbst schon einmal festgestellt hat, dass mein Anspruch zu Recht besteht.“

Das Finanzamt legte die Berufung dem unabhängigen Finanzsenat am 19. Mai 2008 zu Entscheidung vor.

Der Bw. urgierte mit Schreiben vom 2. November 2008 die Erledigung.

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

Nach § 2 Abs. 1 lit. a FLAG 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, für minderjährige Kinder Anspruch auf Familienbeihilfe.

Nach Abs. 2 leg. cit. hat jene Person Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten überwiegend für das Kind trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.

Nach § 2 Abs. 5 FLAG 1967 gehört zum Haushalt einer Person ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die

Haushaltzugehörigkeit gilt nicht als aufgehoben, wenn

- a) sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält,
- b)...

§ 4 Abs. 1 FLAG 1967 normiert, dass Personen, die Anspruch auf eine gleichartige Beihilfe haben, keinen Anspruch auf österreichische Familienbeihilfe haben.

In 4 Abs. 2 FLAG 1967 ist vorgesehen, dass österreichische Staatsbürger, die gemäß Abs. 1 und § 5 Abs. 5 vom Anspruch auf Familienbeihilfe ausgeschlossen sind, eine Ausgleichszahlung erhalten, 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.

§ 4 Abs. 6 FLAG normiert, dass die Ausgleichszahlung, mit Ausnahme der Bestimmungen über die Höhe der Familienbeihilfe als Familienbeihilfe im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt.

Gemäß § 5 Abs. 3 FLAG 1967 besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten. In diesem Zusammenhang bestimmt jedoch § 53 Abs. 1 FLAG 1967, dass Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt sind. Hierbei ist der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten. Nach Wittmann/Papacek, Der Familienlastenausgleich, Kommentar § 53, wird dadurch die Gebietsgleichstellung mit Österreich bezüglich des ständigen Aufenthaltes der Kinder im EWR bzw. in der EU im Sinne der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen hervorgehoben. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass im Hinblick auf die Judikatur des Europäischen Gerichtshofes zu Artikel 12 des EG-Vertrages, ein generelles Diskriminierungsverbot für EU-Staatsangehörige gilt. Artikel 12 EG-Vertrag bildet somit die Grundlage für die Gleichstellung von EU-Staatsangehörigen und gilt auch für die Soziale Sicherheit einschließlich der Familienleistungen.

Im Berufungsfall sind nicht nur die innerstaatlichen Bestimmungen des FLAG 1967 zu beachten. Vielmehr ist der Bw. als in Österreich tätiger Lehrer auch von der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971, umfasst. (Anm.: Die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 hat allgemeine Geltung, ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedsstaat („Durchgriffswirkung“). Die Verordnung geht dem nationalen Recht in ihrer Anwendung vor (unmittelbare Anwendbarkeit).

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.

Nach Artikel 1 Buchstabe f) i) gilt als „Familienangehöriger“ jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, oder in den Fällen des Artikels 22 Abs. 1 Buchstabe a) und des Artikels 31 in den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaates, in dessen Gebiet sie wohnt, als Familienangehöriger bestimmt, anerkannt

---

oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet ist; wird nach diesen Rechtsvorschriften eine Person jedoch nur dann als Familienangehöriger oder Haushaltsangehöriger angesehen, wenn sie mit dem Arbeitnehmer oder dem Selbständigen oder dem Studierenden in häuslicher Gemeinschaft lebt, so gilt diese Voraussetzung als erfüllt, wenn der Unterhalt der betreffenden Person überwiegend von diesem bestritten wird. Gestatten es die Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates nicht, die Familienangehörigen von den anderen Personen, auf die sie anwendbar sind, zu unterscheiden, so hat der Begriff „Familienangehöriger“ die Bedeutung, die ihm in Anhang I gegeben wird.

Die in Rede stehende Familienbeihilfe ist zweifelsfrei 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 (s. auch Urteil des EuGH vom 5.02.2002, Rs C-255/99 Anna Humer).

Nach Artikel 73 der Verordnung Nr. 1408/71 hat ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegt, vorbehaltlich der Bestimmungen in Anhang VI, für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des ersten Staates, als ob diese Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnten.

Familienleistungen werden in diesem Fall gemäß Art. 75 der VO vom zuständigen Träger des Staates gewährt, dessen Rechtsvorschriften für den Arbeitnehmer oder Selbständigen gelten.

Artikel 76, der Prioritätsregeln für den Fall der Kumulierung von Ansprüchen auf Familienleistungen gemäß den Rechtsvorschriften des zuständigen Staates und den Rechtsvorschriften des Staates, in dem die Familienangehörigen wohnen, regelt, bestimmt: Sind für ein und denselben Zeitraum für ein und denselben Familienangehörigen in den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet die Familienangehörigen wohnen, Familienleistungen aufgrund der Ausübung einer Erwerbstätigkeit vorgesehen, so ruht der Anspruch auf die nach den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats gegebenenfalls gemäß Artikel 73 bzw. 74 geschuldeten Familienleistungen bis zu dem in den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaats vorgesehenen Betrag.

Art. 1 lit. f VO bestimmt, dass für den Fall, dass nach den Bezug habenden innerstaatlichen Rechtsvorschriften eine Person nur dann als Haushaltsangehöriger angesehen wird, wenn sie mit dem Arbeitnehmer oder Selbständigen in häuslicher Gemeinschaft lebt, diese Voraussetzung als erfüllt gilt, wenn der Unterhalt der betreffenden Person überwiegend von diesem bestritten wird.

---

Die Tatsache, dass Da. nicht im gemeinsamen Haushalt mit dem Bw. lebt ist unbestritten und ergibt sich aus dem Vorbringen des Bw. und den vorliegenden Unterlagen sowie der Aktenlage.

Aus dem Zusammenhalt der o.a. Bestimmungen ergibt sich, nachdem eine gemeinsame Haushaltsführung im gegenständlichen Fall nicht besteht, dass dem Berufungswerber unter der Voraussetzung, dass er im streitgegenständlichen Zeitraum überwiegend zum Unterhalt für sein Kind beigetragen hat, die österreichische Familienbeihilfe grundsätzlich auch dann zusteht, wenn sich das Kinder ständig im Gemeinschaftsgebiet aufhält.

Ob eine überwiegende Kostentragung in dem für den vorliegenden Fall maßgeblichen Sinn vorliegt, hängt nach herrschender Auffassung (vgl. z.B. VwGH 21.3.1996, 93/15/0208) davon ab, wie hoch die gesamten tatsächlichen Unterhaltskosten für ein Kind in einem bestimmten Zeitraum waren und in welchem Ausmaß im selben Zeitraum von der unterhaltpflichtigen Person Unterhaltsbeiträge tatsächlich geleistet wurden. Die Höhe der gesamten Unterhaltskosten ist dabei als Tatfrage nach den Verhältnissen des Landes zu klären, in welchem sich die Kinder tatsächlich aufhalten. Dabei können sich im Verhältnis zu österreichischen Verhältnissen höhere aber auch niedrigere Unterhaltskosten ergeben.

Im Berufungsfall ist es unbestritten, dass der Bw. – neben sonstigen Zuwendungen – 400 € pro Monat im Streitzeitraum an Unterhalt für seinen Sohn in DE geleistet hat. Unter Bedachtnahme auf die in Österreich geltenden Regelbedarfsätze für Studenten, die bei € 447,00 (2004), € 457,00 (2005), € 465,00 (2006) und € 475,00 (2007) lagen und darauf, dass sich in Deutschland der angemessene Gesamtunterhaltsbedarf eines Studierenden, der nicht bei seinen Eltern oder einem Elternteil wohnt, auf € 640,-- pro Monat, (vgl. „Düsseldorfer Tabelle“, basierend auf Koordinierungsgesprächen zwischen Richtern der Familiensenate der OLG Düsseldorf, Köln und Hamm sowie der Unterhaltskommission des Dt. Familiengerichtstages) beläuft, sieht es der unabhängige Finanzsenat als erwiesen an, dass der Bw. im Streitzeitraum die Unterhaltskosten für seinen Sohn Da. überwiegend getragen hat. Und auch das Finanzamt ging in den Vorjahren von der überwiegenden Kostentragung des Bw. aus und gewährte dem Bw. den Differenzbetrag. Die nunmehrige Ansicht des Finanzamtes, dass der grundsätzliche Anspruch auf Familienbeihilfe nicht vorliege, weil Da. sich im Haushalt der Kindesmutter aufhalte und deswegen eine Gleichwertigkeit der Betreuungsleistungen vorliege und die überwiegende Kostentragung des Kindesvaters nicht gegeben sei, teilt der unabhängige Finanzsenat angesichts des unverändert gebliebenen Sachverhaltes sowie angesichts der unmittelbaren und vorrangigen Anwendbarkeit der o.a. VO nicht.

Damit hat der Bw. nach den oben zitierten heranzuziehenden Rechtsvorschriften, ebenso wie die Kindesmutter in Deutschland, dem Grunde nach in Österreich einen Anspruch auf

---

Familienleistungen, der allerdings auf Grund der zitierten gemeinschaftsrechtlichen Prioritätsregeln einer vorrangigen Leistungsverpflichtung von Deutschland an die Kindesmutter nachgeht. Der Bw. hatte diesen Prioritätsregeln zufolge keinen unmittelbaren Anspruch auf Familienleistungen in Österreich, sondern nur einen Anspruch auf Differenzzahlung zwischen der Summe seiner Ansprüche auf Familienleistungen in Österreich und der Summe der Ansprüche der Kindesmutter auf Familienleistungen in Deutschland. Der Berufung war daher Folge zu leisten und der angefochtene Bescheid ersatzlos aufzuheben.

Klagenfurt, am 1. Dezember 2008