



## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., W, gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 9/18/19 Klosterneuburg vom 10. Jänner 2007 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. Mai 2005 bis 30. November 2006 entschieden:

Der Berufung wird teilweise stattgegeben.

Der angefochtene Bescheid wird abgeändert. Der Rückforderungsbetrag betreffend Sohn P. beträgt € 220,60.

### **Entscheidungsgründe**

Strittig ist im vorliegenden Berufungsfall, ob das Finanzamt vom Berufungserwerber (Bw.) die für seinen Sohn P., geb. 1991, für den Zeitraum 1. Mai 2005 bis 30. November 2006 bezogenen Familienbeihilfen- und Kinderabsetzbeträge zu Recht zurückgefordert hat.

Die Ehe des Bw. wurde am 12. April 2005 geschieden. In der Vergleichsaufstellung des BG Josefstadt vom 12. April 2005 wurde das Obsorgerecht für die Kinder P. (und T.) beiden Elternteilen zugesprochen und der Bw. zu einer Unterhaltsleistung von € 90,-- für P. (ab 1. Mai 2005) verpflichtet.

P. wurde mit 16. Jänner 2004 in Österreich abgemeldet, zog mit der Mutter nach Polen und besuchte dort ein Gymnasium.

Das Finanzamt erließ am 10. Jänner 2007 für beide Kinder einen Rückforderungsbescheid. Begründet wurde die Rückforderung unter Hinweis auf § 2 Abs. 2 FLAG 1967 damit, dass die Söhne P. und T. ab 12. April 2005 nicht mehr beim Bw. haushaltzugehörig seien.

Der Bw. erhob gegen den Bescheid fristgerecht Berufung und führte Folgendes aus:

"Ich lebe seit 9.1.1988 mit meiner Familie in Österreich. Wir sind seit 1993 österreichische Staatsbürger: Ehefrau E. S. sowie unsere Kindern T. ... und P.... Meine Ehe mit E. S. wurde im April 2005 geschieden. Ab 1992 hat sich meine Ehefrau nur sporadisch in Österreich aufgehalten. Seit der Scheidung hatte sie ihren Lebensmittelpunkt in Polen.... Für meinen Sohn P. wurde bei der Scheidung eine gemeinsame Obsorge vereinbart. Er besucht mich in den Ferien und ist bei mir gemeldet und ich bezahle für ihn Unterhalt..."

Für meinen Sohn P. besteht seit der Scheidung eine Regelung über die gemeinsame Obsorge mit meiner Exfrau, die ihren Lebensmittelpunkt in Polen hat. Mein Sohn P. besucht ein Gymnasium in Krakau. Ich stehe derzeit mit der polnischen Botschaft in Kontakt, die mir bei der Besorgung der Schulbesuchsbestätigung hilft. Meine Exfrau gibt die erforderlichen Unterlagen nicht heraus und ist äußerst unkooperativ. Ich leiste für P. jedoch Unterhaltszahlungen, die ich auf ein Treuhandkonto in Polen überweise.

Da meine ehemalige Gattin in Polen vermutlich einer Erwerbstätigkeit nachgeht, wird sie wohl ebenfalls Anspruch auf die dortige Familienleistung für P. haben. Aufgrund meiner Erkundigungen ist mir klar, dass dieser Betrag in Anrechnung zu bringen ist. Wie hoch die polnische Familienleistung ist, entzieht sich jedoch meiner Kenntnis. Wie bereits erwähnt, hält meine Exfrau keinen konstruktiven Kontakt mit mir, und tut alles um Kinder gegen mich aufzubringen.

Aufgrund der Verordnung über Soziale Sicherheit in der Europäischen Union VO 1408/71 kommt in meinem Fall bezüglich meines Sohnes P. das Beschäftigungsstaatprinzip zur Anwendung. Somit steht meines Erachtens nach für mich als unterhaltpflichtigem Vater zumindest der Unterschiedsbetrag nach § 4 des Familienlastenausgleichsgesetzes (FLAG) für meinen Sohn P. zu...

Für meinen Sohn P. sehe ich den Anspruch zumindest auf die Ausgleichszahlung gemäß § 3 FLAG als gegeben an, da ich maßgeblich für seinen Unterhalt aufkomme...

Das Finanzamt erließ am 2. März 2007 eine Berufungsvorentscheidung und gab der Berufung insofern teilweise statt, als für Sohn T. die Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge nicht mehr rückgefordert wurden. Strittig ist daher nur mehr die Rückforderung für den Sohn P. für den Zeitraum 1. Mai 2005 bis 30. November 2006. Das Finanzamt begründete die diesbezügliche abweisende Berufungsvorentscheidung damit, dass P. im Streitzeitraum nicht zum Haushalt des Bw. gehört habe.

Der Bw. stellte mit Schreiben vom 22. März 2007 einen Vorlageantrag und führte dazu Folgendes aus:

"Ich besitze nach wie vor die österreichische Staatsbürgerschaft. Gemäß Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 haben Anspruch auf Familienbeihilfe österreichische Staatsbürger mit Wohnsitz oder gewöhnlichem Aufenthalt in Österreich für Kinder, die sich ständig in Österreich aufhalten. Verbringt ein Kind das Schul- oder Studienjahr unter Umständen im Ausland, die darauf schließen lassen, dass dies lediglich zu Berufsausbildungszwecken erfolgt, ist davon auszugehen, dass der Auslandsaufenthalt ein vorübergehender ist. Es steht in diesen Fällen die Familienbeihilfe zu."

Die Obsorge hinsichtlich meines noch minderjährigen Sohnes P. S verbleibt laut Beschluss des BG Josefstadt vom 12.04.2005 und vom 27.10.2006 beiden Elternteilen, d.h. auch mir...

Richtig ist ebenfalls, dass ich von Geburt meines Sohnes an seine Unterhaltskosten zur Gänze d.h. überwiegend, trug, und nach wie vor trage. Eventuelle Nachweise der regulären Geldüberweisungen nach Polen vorhanden.

Die Mutter des Kindes in den in der Berufung betroffenen Zeitraum (01.05.2005 – 30.11.2006) keinen Anspruch auf Leistungen nach FLAG 1967 hatte."

Der unabhängige Finanzsenat richtete an den Bw. am 7. April 2008 ein Schreiben folgenden Inhalts:

„Ein Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge könnte für den obigen Zeitraum dann bestehen, wenn Sie für Ihren im Polen wohnhaften Sohn P. überwiegend Unterhalt geleistet haben. Sie werden daher gebeten, die entsprechenden Überweisungsbelege zu übermitteln, wie Sie dies im Vorlageantrag vom 22.3.2007 bereits angeboten haben.

Für den Fall der grundsätzlichen Stattgabe Ihrer Berufung wäre der Familienbeihilfenanspruch allerdings um die von Ihrer geschiedenen Gattin in Polen bezogenen Familienleistungen zu kürzen. Nach Angabe des Finanzamtes haben diese in den Monaten Mai 2005 bis August 2006 monatlich 43 PLN betragen (d.s. je nach Monat zwischen 10,35 und 10,98 €), in den Monaten September bis November je 64 PLN (d.s. zwischen 16,02 und 16,34 €). Diese Beträge wären also jedenfalls von Ihnen rückzufordern.“

Der Bw. beantwortete dieses Schreiben wie folgt:

„...Als Nachweis dafür, dass ich im Zeitraum 1. Mai 2005 bis 30. November 2006 für meinen in Polen wohnhaften Sohn P. S überwiegend Unterhalt geleistet habe, lege ich Ihnen eine Bestätigung der „Pe“ Bank in Polen samt einer Übersetzung aus dem Polnischen in Kopie bei.

Aus dieser Bestätigung zu ersehen ist, dass Herr H. W. (Schwager meiner Ex-Ehefrau) von meinem Konto (er war dafür vorher von mir bezugsberechtigt) im o.a. Zeitraum regelmäßig, wie auch in der Bestätigung aufgestellt, Geldbeträge ausbezahlt hat, welche der Mutter des Kindes als Unterhaltsbeträge zu Gunsten unseres Sohnes weiter übergeben wurden.

Diese Lösung war deshalb notwendig, weil die Kindesmutter jede schriftliche Übernahme der Unterhaltsbeträge für unseren Sohn P. verweigerte...

Anschließend möchte ich hiermit erklären, dass trotz meiner finanziellen und gesundheitlichen Schwierigkeiten, die von mir oben erwähnten Unterhaltsbeträge Monat für Monat dem Sohn bezahlt wurden...“

Aus einer beigelegten Bankbestätigung ist ersichtlich, dass im Schnitt monatlich Beträge zwischen (umgerechnet) rund 120 € und 140 € ausbezahlt wurden.

Die Berufungsbehörde setzte die Entscheidung über die Berufung gemäß § 281 iVm § 282 BAO bis zur Beendigung des beim VwGH zur GZ 2008/13/0067 schwebenden Verfahrens aus. Dieses Erkenntnis ist bislang noch nicht ergangen, allerdings hat der VwGH bereits über einen Beschwerdefall (VwGH 24.2.2010, 2009/13/0241) entschieden, der in den entscheidungsrelevanten Teilen einen gleichartigen Sachverhalt zum Gegenstand hat. Das Berufungsverfahren konnte daher fortgesetzt werden (sh auch VwGH 11.12.1996, 95/13/0240).

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

#### **Rechtsgrundlagen**

Gemäß § 2 Abs. 1 FLAG 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet ihren Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für näher bezeichnete Kinder.

Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 hat die Person Anspruch auf Familienbeihilfe für ein in Abs. 1 genanntes Kind, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsbe rechtigt ist.

§ 4 Abs 1 FLAG 1967 bestimmt, dass Personen, die Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe haben, keinen Anspruch auf Familienbeihilfe haben. Nach Abs. 2 besteht jedoch Anspruch auf 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 § 5 Abs. 3 1967 FLAG besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

§ 53 Abs. 1 FLAG 1967 lautet:

"Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) sind, soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt. 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."

Die im Streitzeitraum geltende Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, in der konsolidierten Fassung ABIEG Nr. L 28 vom 30. Jänner 1997 (idF: VO), gilt nach ihrem Art. 4 Abs. 1 Buchstabe h für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, welche Familienleistungen betreffen.

Unter Familienleistungen sind nach Art. 1 Buchstabe u sublit. i der VO alle Sach- oder Geldleistungen zu verstehen, die zum Ausgleich von Familienlasten im Rahmen der in Art. 4 Abs. 1 Buchstabe h genannten Rechtsvorschriften bestimmt sind, jedoch mit Ausnahme der in Anhang II aufgeführten besonderen Geburts- oder Adoptionsbeihilfen.

Familienbeihilfen sind nach Art. 1 Buchstabe u sublit. ii der VO regelmäßige Geldleistungen, die ausschließlich nach Maßgabe der Zahl und gegebenenfalls des Alters von Familienangehörigen gewährt werden.

Familienangehöriger ist nach Art. 1 Buchstabe f sublit. i der VO jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, oder in den Fällen des Art. 22 Abs. 1 Buchstabe a und des Art. 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.

Art. 13 der VO bestimmt, dass – vorbehaltlich hier nicht interessierender Sonderbestimmungen – Personen, für die diese Verordnung gilt, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaates unterliegen. Soweit die hier nicht in Betracht kommenden Art. 14 bis 17 der zitierten Verordnung nicht etwas anderes bestimmen, gilt gemäß Art. 13 Abs. 2 Folgendes:

"a) Eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats abhängig beschäftigt ist, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Staates, und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnt oder ihr Arbeitgeber oder das Unternehmen, das sie beschäftigt, seinen Wohnsitz oder Betriebssitz im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats hat;

b) eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats eine selbständige Tätigkeit ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Staates, und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnt;

....

f) eine Person, die den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates nicht weiterhin unterliegt, ohne dass die Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats gemäß einer der Vorschriften in den vorhergehenden Buchstaben oder einer der Ausnahmen bzw. Sonderregelungen der Art. 14 bis 17 auf sie anwendbar würden, unterliegt den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaates, in dessen Gebiet sie wohnt, nach Maßgabe allein dieser Rechtsvorschriften."

Gemäß Artikel 73 der VO hat ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegt, 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.

### **Folgender Sachverhalt steht fest:**

- Der Bw. wohnt seit 26. September 1995 in Österreich und besitzt die österreichische Staatsbürgerschaft.
- Die Gattin war vom 6. Oktober 1997 bis 16. Jänner 2004 mit einem Hauptwohnsitz in Österreich gemeldet.
- Der Bw. ist von seiner Gattin seit 12. April 2005 geschieden.
- Das Obsorgerecht für die beiden Kinder steht beiden Elternteilen zu.

- Sohn P. war vom 29. Jänner 1999 bis 16. Jänner 2004 in Österreich gemeldet. Er lebte jedenfalls im Streitzeitraum bei seiner Mutter in Polen und besuchte dort ein Gymnasium.
- Die Kindesmutter hat für ihren Sohn in Polen für die Monate Mai 2005 bis August 2006 Familienleistungen von monatlich 43 und von September bis November 2006 von monatlich 64 polnische Zloty bezogen bzw. hatte Anspruch auf diese Familienleistungen.
- Aufgrund der Ausführungen des Bw. und der von ihm übermittelten Belege kann als erwiesen angenommen werden, dass er im Streitzeitraum für seinen Sohn P. monatliche Unterhaltsbeträge zwischen rund 120 € und 140 € geleistet hat. Aufgrund des Lebenshaltungsniaveaus in Polen kann somit weiters davon ausgegangen werden, dass es dessen Unterhalt überwiegend getragen hat.

**In rechtlicher Hinsicht folgt daraus:**

Die Tatsache, dass das Kind des Bw im Streitzeitraum mit dem Bw. nicht im gemeinsamen Haushalt lebte, ist unbestritten und ergibt sich aus dem Vorbringen des Bw. und den vorliegenden Unterlagen.

Nach den Bestimmungen der VO besteht aber auch in derartigen Fällen bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen ein Anspruch des Bw auf den Bezug der Familienbeihilfe im Inland. Ausgehend davon, dass kein gemeinsamer Haushalt geführt wurde und demzufolge keine Haushaltsgesetzmäßigkeit gegeben war, reicht nach Art. 1 lit. f der VO in diesen Fällen die Tatsache der überwiegenden Kostentragung durch den Bw aus.

Auch die Tatsache der Auflösung der Ehe des Bw ändert nichts an der Anwendbarkeit der VO, wie der VwGH im Erkenntnis vom 19.4.2007, 2004/15/0049, unter Berufung auf das Urteil des EuGH vom 5.2.2002, Rs C-255/99 „Anna Humer“ eindeutig klarstellte.

Da aber auch die Mutter im vorliegenden Fall nichtselbstständig erwerbstätig ist, ist nach der VO der Wohnsitzstaat Polen primär für die Gewährung der Familienbeihilfe zuständig. Unabhängig von der tatsächlichen Antragstellung oder Auszahlung allfällig zustehender Familienleistungen ruht somit nach der Kollisionsnorm des Art 76 der VO der inländische Anspruch des Bw in diesem Ausmaß. Der Bw hat jedoch unter der Voraussetzung der überwiegenden Kostentragung Anspruch auf eine entsprechende Differenzzahlung.

Der Verwaltungsgerichtshof hat über einen vergleichbaren Fall – ungarischer Staatsbürger (geschieden), in Österreich wohnhaft und berufstätig, geschiedene Ehefrau wohnt in Ungarn, bezieht dort Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit, hat das alleinige Sorgerecht für die beiden Kinder; der Bf. wurde zu einer Unterhaltsleistung verpflichtet und beantragte die Diffe-

renzzahlung zur Familienbeihilfe – mit Erkenntnis VwGH 24.2.2010, 2009/13/0241, wie folgt entschieden:

„In der im Beschwerdefall gegebenen Konstellation steht nach nationalem Recht dem Beihilfenanspruch der Mutter des Sohnes des Mitbeteiligten, zu deren in Ungarn gelegenem Haushalt das Kind gehört, die Bestimmung des § 2 Abs. 1 FLAG entgegen, wonach Personen nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe haben, wenn sie im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben.“

Solcherart läge aus der Sicht des nationalen Rechts ein Anwendungsfall des § 2 Abs. 2 zweiter Satz FLAG vor. Nach dieser Bestimmung hat eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach § 2 Abs. 2 erster Satz FLAG anspruchsberechtigt ist. Im Beschwerdefall ist daher entscheidend, ob der Mitbeteiligte die Unterhaltskosten für seinen Sohn überwiegend trägt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem im Gefolge des Urteiles des EuGH vom 26. November 2009, C-363/08, Romana Slanina, ergangenen Erkenntnis vom 16. Dezember 2009, 2009/15/0207, auf welches gemäß § 43 Abs. 2 VwGG verwiesen wird, ausgesprochen, dass diese nationale Rechtslage durch die VO keine Änderung dahingehend erfährt, dass der Mutter in diesen Fällen ein unbedingter Anspruch eingeräumt wird. Pro Monat und Kind gebührt die Familienbeihilfe nur einmal (§ 10 Abs. 4 FLAG). Daran ändern die Regelungen der VO nichts. Bei einer Konstellation, wie sie dem gegenständlichen Fall zu Grunde liegt, steht der Anspruch auf Familienbeihilfe - oder gegebenenfalls bloß auf eine Ausgleichszahlung nach § 4 Abs. 2 FLAG - allein dem in Österreich wohnhaften Elternteil zu, wenn er im Sinne des § 2 Abs. 2 FLAG überwiegend die Unterhaltskosten trägt. Das angeführte Urteil des EuGH (Randnr. 32) steht dem nicht entgegen, betraf dieses Urteil doch den Fall der Rückforderung von Familienbeihilfe, die an die haushaltshaltende Mutter nach ihrem Wegzug aus Österreich in einen anderen EU-Mitgliedstaat für Kinder weiter gewährt worden ist, deren unterhaltpflichtiger Vater seiner Unterhaltpflicht nicht nachgekommen ist.

Der Verwaltungsgerichtshof teilt daher die Auffassung der belangten Behörde, dass der Anspruch des Mitbeteiligten auf Familienbeihilfe davon abhängig ist, ob er die Unterhaltskosten für seinen Sohn überwiegend getragen hat. Hierbei kommt es darauf an, ob der Mitbeteiligte den Geldunterhalt leistet (vgl. auch dazu das hg. Erkenntnis vom 16. Dezember 2009, 2009/15/0207). Der Umstand, dass die Mutter des Kindes die Betreuungsleistungen erbringt, steht dem nicht entgegen.“

Im vorliegenden Fall lebte der Bw. im Streitzeitraum in Österreich. Die geschiedene Gattin (Scheidung am 12. April 2005) lebte mit ihrem Sohn in Polen. Da jedoch unbedenklich angenommen werden kann, dass der Bw. seinem Sohn überwiegend Unterhalt leistet, hat er daher Anspruch auf eine Differenzzahlung nach § 4 FLAG. Somit waren für den Streitzeitraum nur die Familienleistungen in Polen, die die geschiedene Gattin des Bw. bezogen hat bzw. auf die sie Anspruch hätte, rückzufordern.

Diese Familienleistungen haben für den Zeitraum Mai 2005 bis August 2006 43 PLN monatlich betragen, von September bis November 2006 64 PLN.

Zeitraum	Umrechnung	Summe in € (gerundet)
5, 6/2005	$43 \times 0,245133 \times 2$	21,08
7-9/2005	$43 \times 0,240620 \times 3$	31,05
10-12/2005	$43 \times 0,243984 \times 3$	31,47
1-3/2006	$43 \times 0,254916 \times 3$	32,88
4-6/2006	$43 \times 0,261773 \times 3$	33,78

7, 8/2006	43 x 0,255254 x 2	21,96
9/2006	64 x 0,255254	16,34
10, 11/2006	64 x 0,250236 x 2	<u>32,04</u>
Summe		<b>220,60</b>

Wien, am 14. September 2010