

## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bwin, vom 12. Jänner 2009, gegen den Bescheid des Finanzamtes Graz-Stadt vom 18. Dezember 2008, betreffend die Abweisung des Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für die Kinder für die Zeit ab 1. Dezember 2007, entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

### **Entscheidungsgründe**

Die Berufungswerberin verfügt nur in Österreich über einen Wohnsitz und ist im Bundesgebiet nichtselbstständig erwerbstätig. Ihr von ihr nach der Aktenlage dauernd getrennt lebender Ehegatte und die beiden im Spruch genannten Kinder wohnen in Italien in einem gemeinsamen Haushalt. Die beiden Kinder besuchen in Italien die Schule, verbringen jedoch einen Großteil der ununterrichtsfreien Zeit bei der Berufungswerberin (nach der Aktenlage jedes zweite Wochenende und alle Ferien). Der Ehegatte der Berufungswerberin geht in Italien keiner Beschäftigung nach und hat daher keinen Anspruch auf italienische Familienleistungen. Die Unterhaltskosten für die beiden Kinder werden nach der Aktenlage weitaus überwiegend wenn nicht sogar ausschließlich von der Berufungswerberin getragen.

---

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

Gemäß § 5 Abs. 3 FLAG 1967 besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

Nach dessen Abs. 4 besteht weiters kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, für die Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe besteht. Die Gewährung einer Ausgleichszahlung (§ 4 Abs. 2) wird dadurch nicht ausgeschlossen.

Nach § 53 Abs. 1 FLAG 1967 sind Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), 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 Wirtschaftsraums nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten.

Im vorliegenden Fall sind nicht nur die Bestimmungen des FLAG 1967, sondern auch die der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 (kurz: Verordnung) zu beachten.

Nach deren 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 Absatz 1 Buchstabe a) und des Artikels 31 in den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, 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 Mitgliedstaats 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.

Aus dem Zusammenhalt dieser Bestimmungen ergibt sich, nachdem eine gemeinsame Haushaltsführung im gegenständlichen Fall nicht besteht, dass der Berufungswerberin unter der Voraussetzung, dass sie im streitgegenständlichen Zeitraum überwiegend zum Unterhalt für seine Kinder beigetragen hat, die österreichische Familienbeihilfe grundsätzlich auch dann zusteht, wenn sich die Kinder ständig im Gemeinschaftsgebiet aufhalten.

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. Die Abgabenbehörde hat auf Grund der sie treffenden Pflicht zur Ermittlung des entscheidungswesentlichen Sachverhaltes die Aufgabe, die Höhe der gesamten Unterhaltskosten festzustellen oder, sollte eine konkrete Feststellung nicht möglich sein, im Wege einer Schätzung festzulegen und diesen Kosten sodann die tatsächlich geleiteten Unterhaltsbeträge gegenüberzustellen. Nur so lässt sich beurteilen, ob die Unterhaltskosten tatsächlich überwiegend getragen wurden.

Im vorliegenden Fall steht, wie bereits oben erwähnt wurde, außer Streit, dass die Berufungswerberin die Unterhaltskosten für die beiden Kinder überwiegend trägt. Es ist daher nach der zitierten Norm der Verordnung Haushaltsgemeinschaft der Berufungswerberin und der beiden Kinder anzunehmen.

Nach Artikel 73 der Verordnung 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.

Artikel 76 der Verordnung, 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.

Da der andere Elternteil, der Ehegatte der Berufungswerberin, in Italien keine Erwerbstätigkeit als Arbeitnehmer oder Selbständiger ausübt, hat nach Artikel 73 der

---

Verordnung Österreich als Beschäftigungsland der Berufungswerberin die Familienleistungen (vorrangig) zu erbringen.

Der Berufung war daher, wie im Spruch geschehen, Folge zu geben.

Graz, am 2. April 2009