

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter \*\*\*\*\* in der Beschwerdesache X\*\*\*\*\* gegen den Bescheid des Finanzamtes Kufstein Schwaz vom 14. September 2011, betreffend Familienbeihilfe zu Recht erkannt:

I.

Der bekämpfte Bescheid wird betreffend die Söhne A\*\*\*\*\* und B\*\*\*\*\* für den Zeitraum Oktober 2006 bis Mai 2007 aufgehoben.

II.

Im Übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

III.

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

## Entscheidungsgründe

### 1) Verfahrensgang:

Mit Eingaben vom 30. Juni 2010, 14. April 2011 und 24. August 2011 beantragte der Beihilfenwerber die Zuerkennung der Familienbeihilfe für drei seiner Söhne für den Zeitraum Juni 2005 bis Mai 2011.

Das Finanzamt erledigte diese Anträge mit Bescheid vom 14. September 2011 und wies die Anträge betreffend den Zeitraum Juni 2005 bis September 2006 zurück, für den Zeitraum Oktober 2006 bis Mai 2011 ab.

In der ausführlichen Begründung kam das Finanzamt zusammengefasst zur Rechtsansicht, dass über den Beihilfenanspruch für den erstgenannten Zeitraum bereits höchstgerichtlich "rechtswirksam und endgültig entschieden" worden sei (siehe VwGH 23.2.2010, 2008/15/0145) und ein Anspruch für den zweitgenannten Zeitraum nicht bestehe, da für die nicht beim Antragsteller haushaltzugehörigen Kinder nicht überwiegend Unterhalt geleistet worden sei.

Nach mehrmaliger Fristverlängerung brachte der Beihilfenwerber rechtzeitig eine (damals) Berufung gegen den Bescheid ein. Beantragt werde, die Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbeträgen für die Söhne A\*\*\*\*\* (für den Zeitraum Oktober 2006 bis Juni 2009 und September 2010 bis Mai 2011) und B\*\*\*\*\* (für den Zeitraum Oktober 2006 bis Mai 2011) zuzuerkennen. Hinsichtlich des von der Zurückweisung umfassten Zeitraumes Juni 2005 bis September 2006 für alle drei Söhne und hinsichtlich der Abweisung betreffend den Sohn C\*\*\*\*\* für den Zeitraum Oktober 2006 bis Mai 2011 beziehungsweise den Sohn A\*\*\*\*\* für den Zeitraum Juli 2009 bis August 2010 wurden keine Änderungen des Erstbescheides begeht.

Im 48-seitigen Berufungsschriftsatz wurden weiters diverse Paragrafen der BAO (§§ 295a, 308, 206) und des FLAG 1967 (§ 4 - Ausgleichszahlung) angesprochen und entsprechende Anträge gestellt. Im Begründungsteil wurde sodann auch hinsichtlich der gestellten Anträge argumentiert, wurden Literaturstellen angeführt und Auslegungen des Gesetzestextes vorgenommen.

Das Finanzamt legte die Berufung dem Unabhängigen Finanzsenat im März 2012 ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung 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 erledigen.

Auf Grund des Berufungsvorbringens hat das Bundesfinanzgericht darüber zu entscheiden, ob für die Söhne A\*\*\*\*\* und B\*\*\*\*\* in den oben angeführten Zeiträumen ein Beihilfenanspruch bestanden hat.

## **2) Sachverhalt:**

Im Jahr 1995 wurde der Beschwerdeführer von seiner (damaligen) Ehegattin geschieden. Diese verzog mit den Kindern D\*\*\*\*\* (geb am TT.MM.J1), C\*\*\*\*\* (geb am TT.MM.J4), A\*\*\*\*\* (geb am TT.MM.J7) und B\*\*\*\*\* (geb am TT.MM.J8) sodann in die F\*\*\*\*\*.

In der F\*\*\*\*\* hatte die (frühere) Ehegattin bis zu einer Gesetzesänderung per Jänner 2009 keinen Anspruch auf Familienleistungen, weil sie dort nicht erwerbstätig war und ist. Der Beschwerdeführer lebte in Österreich und bezog bis [MM.J1] Einkünfte aus einem Dienstverhältnis, ab [MM.J2] Pensionseinkünfte.

Ein Antrag des Beschwerdeführers auf Auszahlung der Familienbeihilfe für die Kinder C\*\*\*\*\*, A\*\*\*\*\* und B\*\*\*\*\* wurde vom Finanzamt abgewiesen. Diese Entscheidung betreffend den Zeitraum Oktober 2002 bis September 2006 wurde sowohl vom Unabhängigen Finanzsenat, als auch vom Verwaltungsgerichtshof (vgl VwGH 23.2.2010, 2009/15/0205) bestätigt. Festgehalten wurde in rechtlicher Hinsicht, dass beim vorliegenden Sachverhalt unter der Voraussetzung der überwiegenden Kostentragung ein Beihilfenanspruch des in Österreich lebenden Beschwerdeführers bestehe. Da der Beschwerdeführer jedoch die Unterhaltskosten nicht überwiegend getragen habe, bestand kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

Zu den gegenständlich beschwerderelevanten Kindern ergibt sich aus dem Verwaltungsakt:

A\*\*\*\*\* vollendete das 18. Lebensjahr im [MM.J3]. Er besuchte ab [MM.1J] eine Internatsschule in E\*\*\*\*\* , ab [MM.2J] eine Schule in der F\*\*\*\*\* . Im [MM.J4] legte er die Reifeprüfung ab. In der Folge absolvierte er den Militärdienst in der F\*\*\*\*\* , ging danach diversen Beschäftigungen nach und begann sodann im Wintersemester [JJ/J1] ein Studium.

B\*\*\*\*\* vollendete das 18. Lebensjahr im (MM.J4). Ein Jahr nach seinem Bruder trat er ebenfalls in die Schule in E\*\*\*\*\* ein und wechselte zeitgleich mit seinem Bruder an die Schule in der F\*\*\*\*\* . Nach Ablegung der Reifeprüfung im [MM.J5] begann er zeitgleich mit seinem Bruder ein Universitätsstudium.

In der Zeit ab dem Schulbesuch in der F\*\*\*\*\* , sohin nach dem Besuch der Internatsschule, lebten beide Kinder im Haushalt der Kindesmutter.

Ab Jänner 2009 erhielt die Kindesmutter für die beiden Kinder in der F\*\*\*\*\* eine Familienzulage (Ausbildungszulage) in Höhe von CHF 250,00 monatlich. Im Oktober 2010 legte die Kindesmutter diesbezügliche Bezugsnachweise betreffend A\*\*\*\*\* (für den Zeitraum Jänner bis Juni 2009, insgesamt sohin CHF 1.500,00) und B\*\*\*\*\* (für den Zeitraum Jänner 2009 bis Juni 2010, sohin insgesamt CHF 4.500,00) vor. Mit Schreiben vom 22. Oktober 2010 wurde von der zuständigen Ausgleichskasse mitgeteilt, dass die Zahlung eingestellt worden sei, da für beide Söhne keine neuen Ausbildungsbestätigungen eingereicht worden sind. Immatrikulationsbestätigungen für beide Söhne bis Ende des Frühjahrssemesters (bis 31. Juli 2011) liegen jedoch im Akt auf. Ab [MM.J6] wurde von den Söhnen kein Begehren auf Unterhaltszahlungen mehr erhoben, weshalb der Beschwerdeführer ab diesem Zeitpunkt keine Zahlungen mehr leistete und auch keinen Anspruch auf Familienbeihilfe erhebt.

Hinsichtlich des Sachverhaltes, des tatsächlichen Unterhaltsbedarfs der Kinder und der Unterhaltszahlungen des Beschwerdeführers hat das Finanzamt mit Vorhalt vom 10. März 2011 das Parteiengehör gewahrt. Dabei wurde in der Auflistung der Zahlungen bis Jänner 2008 durch das Finanzamt eine Zahlung vom 22. Februar 2006 für alle drei Kinder verzeichnet. Tatsächlich wurde jedoch keine Zahlung vom 22. Februar 2006 nachgewiesen, sondern wurde am 22. November 2005 ein Betrag von € 1.000,00 an den Sohn C\*\*\*\*\* bezahlt, welcher in der Aufstellung des Finanzamtes fehlt.

Zusätzlich zu den aufgeführten Unterhaltsleistungen hat der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 24. August 2011 noch weitere Zahlungen (bezeichnet als "Restzahlungen") im Feber und August 2011 nachgewiesen.

Für den Zeitraum ab 1. Jänner 2003 sind insgesamt folgende Zahlungen des Beschwerdeführers erfolgt:

\*\*\* siehe Beilage \*\*\*

Die für die Zeiträume vor 1. Jänner 2003 geleisteten Beträge ergeben sich aus der gleichmäßigen Aliquotierung der Gesamtzahlung auf die einzelnen Monate des Zeitraumes, für welchen sie geleistet wurden. Die Zuordnung der Monatsbeträge auf die Söhne erfolgte im Verhältnis der Unterhaltsverpflichtung wie in RV/0081-I/07 dargestellt, da zum Zeitpunkt der Zahlung entsprechende Zahlungsverpflichtungen bestanden haben.

Aus dem später ergangenen (zweifach berichtigten) Urteil des [Gerichtes] ergeben sich rückwirkend die letztgültigen Unterhaltsverpflichtungen des Beschwerdeführers. Diese betragen wie folgt:

\*\*\* siehe Beilage \*\*\*

Mit Eingabe vom 24. August 2011 teilte der Beschwerdeführer dem Finanzamt mit, dass der Verfahrenshilfearzt der Kinder betreffend A\*\*\*\*\* die Zeit der Ableistung des Militärdienstes und der daran anschließenden Erwerbstätigkeit als "unterhaltsfrei" einstufe und mit den "Restzahlungen" somit die Unterhaltsverpflichtung gemäß den Entscheidungen des [Bezirksgerichtes] und des {Oberrgerichtes} "weitgehend" erfüllt wären.

Hinsichtlich der Unterhaltskosten liegt eine Bestätigung des Internates vom 18. September 2006 vor, welches die Kinder in der Zeit bis Ende des Schuljahres 2006/07 besuchten. Demnach hat das Internatsgeld ab August 2006 pro Kind monatlich € 500,00 betragen und wären mit diesem Betrag die Kosten für Unterkunft, Verpflegung und das Waschen der Wäsche abgegolten. Ab August 2007 besuchten die Söhne eine Schule in der F\*\*\*\*\*. Aus der Bestätigung dieser Schule geht hervor, dass für Schulgeld, Lehrmittel, Exkursionen und Spezialwochen pro Schuljahr zwischen CHF 1.200,00 und CHF 1.500,00 pro Person aufzuwenden sind. Zusätzlich fielen noch Kosten für den Instrumentalunterricht in Höhe von CHF 200,00 jährlich und eine einmalige Gebühr für die Matura in Höhe von CHF 470,00 an.

Die Kindesmutter hat im September 2006 die Kosten des Unterhalts der Kinder für die Jahre 2001 bis 2006 mit einem Betrag von ca CHF 8.000,00 (ohne Internatskosten) bis ca CHF 13.500,00 jährlich pro Kind angegeben. Weitere Ersuchen um Bekanntgabe aktuellerer Daten verliefen ergebnislos.

Das Finanzamt setzte daher geschätzte Unterhaltskosten an, welche monatlich über € 900,00 pro Kind betragen haben. Auf die diesbezüglichen Ausführungen im bekämpften Bescheid wird verwiesen.

### **3) Rechtslage:**

#### **a) Innerstaatliches Recht:**

Haben Personen den Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland, besteht nach § 2 Abs 1 lit a FLAG 1967 ein Beihilfenanspruch für minderjährige Kinder und nach § 2 Abs 1 lit b FLAG 1967 auch für volljährige Kinder (bis zur Vollendung eines bestimmten Lebensjahres), wenn sich die Kinder in Berufsausbildung befinden.

Kinder einer Person sind deren Nachkommen, deren Wahlkinder und deren Nachkommen, deren Stiefkinder und deren Pflegekinder (§ 2 Abs 3 FLAG 1967).

Als zusätzliche Voraussetzungen für die Verwirklichung dieses Anspruches sieht § 2 Abs 2, 6 und 8 FLAG 1967 vor:

- Das beihilfenvermittelnde Kind muss zum Haushalt der Person gehören, die den Anspruch geltend macht. Für den Fall, dass das Kind bei keiner potentiell

anspruchsberechtigten Person haushaltsgleich ist, berechtigt (subsidiär) das Faktum der überwiegenden Tragung der Unterhaltskosten zum Beihilfenbezug.

- Einkünfte des Kindes, die durch Gesetz als einkommensteuerfrei erklärt sind, sind bei der Beurteilung der Frage, ob ein Kind auf Kosten einer Person unterhalten wird, vom gesamten Unterhaltsbedarf abzuziehen und bildet der verbleibende Betrag die Grundlage für die Überwiegensprüfung. In einem derartigen Fall bildet jedoch die Höhe der Familienbeihilfe die unterste Grenze der Unterhaltsleistung, um von der Berechtigung zum Beihilfenbezug ausgehen zu können.

- Personen haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Bundesgebiet haben.

**b) Unionsrecht:**

Vorweg ist festzuhalten, dass im Verhältnis zur F\*\*\*\*\* die VO(EWG) 1408/71 (abgekürzt: VO) und die DVO(EWG) 574/72 (abgekürzt: DVO) für den gesamten Streitzeitraum Anwendung finden.

Art 1 lit f sublit i VO definiert den Begriff „Familienangehöriger“. Familienangehöriger ist somit jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, 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.

Art 73 VO lautet: Ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegt, hat, 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.

Nach Art 75 Abs 1 VO werden Familienleistungen in dem in Artikel 73 VO genannten Fall vom zuständigen Träger des Staates gewährt, dessen Rechtsvorschriften für den Arbeitnehmer oder den Selbständigen gelten. Sie werden nach den für diese Träger geltenden Bestimmungen unabhängig davon gezahlt, ob die natürliche oder juristische Person, an die sie zu zahlen sind, im Gebiet des zuständigen Staates oder in dem eines anderen Mitgliedstaats wohnt oder sich dort aufhält.

Art 77 VO regelt den Familienbeihilfenbezug für Empfänger von Alters- oder Invaliditätsrenten, Renten wegen eines Arbeitsunfalls oder einer Berufskrankheit. Nach Abs 2 lit a der genannten Bestimmung werden Leistungen ohne Rücksicht darauf, in welchem Mitgliedstaat die Rentner oder die Kinder wohnen, wenn der Rentner nach den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats Rente bezieht, nach den Rechtsvorschriften des für die Rente zuständigen Staates gewährt. Art 79 Abs 3 VO normiert, dass der Anspruch auf Leistungen allein aufgrund der innerstaatlichen Rechtsvorschriften nach Art 79 Abs 2 und aufgrund der Artikel 77, 78 und 78a der VO ruht, wenn für die Kinder

Anspruch auf Leistungen oder Familienbeihilfen nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wegen Ausübung einer Erwerbstätigkeit besteht. In diesem Fall gelten sie als Familienangehörige eines Arbeitnehmers oder Selbständigen.

Nach Art 10 Abs 1 lit a DVO ruht der Anspruch auf Familienleistungen oder -beihilfen, die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats geschuldet werden, nach denen der Erwerb des Anspruchs auf diese Leistungen oder Beihilfen nicht von einer Versicherung, Beschäftigung oder selbständigen Tätigkeit abhängig ist, wenn während desselben Zeitraums für dasselbe Familienmitglied Leistungen allein aufgrund der innerstaatlichen Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats oder nach Artikel 73, 74, 77 oder 78 der VO (im Weiteren als "Verordnung" bezeichnet) geschuldet werden, bis zur Höhe dieser geschuldeten Leistungen. Wird jedoch in dem Fall, in dem Leistungen allein aufgrund der innerstaatlichen Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats oder nach Artikel 77 oder 78 der Verordnung geschuldet werden, von der Person, die Anspruch auf diese Leistungen hat, oder von der Person, an die sie zu zahlen sind, in dem unter Buchstabe a) erstgenannten Mitgliedstaat eine Berufstätigkeit ausgeübt, so ruht der Anspruch auf diese Familienleistungen oder -beihilfen, die allein aufgrund der innerstaatlichen Rechtsvorschriften des anderen Mitgliedstaats oder nach diesen Artikeln geschuldet werden; in diesem Fall hat der Betreffende Anspruch auf die Familienleistungen oder -beihilfen des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet die Kinder wohnen, zu Lasten dieses Mitgliedstaats sowie gegebenenfalls auf nicht unter die Familienbeihilfen nach Artikel 77 oder 78 der Verordnung fallende Leistungen zu Lasten des nach diesen Artikeln zuständigen Staates.

Nach Art 90 Abs 1 DVO hat eine Person für den Bezug von Leistungen nach Artikel 77 oder 78 der Verordnung bei dem Träger ihres Wohnorts nach dem Verfahren, das die von diesem Träger anzuwendenden Rechtsvorschriften vorsehen, einen entsprechenden Antrag zu stellen. Wohnt der Antragsteller jedoch nicht im Gebiet des Mitgliedstaats, in dem der zuständige Träger seinen Sitz hat, so kann er seinen Antrag entweder bei dem zuständigen Träger oder bei dem Träger seines Wohnorts stellen, der den Antrag sodann dem zuständigen Träger unter Angabe des Tages der Antragstellung übermittelt. Dieser Tag gilt als Tag der Antragstellung bei dem zuständigen Träger.

#### **4) Erwägungen:**

##### **a) Höhe und Zuordnung der geleisteten Unterhaltszahlungen:**

Eingangs ergibt sich aus der Gegenüberstellung der tatsächlichen Zahlungen des Beschwerdeführers mit den durch die befassten Gerichte festgesetzten Unterhaltsansprüchen der Kinder und den Ausführungen des Beschwerdeführers selbst (Eingabe vom 24. August 2011), dass der Beschwerdeführer mit seinen Restzahlungen im Jahr 2011 die durch die Gerichte festgesetzten Leistungsverpflichtungen erfüllen wollte und diese - wenn auch um Jahre verspätet - weitestgehend (jedenfalls mit Ausnahme des festgesetzten Unterhaltes für A\*\*\*\*\* im Zeitraum Juli 2009 bis August 2010) erfüllt hat. Nach dem klaren Gesetzeswortlaut des § 10 Abs 2 FLAG 1967 und der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl zB VwGH 28.11.2001, 96/13/0076,

VwGH 25.2.2003, 99/14/0312 und VwGH 29.9.2004, 2000/13/0103) ist der Anspruchszeitraum für die Familienbeihilfe das jeweilige Kalendermonat. Daher ist die Frage, ob für einen bestimmten Zeitraum Familienbeihilfe zusteht, an Hand der rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse im jeweiligen Anspruchszeitraum zu beurteilen (vgl zB VwGH 27.3.2002, 2000/13/0104, oder VwGH 24.9.2002, 96/14/0125). Dies würde bei (um Monate oder gar Jahre) verspätet geleisteten Unterhaltszahlungen grundsätzlich dazu führen, dass im jeweiligen Anspruchszeitraum keine Leistung vorliegt. Dennoch hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass die Zahlung von Unterhaltsleistungen für abgelaufene Zeiträume grundsätzlich zu einem rückwirkenden Entstehen des Familienbeihilfenanspruches führen kann (VwGH 7.12.1965, 1115/65). In den Erkenntnissen VwGH 11.2.1964, 1959/63, und VwGH 20.9.1995, 94/13/0174, hat der Gerichtshof deutlich zum Ausdruck gebracht, dass der Widmung der Zahlung entsprechende Bedeutung zukommt und die Zahlungen grundsätzlich gleichmäßig auf die Monate des entsprechenden Zeitraumes aufzuteilen sind. Diese Zuordnung findet ihre Grenze aber in den gerichtlich festgesetzten Unterhaltsbeträgen, da nicht anzunehmen ist, dass ein über Jahre säumiger Unterhaltsschuldner für einzelne Monate einen über seine Verpflichtung hinausgehenden Betrag leistet.

Im vorliegenden Fall hat der Beschwerdeführer selbst angeführt, dass mit seinen Nachzahlungen alle Unterhaltsverpflichtungen gemäß den Entscheidungen des [Bezirksgerichtes] und des {Oberrgerichtes} "weitgehend" erfüllt worden wären. Auch in seiner Eingabe vom 24. August 2011 hat der Beschwerdeführer ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es sich bei den abschließenden Zahlungen um "Restzahlungen" handelt, die "monatlich variierend gemäss den bekannten Gerichtsentscheidungen anzurechnen" seien. Das Bundesfinanzgericht geht daher davon aus, dass der Beschwerdeführer im Ergebnis seinen gerichtlich festgestellten, bezüglich eines Sohnes sogar nachträglich durch diesen eingeschränkten Zahlungsverpflichtungen nachgekommen ist. Wesentliche Überzahlungen sind für das Bundesfinanzgericht nicht feststellbar und sind die (im Verhältnis zum betroffenen Zeitraum) geringfügigen Überzahlungen damit erklärbar, dass ein bestimmtes Maß an Sonderbedarf zusätzlich zu den im Urteil des {Oberrgerichtes} ausgewiesenen Beträgen zu zahlen war. Es kann dem Beschwerdeführer nicht gefolgt werden in seiner Intention, zur Erzielung eines für ihn möglichst "günstigen" Gesamtergebnisses für seine Nachzahlungen eine rückschreitende variierende Zuordnung auf die einzelnen Monate ab Mai 2011 vorzunehmen, mit dem Ergebnis, für möglichst viele Monate eine überwiegende Kostentragung zu erreichen - Schreiben vom 7. November 2013. Vielmehr hat die Zuordnung der gesamten Zahlungen in der Höhe auf die einzelnen Monate zu erfolgen, wie sie aus den gerichtlich festgestellten Ansprüchen - abzüglich € 2.100,50 für den Zeitraum, für den für einen Sohn auf den gerichtlich festgesetzten Unterhalt verzichtet wurde - hervorgeht (idS vgl auch VwGH 27.4.2005, 2001/14/0114). Selbst wenn tatsächlich eine Überzahlung vorliegen würde - nach den Zusammenstellungen in der Beilage könnte diese bezogen auf die Söhne A\*\*\*\*\* und B\*\*\*\*\* maximal im Ausmaß von knapp € 900,00 bestehen - wäre diese

auf die gesamten Monate seit Jänner 2003 aufzuteilen und würde daher die gerichtlich festgesetzten Beträge nur unwesentlich und daher vernachlässigbar erhöhen.

Damit steht für das Bundesfinanzgericht vorweg die Höhe der Unterhaltszahlungen für die zwei entscheidungsrelevanten Söhne wie folgt fest:

- Oktober 2006 bis Mai 2007 mtl € 399,33 pro Sohn
- Mai 2007 bis März 2010 mtl € 117,00 pro Sohn bzw ab Juli 2009 für einen Sohn
- April 2010 bis September 2010 mtl € 209,50 für einen Sohn bzw im September pro Sohn
- Oktober 2010 bis Mai 2011 mtl € 399,33 pro Sohn

Damit wird auch dem Detailantrag in Pkt 7 lit a und b der Beschwerde entsprochen.

Hinsichtlich des Antrages in Pkt 7 lit c der Beschwerde wäre es am Beschwerdeführer gelegen gewesen, die behaupteten (über die gerichtliche Festsetzung inklusive Sonderbedarf hinausgehenden) Überzahlungen konkret zu benennen, was dieser unterlassen hat.

#### ***b) Zuständigkeit für die Zahlung von Familienleistungen:***

Durch die VO und die DVO wird keine Harmonisierung der unterschiedlichen Rechtsvorschriften der von der VO umfassten Staaten herbeigeführt. Vielmehr werden ausschließlich Regelungen aufgestellt, die eine Vollziehung bei grenzüberschreitenden Sachverhalten ermöglichen. Dies getragen vom Grundgedanken der VO, dass es zu keinen ungerechtfertigten Kumulierungen von Leistungen kommt.

Dennoch sind diverse Regelungen der nationalen Bestimmungen wegen des grundsätzlichen Diskriminierungsverbotes nicht anwendbar. Das Diskriminierungsverbot umfasst sowohl unmittelbare als auch mittelbare Diskriminierungen. Im Bereich des FLAG 1967 sind insbesondere die Bestimmungen zum Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt bzw zum Mittelpunkt der Lebensinteressen betroffen.

Für die Lösung des vorliegenden Falles ist somit nach den Vorschriften der VO und der DVO zu prüfen, welcher Staat primär für die Bezahlung der Familienleistungen zuständig ist. Sodann ist in einem zweiten Schritt nach den - um die diskriminierenden Bestimmungen bereinigten - innerstaatlichen Vorschriften festzustellen, wer Anspruch auf die Zahlungen hat.

Bei den in Rede stehenden Kindern handelt es sich um die leiblichen Kinder des Beschwerdeführers. Die durch eine Ehe begründete Eigenschaft einer Person als Angehöriger bleibt aufrecht, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht (§ 25 Abs 2 BAO). Die Kinder und auch die frühere Ehegattin sind somit vom Angehörigenbegriff der VO(EWG) 1408/71 umfasst. Dies unabhängig davon, ob der Beschwerdeführer Unterhalt leistet oder die Ehe geschieden ist (vgl EuGH 26.11.2009, Rechtssache C-363/08, Randnrn 24 ff), da es für die Angehörigeneigenschaft nach nationalem Recht nicht auf diese Umstände ankommt, um als Angehöriger einer Person zu gelten. Das im zweiten Schritt eingeführte Korrektiv in Art 1 Buchst f Ziff i der VO ist daher im vorliegenden Fall nicht entscheidend, um die Angehörigeneigenschaft iSd VO festzustellen.

Da die Kinder (und auch die Kindesmutter) nicht in Österreich, sondern in einem anderen Staat der Europäischen Union bzw in der F\*\*\*\*\* lebten bzw leben, liegt ein Anwendungsfall der VO(EWG) 1408/71 vor.

Weiters ergibt sich aus dem unstrittigen Sachverhalt, dass der Beschwerdeführer im streitgegenständlichen Zeitraum in Österreich gelebt und Pensionsbezüge erhalten und die Kindesmutter in der F\*\*\*\*\* keine Erwerbstätigkeit ausgeübt hat. Sowohl in Österreich als (ab 2009) auch in der F\*\*\*\*\* besteht ein Anspruch auf Familienleistungen unabhängig von der Ausübung einer Erwerbstätigkeit.

Aus den Bestimmungen der VO und der DVO ergibt sich somit zweifelsfrei, dass Österreich bei diesem Sachverhalt vorrangig Familienleistungen zu bezahlen hat (Art 77ff VO).

### **c) Anspruchsberechtigung:**

Die innerstaatlichen Bestimmungen normieren einen Familienbeihilfenanspruch für minderjährige und volljährige Kinder, wobei hinsichtlich der volljährigen Kinder dieser Anspruch an das Vorliegen von bestimmten zusätzlichen Voraussetzungen und das Nichtvorliegen von Ausschließungsgründen geknüpft ist. Sohn A\*\*\*\*\* vollendete das 18. Lebensjahr im Mai [JJ], Sohn B\*\*\*\*\* im September [JJ+1].

Für volljährige Kinder besteht Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich in Berufsausbildung befinden. Dies trifft für A\*\*\*\*\* durch den Schulbesuch bis [MM.J4] bzw den Beginn eines Studiums ab [M.J5] (für den Zeitraum dazwischen kann mangels Relevanz für den vorliegenden Fall eine Beurteilung entfallen) und für B\*\*\*\*\* durch den Schulbesuch bis [MM.J5] und den Beginn eines Studiums ebenfalls ab [M.J5], aber auch für die Monate dazwischen (§ 2 Abs 1 lit d FLAG 1967 in der damals gültigen Fassung) zu.

Nach § 2 Abs 2 FLAG 1967 hat die Person Anspruch auf die Familienbeihilfe, zu deren Haushalt das Kind gehört. § 2 Abs 2 FLAG 1967 stellt somit in Bezug auf den Familienbeihilfenanspruch grundsätzlich primär auf die Haushaltsgehörigkeit mit einem Kind ab und regelt einen nur subsidiären Anspruch (§ 2 Abs 2 zweiter Satz FLAG) jener Person, die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt (vgl zB VwGH 27.9.2012, 2012/16/0054). Der Anwendbarkeit dieser Bestimmung steht nicht entgegen, dass ein Anwendungsfall von Unionsrecht besteht, sehen doch die Bestimmungen der VO bzw DVO Regelungen für einen solchen Sachverhalt vor. Demnach kann der Antragsteller, der nicht im Gebiet des Mitgliedstaats, in dem der zuständige Träger seinen Sitz hat, wohnt, seinen Antrag entweder bei dem zuständigen Träger oder bei dem Träger seines Wohnorts stellen, der den Antrag sodann dem zuständigen Träger unter Angabe des Tages der Antragstellung übermittelt. Dieser Tag gilt als Tag der Antragstellung bei dem zuständigen Träger.

Der Anwendbarkeit der Bestimmung des § 2 Abs 2 FLAG 1967 steht auch Art 1 lit f sublit i VO(EWG) 1408/71 nicht entgegen. Der genannte Artikel enthält nämlich ausschließlich eine Definition des Begriffes "Familienangehöriger", ändert aber nicht die dem österreichischen Familienbeihilfenrecht eigene Reihenfolge der Prüfung der vorrangig anspruchsberechtigten Person. Ebenso steht der Anwendung der Bestimmung

des § 2 Abs 2 FLAG 1967 nicht entgegen, dass § 2 Abs 1 FLAG 1967 das Bestehen eines Wohnsitzes oder des gewöhnlichen Aufenthaltes und § 2 Abs 8 FLAG 1967 das Bestehen des Mittelpunktes der Lebensinteressen in Österreich fordert, da diese beiden Bestimmungen wegen eines Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot nicht anwendbar sind. In diesem Sinne hat der EuGH in der Rechtssache C 363/08, Romana Slanina, auch entschieden, dass Art 73 der Verordnung 1408/71 in der durch die Verordnung 118/97 geänderten und aktualisierten Fassung dahin auszulegen ist, dass eine geschiedene Person, die von dem zuständigen Träger des Mitgliedstaats, in dem sie gewohnt hat und in dem ihr früherer Ehegatte weiterhin lebt und arbeitet, Familienbeihilfe erhalten hat, für ihr Kind, sofern es als Familienangehöriger des früheren Ehegatten im Sinne von Art 1 Buchst f Ziff i dieser Verordnung anerkannt ist, **den Anspruch** auf diese Beihilfe **beibehält, obwohl sie diesen Staat verlässt**, um sich mit ihrem Kind in einem anderen Mitgliedstaat niederzulassen, in dem sie **nicht berufstätig** ist, und obwohl der frühere Ehegatte die betreffende Beihilfe in seinem Wohnmitgliedstaat beziehen könnte. Damit hat der EuGH, dem hinsichtlich der unionsrechtlichen Bestimmungen das Auslegungsmonopol zukommt, klar und eindeutig ausgeführt, dass es dem Anspruch einer Person auf Familienbeihilfe nicht entgegensteht, dass sich Wohnsitz, gewöhnlicher Aufenthalt und Mittelpunkt der Lebensinteressen nicht im für die Auszahlung dieser Leistung "zuständigen" Staat befinden. So hat auch der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis VwGH 2.2.2010, 2009/15/0204, den Anspruch einer mit dem Kind in Griechenland lebenden Mutter auf die österreichische Familienbeihilfe bejaht und im Erkenntnis VwGH 24.2.2010, 2009/13/0243, ausgeführt, dass § 2 Abs 8 FLAG 1967 durch die Bestimmungen der VO und DVO verdrängt wird.

Diese Rechtsauslegung ist analog auch auf Fälle wie den vorliegenden anzuwenden.

Somit ist zu prüfen, ob die Kinder im streitgegenständlichen Zeitraum dem Haushalt einer potentiell anspruchsberechtigten Person zugehörig waren.

Diesbezüglich bestimmt § 2 Abs 5 FLAG 1967, dass ein Kind zum Haushalt einer Person gehört, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltsgugehörigkeit gilt nicht als aufgehoben, wenn ua sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält oder das Kind für Zwecke der **Berufsausübung** notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt.

Der Unabhängige Finanzsenat hat bereits in der Entscheidung UFS 14.11.2013, RV/0073-I/12, ausgeführt, dass durch einen dreijährigen Aufenthalt der (damals) Tochter in Belgien verbunden mit der Unterbringung in einem Internat die tatsächliche Haushaltsgugehörigkeit dieser Tochter zum (damaligen) Berufungswerber aufgelöst war. Bei einem derart langen auswärtigen Aufenthalt liegt keine tatsächliche Wohngemeinschaft mehr vor.

Eine fiktive Haushaltsgugehörigkeit nach den Bestimmungen des FLAG 1967 ist in einem derartigen Fall auch nicht gegeben, da bei einem auf drei Jahre angelegten auswärtigen Schulbesuch weder die Ausnahmebestimmung des § 2 Abs 5 lit a FLAG 1967 (vgl dazu VwGH 29.4.2013, 2011/16/0195, oder VwGH 10.12.1997, 97/13/0185), noch jene des § 2

Abs 5 lit b FLAG 1967 (welche sich ausschließlich auf eine Berufsausübung, nicht jedoch auf eine Berufsausbildung bezieht, vgl Nowotny in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 2 Rz 147) greift.

Im vorliegenden Fall sind daher beide in Rede stehenden Kinder für den Zeitraum **Oktober 2006 bis Juni 2007** weder beim Beschwerdeführer noch bei der Kindesmutter haushaltszugehörig, da diese wegen der Absolvierung einer auf acht Jahre angelegten Berufsausbildung in einem Internat wohnten.

Für diesen Zeitraum stand daher der Familienbeihilfenanspruch jener Person, die überwiegend die Kosten des Unterhaltes getragen hat, oder, sollte eine solche Person nicht gegeben sein, dem jeweiligen Kind selbst zu (§ 6 Abs 1 iVm Abs 5 FLAG 1967, wobei die Bestimmung des § 6 Abs 1 lit a FLAG 1967 wegen Verletzung des Diskriminierungsverbotes nicht anwendbar ist).

Zu den Kosten des Unterhalts eines Kindes gehören die Aufwendungen für Nahrung, Kleidung, Wohnung, Unterricht und Erziehung sowie weitere Bedürfnisse wie zB in kultureller und sportlicher Hinsicht oder zur Freizeitgestaltung.

Aus der Rechtsprechung (vgl zB VwGH 21.3.1996, 93/15/0208) geht klar hervor, dass bei der Prüfung, ob eine Person überwiegend die Kosten des Unterhaltes trägt, vorerst die tatsächlich in einem bestimmten Zeitraum angefallenen Kosten für den Unterhalt festzustellen und diese sodann mit den tatsächlich in diesem Zeitraum geleisteten (unter Berücksichtigung der Ausführungen unter obiger lit a auch mit den tatsächlich *für* einen bestimmten Zeitraum geleisteten) Unterhaltszahlungen zu vergleichen sind.

Bei der Bestimmung der tatsächlichen Kosten des Unterhalts ist von den realen Verhältnissen auszugehen und haben die "Finanzierungsmöglichkeiten" nur insoweit Platz zu greifen, als das FLAG 1967 eine ausdrückliche Regelung hinsichtlich der durch das Kind selbst erzielten und durch Gesetz als steuerfrei erklärt Einkünfte trifft. Für sonstige "Einkünfte" oder Zuwendungen, die von den Eltern bzw einem Elternteil im Zusammenhang mit der Besteitung des Kindesunterhaltes lukriert werden, enthält das FLAG 1967 jedoch keine Aussagen. Dies stellt keine ungewollte Lücke im Gesetz dar, sondern ergibt sich daraus unzweifelhaft, dass Leistungen insbesondere Dritter bei der Feststellung der Höhe der tatsächlichen Unterhaltskosten zu berücksichtigen sind (vgl dazu auch die Ausführungen in UFS 14.7.2006, RV/0187-I/06, UFS 4.2.2008, RV/0039-I/07, und VwGH 23.2.2010, 2009/15/0205).

Wenn der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang rügt, dass nach der Literatur (vgl Nowotny in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 2 Rz 151) freiwillige Leistungen, die nicht auf einer Unterhaltspflicht beruhen, bei der Beurteilung, wer überwiegend die Kosten des Unterhaltes trägt, nicht zu berücksichtigen wären, verkennt er einerseits, dass sich diese Aussage nicht auf die Höhe der Feststellung der tatsächlichen Unterhaltskosten bezieht, sondern auf das Verhältnis zwischen zwei Personen, die Unterhaltsleistungen erbringen. Andererseits und von entscheidenderer Bedeutung ist, dass der Verwaltungsgerichtshof dieser in der Literatur geäußerten Rechtsansicht eine

klare Absage erteilt hat (vgl VwGH 15.12.2009, 2006/13/0092, und VwGH 27.1.2010, 2009/16/0087, und *Lenneis* in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 6 Rz 23).

Somit steht aber auch fest, dass die Ansicht, freiwillige Leistungen würden bei der Feststellung der Höhe des tatsächlichen Unterhaltsbedarfes nicht zu berücksichtigen sein, nicht geteilt werden kann.

Für die Feststellung der Höhe der tatsächlichen Unterhaltskosten ist es auch nicht entscheidend, in welchem Ausmaß ein unterhaltpflichtiger Elternteil auf Grund der Höhe seiner Einkünfte zu diesen beitragen kann. Im Erkenntnis VwGH 20.9.2006, 2001/14/0180, hat der Gerichtshof festgestellt, dass wenn das geringe Einkommen einer Person gar nicht ausreicht, die Unterhaltskosten für Kinder zu tragen, die Behörde zu Recht davon ausgehen kann, dass keine überwiegende Kostentragung bzw kein Nachweis für eine überwiegende Kostentragung vorliegt. Diesem Erkenntnis ist jedoch in keiner Weise zu entnehmen, dass ein geringes Einkommen einer unterhaltsverpflichteten Person Rückschlüsse auf die tatsächlichen Unterhaltskosten zulässt. Aus diesem Grund sind die weitläufigen Argumente und theoretischen Berechnungen in Pkt 6 der Beschwerde nicht geeignet, tatsächliche Unterhaltskosten festzustellen.

Im weiteren Vorbringen bezieht sich der Beschwerdeführer sodann auf die von *Lenneis* in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 6 RZ 21, geäußerte Meinung, dass ein Eigenanspruch auf Familienbeihilfe nicht bestehen würde, wenn bei einem Kind, welches bei keiner potentiell anspruchsberechtigten Person haushaltsgleichig ist, beide Elternteile Unterhaltsleistungen erbringen und diese jeweils gesondert betrachtet die 50%-Grenze nicht übersteigen, insgesamt jedoch mehr als 50% des gesamten Unterhaltsbedarfes betragen würden. In der Folge wird dann die Ansicht vertreten, in einem solchen Fall würde jener Elternteil Anspruch auf Familienbeihilfe haben, welcher "relativ" überwiegend Unterhalt leistet.

*Lenneis* ist zu folgen, wenn er aufzeigt, dass die Verwendung des Wortes "Eltern" im § 6 Abs 5 FLAG 1967 zu einer rechtlich unklaren Situation führt und daher Interpretationsbedarf besteht. Die von ihm vorgenommene Interpretation löst die Problematik jedoch nicht. Einerseits steht dieser Auslegung bereits der klare und in diesem Bereich unzweideutige Gesetzeswortlaut des § 2 Abs 2 FLAG 1967 entgegen, nach dem es bei einer Person, die nicht überwiegend die Kosten des Unterhalts eines Kindes trägt, am Vorliegen einer Anspruchsberechtigung mangelt. Zum anderen würde diese Auslegung dazu führen, dass in einem Fall, in welchem beide Elternteile in gleicher Höhe (zB jeweils zu 30%) zum Unterhalt eines nicht haushaltsgleichigen Kindes beitragen, überhaupt kein Familienbeihilfenanspruch bestehen würde. Der (Eigen-)Anspruch des Kindes würde daran scheitern, dass von den Eltern gemeinsam überwiegend Unterhalt geleistet wird. Der Anspruch eines Elternteiles würde daran scheitern, dass kein Elternteil "relativ" überwiegend Unterhalt leistet.

Aus der Systematik des FLAG 1967 geht klar hervor, dass die Familienbeihilfe zur Abgeltung von Unterhaltslasten dient. Eine derartig abzugeltende Belastung besteht primär für eine Person, zu deren Haushalt das beihilfenvermittelnde Kind gehört. Subsidiär besteht sodann ein Anspruch, wenn eine Person Unterhaltslasten in Form von

geldwerten Zuwendungen trägt. Ein Eigenanspruch eines kommt nur dann in Frage, wenn es weder eine primär noch eine subsidiär anspruchsberechtigte Person gibt (§ 6 Abs 1 lit c FLAG 1967).

Damit normiert das FLAG 1967 eine klare Prüfreihenfolge hinsichtlich der anspruchsberechtigten Person. Eine Prüfung, ob ein Eigenanspruch besteht, hat nach dieser Systematik erst dann zu erfolgen, wenn weder ein primärer noch ein subsidiärer Anspruch zu bejahen ist. Würde man der Argumentation von Lenneis folgen, würde dies dazu führen, dass eine Person, deren Anspruchsberechtigung in der Prüfreihenfolge schon einmal verneint worden ist, plötzlich zu einer Person wird, deren Anspruch doch besteht. Eine derart unsystematische Regelung kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden. Auch kann es nicht dem Sinn der Regelungen des FLAG 1967 entsprechen, dass bei einem monatlich Gesamtunterhaltsbedarf von zB € 700,00 und Unterhaltsleistungen eines Elternteiles in Höhe von € 182,00 (=26%), des anderen Elternteiles von € 175,00 (=25%), dem mehr zahlenden Elternteil (mehr als) der gesamte Aufwand durch die Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag abgegolten wird, während der andere Elternteil eine abgabenrechtliche Berücksichtigung dieses Aufwandes bestenfalls in Form des Unterhaltsabsetzbetrages erfährt.

Aus den aufgezeigten Gründen ist § 6 Abs 5 FLAG 1967 daher so zu interpretieren, dass mit der Wortfolge "deren Eltern ihnen nicht überwiegend Unterhalt leisten" ein Zustand beschrieben wird, in welchem - unabhängig davon, ob die Höhe der gesamten Unterhaltsleistungen mehrerer Personen mehr oder weniger als 50% der Unterhaltskosten beträgt - **kein Elternteil überwiegend** (zu mehr als 50%) die Kosten des Unterhaltes trägt.

Da somit die "relativ überwiegende" Kostentragung keinen Anspruch auf Familienbeihilfe auslöst, gehen die diesbezüglichen Ausführungen in der Beschwerde ins Leere.

Das Finanzamt hat weder vom Beschwerdeführer noch von seiner früheren Gattin konkrete und nachprüfbare Angaben über die Höhe der tatsächlichen Kosten des Unterhalts der Kinder erhalten. Aus diesem Grund mussten diese im Schätzungswege ermittelt werden. Dabei ging das Finanzamt von veröffentlichten Empfehlungen zur Bemessung von Unterhaltsbeträgen des Amtes für Jugend und Berufsberatung des [Bezirk] aus. In diesen Veröffentlichungen wurden Kosten für Ernährung, Bekleidung, Unterkunft und für weitere Kosten sowie Pflege- und Erziehungsaufwendungen festgelegt. Das Finanzamt hat die dort angeführten Beträge adaptiert und errechnete dadurch monatliche Unterhaltskosten für ein Kind von knapp unter € 900,00 bis zu beinahe € 1.200,00 pro Monat.

Dagegen wendet der Beschwerdeführer ein, dass

- Internatskosten nicht bzw nur mit einem sehr geringen Betrag anzusetzen seien und
- die Wohnungs- und andere Kosten zu hoch angesetzt wären.

Eingangs ist festzuhalten, dass sich hinsichtlich einiger Kostenkomponenten auf Grund der Erhebungen der Abgabenbehörde konkrete Zahlen ergeben. Für andere Teile der Unterhaltskosten gibt es derartige Auskünfte nicht.

**Internatskosten** mit einem Betrag von € 500,00 monatlich für Unterkunft, Verköstigung und Wäsche waschen sind - wie bereits vom Finanzamt Innsbruck in einem Vorverfahren erhoben - durchaus vergleichbar mit Internatsschulen in Österreich. Die Kosten der Schulausbildung (auch in einer Internatsschule) stellen somit klar Kosten des Unterhalts dar und sind bei der Feststellung der Höhe des tatsächlichen Unterhaltsbedarfs zu berücksichtigen (auf die Vorentscheidungen wird verwiesen).

Hinsichtlich der **Wohnkosten** ist festzuhalten, dass sich der Beschwerdeführer im Rahmen seiner Einwendungen auf eine Entscheidung (UFS 24.6.2009, RV/0752-I/08) bezieht, in der sachverhaltsmäßig davon auszugehen war, dass das Kind nicht mehr in die Wohnung der damaligen Berufungswerberin zurückkehren werde. Damit unterscheidet sich der damalige entscheidungsrelevante Sachverhalt von den Umständen des vorliegenden Falles, in dem die Kinder die Wohnung der Kindesmutter nicht auf Dauer verlassen haben. Dennoch geht das Bundesfinanzgericht im gegenständlichen Fall davon aus, dass für die Zeit des Schulbesuches keine Wohnungskosten als gesonderte Kostenposition anzurechnen sind (siehe auch die Ausführungen zum Ansatz von Internatskosten unten). Dies jedoch lediglich auf Grund der besonderen Verhältnisse des vorliegenden Falles, in dem - so zumindest die Ausführungen des Beschwerdeführers - gar keine ausschließlich von den Kindern benutzten Räumlichkeiten verfügbar waren, während der ausbildungsbedingten Abwesenheit der Kinder ein gemeinsames Wohnen nicht stattgefunden hat (sechs bis neun Wochen pro Jahr - siehe Eingabe des Beschwerdeführers vom 21. März 2006) und die gesamte Wohnung zumindest während der ausbildungsbedingten Abwesenheit der Kinder zur Befriedigung der eigenen Wohnbedürfnisse der Kindesmutter genutzt wurde. Es liegen somit Umstände vor, die es bis [EndeInternat] als gerechtfertigt erscheinen lassen, derartige Kosten im Schätzungswege nicht zusätzlich zu den Internatskosten anzusetzen.

Diese Sichtweise ist ab dem Zeitpunkt der Rückkehr der Kinder in die Wohnung der Kindesmutter nicht mehr aufrecht zu erhalten. Es kann aber auch dem Beschwerdeführer nicht gefolgt werden, der vermeint, dass ab diesem Zeitpunkt seine Söhne "*in einem kleinen provisorischen Zimmer im Substandard*" gelebt hätten und daher nur ein minimaler Kostenansatz zu erfolgen hätte. Gerade bei einer kleinen Wohnung ist es augenscheinlich, dass die wenigen Räumlichkeiten zum Großteil von allen in der Wohnung lebenden Personen genutzt werden, was eine gleichmäßige Aufteilung der anfallenden Kosten rechtfertigen würde. Ausgehend von einer Gesamtmieter von CHF 1.000,00 (eigene Angabe des Beschwerdeführers unter Hinweis auf die Eingabe vom 21. März 2006, umgerechnet mit dem Kurs im März 2006) würden somit auf jedes Kind CHF 333,33 entfallen. Der Ansatz des Finanzamtes ist in allen Jahren (wesentlich) geringer als dieser Betrag und berücksichtigt daher den Umstand, dass - was anzunehmen sein wird - der Kindesmutter zumindest ein eigener (Schlaf)Raum zur Verfügung stand. Gerade am Beispiel der Wohnungskosten tritt aber auch deutlich zu Tage, dass die vom Finanzamt seinen Überlegungen zu Grunde gelegten Zahlen weder - wie vom Beschwerdeführer behauptet - verfälschend noch als unzulässig zu werten sind, da trotz

der Wohnungsnahme in einem Nachbarkanton und den beengten Wohnverhältnissen nur geringe Abweichungen von den statistisch erhobenen Werten feststellbar sind.

In der Folge wird die "Berechnung bzw Schätzung der LHK" gemäß den tatsächlichen Verhältnissen beantragt.

Dazu führt der Beschwerdeführer aus, dass seine Söhne "sehr gesund bzw. nahezu nie im Krankenstand" gewesen wären, weshalb nur "geringste Therapiekosten" verursacht worden wären.

Zudem wären Kosten für die Ernährung zu vermindern, weil man unter Verzicht auf "teure Fleischprodukte", "diverse Luxuslebensmittel" und "teure Getränke (Wasser reicht auch aus)" sehr "kostengünstig und gesund" leben könne.

Die Kindesmutter habe kein Auto besessen und öffentliche Verkehrsmittel wären auch nur sehr sparsam benutzt worden. Aus diesem Grund wäre ein "ganz erheblicher Kostenfaktor in Abzug zu bringen".

Seine Söhne könnten ihre Kleidung lange tragen, Kleider von den älteren Brüdern übernehmen, Second-Hand-Ware kaufen oder von Dritten Kleidung geschenkt erhalten. Dadurch würde mit Kosten für Bekleidung im Ausmaß von durchschnittlich CHF 15,00 pro Monat "locker das Auslangen gefunden werden".

Bei den Schulkosten bleibe unklar, was laufende oder einmalige Kosten wären.

Maturagebühren wären einmalige Kosten, die auf ein Jahr aufzuteilen seien. Der Aufwand für den Instrumentalunterricht wäre zu hoch angesetzt worden (mit CHF 850,00 an Stelle von CHF 200,00 pro Jahr).

Für den Zeitraum **Oktober 2006 bis Juni 2007** haben sich die beiden Söhne noch im **Internat** befunden. Mit dem Internatsaufenthalt verbunden war das Wohnen im Internat, die Verpflegung, die Betreuung der Kinder und auch die Reinigung der Kleidung. Ausgehend von der Schätzung des Finanzamtes und obigen Überlegungen zu den Wohnungskosten waren daher wegen des Ansatzes der Internatskosten in Höhe von monatlich € 500,00 die Positionen Ernährung, Unterkunft und Pflege und Erziehung zur Gänze auszuscheiden. Dadurch wird auch dem Argument des Beschwerdeführers, der angibt, dass die Kindesmutter die Internatskosten nicht in vorgegebener Höhe zu bezahlen hatte, insoweit entsprochen, als mit dem Ansatz dieser monatlich € 500,00 die zusätzlichen Kosten für die Aufenthalte der Kinder in der Wohnung der Kindesmutter während der schulfreien Zeiten entsprechend mitberücksichtigt sind.

Zur Kostenposition "**Pflege und Erziehung**" vertritt das Bundesfinanzgericht zudem die Auffassung, dass diese, sofern sich die Kinder im Haushalt eines Elternteiles aufhalten, keine tatsächlichen Ausgaben verursachen und daher auch in den Folgejahren nicht anzusetzen sind (durch die Bezugnahme auf den Begriff "Kosten", nämlich Unterhaltskosten, bringt das Gesetz zum Ausdruck, dass es im gegebenen Zusammenhang um die finanziellen Belange des Kindes geht und das Tatbestandsmerkmal der überwiegenden Tragung der Unterhaltskosten in § 2 Abs 2 FLAG 1967 sohin auf die materiellen Leistungen abstellt, also in der Regel auf den Geldunterhalt - vgl in diesem Zusammenhang sinngemäß auch VwGH 19.4.2007, 2004/15/0049).

Hinsichtlich der **Bekleidung** geht das Bundesfinanzgericht davon aus, dass nicht zuletzt wegen der vom Beschwerdeführer angegebenen bescheidenen Lebensweise ein Ansatz von 30% der vom Finanzamt aus der Studie entnommenen Kosten der Realität nahe kommt. Gleches gilt für die "**weiteren Kosten**", wodurch nicht nur die Aufwendungen für Taschengeld (zur Bestreitung der Kosten des täglichen Bedarfs und der Freizeitgestaltung sowie der Fahrtkosten), sondern auch die Kosten für die Verköstigung im Haushalt der Mutter (während schulfreier Tage), anteilige Urlaubs-, Kranken- und sonstige Kosten abgegolten erscheinen und auch die Tatsache ausreichend berücksichtigt wird, dass sich die Kinder überwiegend in E\*\*\*\*\* aufgehalten haben.

Mit diesen Ansätzen wird auch den durch die Kindesmutter im September 2006 bekannt gegebenen Kosten entsprochen, welche diese ohne Internatskosten, Nahrungs- und Wohnkosten mit ca € 150,00 monatlich angab.

Weitere Kürzungen sind nicht vorzunehmen, da der Beschwerdeführer im Rahmen seiner Einwendungen nicht behauptet, dass seine Kinder auf Grund seiner beharrlichen Weigerung seinen Unterhaltsverpflichtungen zeitnahe und vollständig nachzukommen tatsächlich zB auf Second-Hand-Bekleidung zurückgreifen mussten, sondern dies nur als "Möglichkeit" zur Kosteneinsparung aufzeigt.

Daraus ergibt sich ein monatlicher Unterhaltsbedarf pro Sohn in Höhe von ca € 672,00 bzw ca € 667,00 und liegen die Kostenbeiträge des Beschwerdeführers im Zeitraum **Oktober 2006 bis Mai 2007** (monatlich € 399,33 pro Kind) damit über 50% der tatsächlichen Kosten. Im **Juni 2007** (je € 117,00 pro Kind) wird die Überwiegengrenze klar nicht erreicht.

In diesem Zusammenhang darf auch festgehalten werden, dass die Höhe des Ansatzes der Internatskosten - wie sich nunmehr herausstellt - für die Entscheidung des vorliegenden Falles nicht von Gewicht ist, da einerseits durch das Bundesfinanzgericht die Familienbeihilfe für den Zeitraum Oktober 2006 bis Mai 2007 ohnehin zuerkannt wird und andererseits auf Grund der Höhe der Unterhaltszahlung für Juni 2007 auch bei einem Ansatz von lediglich € 100,00 eine überwiegende Kostentragung nicht erreicht werden würde. Sogar nach der vom Beschwerdeführer selbst angestellten "Minimal"berechnung betrugen die monatlichen Unterhaltskosten während der Internatszeit nämlich € 300,00 (vgl Eingabe vom 21. März 2006, S 6).

Für die **Folgezeit** (Juli 2007 bis Juni 2009 für zwei Söhne, für Juli 2009 bis August 2010 für einen Sohn und für September 2010 bis Mai 2011 für zwei Söhne) erfolgt die Schätzung der Unterhaltskosten auf Basis der Berechnung des Finanzamtes, wobei jedoch für die Bekleidung weiterhin ein Abschlag von 70% und bei den "weiteren Kosten" ein Abschlag von 50% vorgenommen wird, um der vom Beschwerdeführer immer ins Treffen geführten äußerst sparsamen Lebensweise gerecht zu werden. Die Kosten für "Pflege und Erziehung" werden, da diese Betreuungsleistungen durch die Kindesmutter durchgeführt wurden und somit kein "Geldaufwand" vorliegt, nicht angesetzt (siehe oben). Die Schulkosten inklusive die Kosten für den Instrumentalunterricht werden entsprechend den durch das Finanzamt erhobenen Werten mit monatlich CHF 120,00

(1/12 von CHF 1.440,00) angesetzt. Im Monat der Reifeprüfung sind die Kosten um die dafür anfallende Gebühr von CHF 470,00 zu erhöhen (wird in der Aufstellung nicht gesondert angeführt). Ab dem Studienbeginn (September 2010) entfallen diese Kosten.

Daraus ergeben sich monatliche Unterhaltskosten (siehe Beilage) von umgerechnet knapp unter € 700,00 bis knapp unter € 800,00 monatlich.

Der Beschwerdeführer widmet in der Beschwerde seinen Einwendungen gegen die Umrechnung der Frankenbeträge in Eurobeträge breiten Raum. Diesen Einwendungen kann aber nicht gefolgt werden. Tatsache ist, dass die Kinder (mit Ausnahme der Zeit im Internat) in der F\*\*\*\*\* lebten und daher der Unterhalt in der dortigen Währung zu begleichen war. Damit hat auch eine Umrechnung zu erfolgen. Die jährliche Erhöhung des (geschätzten) Unterhaltsbedarfs in Franken ist nur leicht, in Euro ergeben sich jedoch zumindest in den Jahren 2010 und 2011 zu Lasten des Beschwerdeführers größere Erhöhungen. Dem Begehrten des Beschwerdeführers einen ständig gleich bleibenden Umrechnungskurs anzusetzen, kann nicht gefolgt werden.

Angemerkt wird, dass in der Bescheidbegründung für das Jahr 2011 von einem Umrechnungskurs von 1,23 gesprochen wird, sich aus dem Verwaltungsakt jedoch ergibt, dass dieser Kurs 1,28 betragen hat. Tatsächlich erfolgte auch die Berechnung des Finanzamtes mit dem Wert 1,28. Der Beschwerdeführer übernimmt den falschen Umrechnungskurs von 1,23 auch in seine Tabelle auf Seite 28 der Beschwerde, rechnet selbst dann aber auch mit 1,28. Die Tabelle auf Seite 29 der Beschwerde enthält in der letzten Spalte für das Jahr 2007 einen Rechenfehler. Welche Aussagekraft die "akkumulierte Summe", in der die jährlichen Prozentsteigerungen (gerechnet vom Ausgangswert des Jahres 2006) einfach aufsummiert wurden, entfalten soll, ist völlig unverständlich.

Auch die Berechnungen auf den folgenden Seiten der Beschwerde, in welchen der Beschwerdeführer die tatsächlichen Lebenshaltungskosten an Hand seines eigenen Einkommens und des "Notbedarfs" darzustellen versucht, sind für den gegenständlichen Fall nicht relevant. Für den tatsächlichen Unterhaltsbedarf ist nämlich nicht entscheidend, wie viel ein Elternteil auf Grund seines Einkommens zu den Unterhaltskosten beitragen kann, sondern wie hoch die Unterhaltskosten tatsächlich sind. In diesem Sinne könnte die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit für die Beurteilung der tatsächlichen Unterhaltskosten nur dann eine entscheidende Rolle spielen, wenn die gesamten zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel (gegenständlich des Beschwerdeführers und der Kindesmutter, sowie allfälliger anderer Personen, die der Kindesmutter finanzielle Hilfe zur Bestreitung des Unterhaltes der Kinder zuwenden) bekannt wären. Da der Beschwerdeführer seinen Unterhaltpflichten (zum Großteil mit jahrelanger Verzögerung) nur spärlich nachgekommen ist, ist offensichtlich, dass der Unterhalt der Kinder aus anderen Finanzquellen bestritten hat werden müssen. Diese waren jedoch für die Finanzbehörde - trotz diesbezüglicher Versuche - konkret nicht ermittelbar und hat der Beschwerdeführer selbst darauf hingewirkt, dass keine weiteren Kontaktaufnahmen mit der Kindesmutter zur Ermittlung mehr erfolgen (siehe die dem Vorhalt vom 10. März 2010 angeschlossene "Info" auf Seite 7). Allein die Verweise des Beschwerdeführers auf ein "niedrigeres HH-

Einkommen" können hier nicht zu einer anderen Sichtweise führen. Dies umso mehr, als aus den von der Kindesmutter übermittelten Kontoauszügen der Jahre 2009 und 2010 klar hervorgeht, dass ihr entsprechende finanzielle Mittel zur Verfügung gestanden sind.

Damit steht fest, dass der Beschwerdeführer, der für den Zeitraum von **Juni 2007 bis März 2010** lediglich € 117,00 monatlich und für den Zeitraum **April bis September 2010** lediglich € 209,50 pro Monat an Unterhaltszahlungen leistete, alleine deshalb, weil er keinesfalls überwiegend die Unterhaltskosten seiner Kinder getragen hat, nicht zum Bezug der Familienbeihilfe berechtigt ist.

Ab **Oktober 2010 bis Mai 2011** betrug der gerichtlich festgesetzte Unterhaltsbetrag monatlich € 399,33 und lag somit über 50% des Unterhaltsbedarfs. Aber auch für diesen Zeitraum steht dem Beschwerdeführer die Familienbeihilfe nicht zu. Die Kinder lebten unstrittig ab Beendigung des Internatsaufenthaltes im Juni 2007 im Haushalt der Kindesmutter und hat sich somit der Sachverhalt gegenüber den für frühere Zeiträume ergangenen Entscheidungen, in welchen die überwiegenden Kostentragung als Anspruchsvoraussetzung herausgestrichen wurde, grundlegend geändert. Nach § 2 Abs 2 FLAG 1967 geht der Anspruch der Kindesmutter auf Grund der Haushaltsgleichheit der Kinder dem Anspruch des Beschwerdeführers jedenfalls vor (vgl zB UFS 28.8.2007, RV/2027-W/07). Dies insbesondere auch deshalb, weil die Kindesmutter unstrittig in der F\*\*\*\*\* einen Antrag auf Familienleistungen gestellt hat und ihr auch Familienleistungen ab Jänner 2009 ausbezahlt wurden. Ab Jänner 2009 bezog sie - unabhängig vom (Nicht)Vorliegen einer Erwerbstätigkeit - für A\*\*\*\*\* (für den Zeitraum Jänner bis Juni 2009 monatlich CHF 250,00, insgesamt sohin CHF 1.500,00) und für B\*\*\*\*\* (für den Zeitraum Jänner 2009 bis Juni 2010 monatlich CHF 250,00, sohin insgesamt CHF 4.500,00). Dieser Antrag hätte nach Ansicht des Bundesfinanzgerichtes von den F\*\*\*\*\*er Stellen wegen der prioritären Zuständigkeit an die zuständige Stelle in Österreich weitergeleitet werden müssen, was offenbar nicht geschehen ist. Dennoch gilt nach Art 90 Abs 1 DVO der Tag der Antragstellung in der F\*\*\*\*\* auch als Tag der Antragstellung beim zuständigen Träger. Indem die Kindesmutter einen Antrag auf Familienbeihilfe gestellt hat, ist der vorliegende Fall auch nicht mit jenen Fällen vergleichbar, in denen der einzige Antragsteller der Kindesvater war und zu welchen der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen hat, dass (mangels Antragstellung durch die Kindesmutter) ein Anspruch des den Unterhalt überwiegend tragenden Kindesvaters besteht. Dies mit der Begründung, dass sich aus der VO (und der DVO) kein "unbedingter" Anspruch der Kindesmutter ableiten ließe. Liegen aber zwei konkurrierende Anträge vor, ist der Antrag der Person berechtigt, bei der das Kind haushaltsgleich ist, da die Familienbeihilfe nur einmal gebührt (§ 10 Abs 4 FLAG 1967).

## **5) Zulässigkeit einer 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 entspricht die gegenständliche Entscheidung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und des

Verwaltungsgerichtshofes, welche auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen ist. Auf die in der Begründung zitierten Erkenntnisse des Europäischen und Verwaltungsgerichtshofes wird verwiesen.

Innsbruck, am 14. Mai 2015