

## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Berufungswerbers, Ort, Straße, vertreten durch Dr. Brigitte M.A. Weirather, Rechtsanwältin, 6020 Innsbruck, Andreas-Hofer-Straße 34, vom 18. Jänner 2008 gegen die Bescheide des Finanzamtes FA vom 10. Jänner 2008 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. September 2007 bis 31. Dezember 2007 entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Die angefochtenen Bescheide werden aufgehoben.

### **Entscheidungsgründe**

Auf Grund amtlicher Feststellungen forderte das Finanzamt mit Bescheid vom 10. Jänner 2008 die an den Beihilfenbezieher für den Zeitraum 1. September bis 31. Dezember 2007 ausbezahlte Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbeträgen zurück. Dies mit der Begründung, die Kinder wären ab September 2007 nicht mehr beim Beihilfenbezieher haushaltsgehörig.

In der rechtzeitig eingebrochenen Berufung führte die bevollmächtigte Rechtsanwältin aus, dass zwar ab 1. September 2007 keine Haushaltsgehörigkeit mehr gegeben sei, der Beihilfenbezieher für beide Kinder jedoch überwiegend unterhaltpflichtig wäre. Die Kindesmutter habe keinen Antrag auf Familienbeihilfe gestellt. Es habe daher ein Familienbeihilfenanspruch wegen überwiegender Kostentragung bestanden.

Unter Bezugnahme auf die Bestimmung des § 2 Abs 2 FLAG 1967 wies das Finanzamt die Berufung als unbegründet ab. Dies mit der Begründung, dass die Kinder ab dem genannten Zeitpunkt unstrittig alleine bei der Mutter haushaltsgehörig wären und eine überwiegende

Kostentragung nur dann einen Anspruch auf Familienbeihilfe begründen könne, wenn „das Kind bei keinem anderen Elternteil haushaltszugehörig“ sei.

Daraufhin wurde von der bevollmächtigten Rechtsanwältin ein Antrag auf Entscheidung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz gestellt.

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

Im gegenständlichen Fall ist nach dem Inhalt des Verwaltungsaktes von folgendem entscheidungsrelevanten Sachverhalt auszugehen:

Der Berufungswerber, ein österreichischer Staatsbürger, stand in einem Dienstverhältnis in Österreich. Der Wohnsitz der gesamten Familie wurde in Deutschland unterhalten. Die Kindesmutter ging weder in Deutschland noch in Österreich einer Beschäftigung nach. Vom Finanzamt wurde für beide Kinder die (österreichische) Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbeträgen bis inklusive Dezember 2007 ausbezahlt. Mit 1. September 2007 wurde der gemeinsame Wohnsitz vom Berufungswerber verlassen und in einem Nachbarhaus in Deutschland gemeinsam mit einer Lebensgefährtin begründet.

Im vorliegenden Fall wäre der rechtlichen Würdigung des Finanzamtes grundsätzlich zuzustimmen, wenn – bei Wohnsitz oder gewöhnlichem Aufenthalt in Österreich und fehlendem Auslands-(EU-)bezug - der Anspruch auf Familienbeihilfe ausschließlich nach inländischen Recht zu beurteilen wäre. Nach § 2 Abs 2 FLAG 1967 geht in einem derartigen Fall die Haushaltszugehörigkeit eines Kindes nämlich jedenfalls der überwiegenden Kostentragung vor (UFS 13.2.2004, RV/0571-I/03).

Nun ist gegenständlich der EU-Bezug jedoch zweifelsfrei gegeben, da der Berufungswerber und seine Familie im streitgegenständlichen Zeitraum in Deutschland wohnten, ein Dienstverhältnis jedoch nur in Österreich bestanden hat.

Nach Art 13 Abs 2 lit a der VO(EWG) 1408/71 unterliegt eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedsstaates abhängig beschäftigt ist – abgesehen von für den gegenständlichen Fall nicht bedeutsamen Ausnahmen -, den Rechtsvorschriften dieses Staates, und zwar auch dann, wenn sie in einem anderen Mitgliedsstaat wohnt. Nach Art 73 der genannten Verordnung, welche Regelungen über den Anspruch auf Familienleistungen für Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige enthält, hat ein Arbeitnehmer oder Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedslandes (gegenständlich Österreich) unterliegt, vorbehaltlich hier nicht entscheidender Ausnahmen, Anspruch auf Familienleistungen für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedsstaates wohnen, nach den Rechtsvorschriften des ersten Staates (gegenständlich Österreich), als ob diese Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnten.

Offenbar auf Grund dieser Bestimmungen hat das Finanzamt die österreichische Familienbeihilfe über mehrere Jahre ausbezahlt.

Nunmehr stellt sich die Frage, ob durch das Verlassen des gemeinsamen Haushaltes durch den Kindesvater ein Umstand eingetreten ist, der eine andere Beurteilung notwendig macht. Dazu ist vorweg festzuhalten, dass die Bestimmungen der VO(EWG) 1408/71 im Zusammenhang mit der Festlegung des Staates, der für die Auszahlung der Familienbeihilfe zuständig ist, grundsätzlich vom Beschäftigungslandprinzip ausgehen und somit der Wohnsitz der Kinder (und des Behilfenbeziehers) keine entscheidende Bedeutung hat. Auch ein gemeinsamer Wohnsitz von Beihilfenbezieher und anspruchsvermittelnden Kindern ist nach diesen Grundsatzbestimmungen für die Festlegung des zahlungsverpflichteten Staates nicht gefordert.

Beim vorliegenden Sachverhalt ergibt sich aus den vorgenannten EU-Bestimmungen, dass Österreich, obwohl weder der Berufungswerber noch seine Kinder in Österreich über einen Wohnsitz verfügten, in direkter Anwendung des EU-Rechtes dem Grunde nach für die Auszahlung der Familienbeihilfe zuständig ist und – wie im Folgenden ausgeführt - auch nach dem Verlassen der gemeinsamen Wohnung durch den Berufungswerber eine Auszahlung durch Österreich zu erfolgen hatte. Dies auf Grund folgender Überlegungen:

Nach § 2 Abs 2 FLAG 1967 besteht ein Anspruch auf Familienbeihilfe in Österreich – unabhängig vom Vorliegen eines EU-Bezuges - vorrangig bei bestehender Haushaltzugehörigkeit. Besteht zu einer Person Haushaltzugehörigkeit, ist – wie oben bereits festgehalten – diese Person vorrangig anspruchsberechtigt. So könnte folglich die Tatsache, dass beim Antragsteller keine Haushaltzugehörigkeit und somit eine generelle Voraussetzung für den Beihilfenanspruch auf nationaler Ebene nicht gegeben ist, - auch bei bestehendem EU-Bezug - dazu führen, dass die Haushaltzugehörigkeit eines Kindes bei einer anderen Person den Anspruch des Antragstellers auf Familienbeihilfe ausschließen würde. Wohl um zu verhindern, dass diese – dem Grundgedanken der VO(EWG) 1408/71 entgegenstehende – Wirkung eintreten kann, regelt Art 1 lit f sublit i) der VO(EWG) 1408/71, dass, wenn nach innerstaatlichen Rechtsvorschriften eine Person nur dann als Haushaltzugehöriger angesehen wird, wenn sie mit dem Arbeitnehmer in häuslicher Gemeinschaft lebt (wie dies auf Grund des § 2 Abs 2 iVm Abs 5 FLAG 1967 der Fall ist), diese Voraussetzung als erfüllt gilt, wenn der Unterhalt der betreffenden Person überwiegend von diesem bestritten wird.

Daraus folgt, dass die Kinder des Berufungswerbers im gegenständlichen Fall trotz nicht mehr aufrechtem gemeinsamen Wohnsitz dennoch als bei ihm als (fiktiv) haushaltzugehörig

anzusehen sind, wenn der Berufungswerber überwiegend für den Unterhalt der Kinder aufkommt (vgl. in diesem Sinne auch VwGH 19.4.2007, 2004/15/0049).

Alle diese Überlegungen wurden dem Finanzamt mit Vorhalt vom 30. Juni 2008 ebenso zur Kenntnis gebracht wie die Feststellung, dass – auf Grund des Inhaltes des Verwaltungsaktes – der Berufungswerber im streitgegenständlichen Zeitraum überwiegend die Kosten des Unterhaltes seiner Kinder getragen hat. Dem Finanzamt wurde mit dem genannten Vorhalt ausdrücklich die Möglichkeit geboten, Sachverhaltsfeststellungen zu treffen, die gegen die vom Berufungswerber als gegeben angesehene überwiegende Kostentragung sprechen. In Reaktion auf diesen Vorhalt übermittelte das Finanzamt eine vom Berufungswerber vorgelegte Aufstellung der von ihm im Jahr 2007 getragenen Kosten, welche er mit € 5.378,00 bezifferte. Zudem stellte er die Wohnung und Erzeugnisse (Lebensmittel, Holz) aus seiner Landwirtschaft kostenlos zur Verfügung und machte mit den Kindern Ausflüge bzw. übergab ihnen zu diversen Anlässen Geschenke. Auch wenn die vom Berufungswerber getragenen Kosten zum Teil die Kindesmutter mitbetreffen (zB Wohnungs- und Betriebskosten, Telefon- und Autokosten), erreichen die Zuwendungen in Summe (bezifferte Geldzahlungen und unbezifferte Sachleistungen) nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates ein Ausmaß, bei welchem von der behaupteten überwiegenden Kostentragung auszugehen ist. Dies jedenfalls in Ansehung der Regelbedarfssätze, welche - als grobe Richtschnur zwar nicht entscheidend jedoch einen ersten Anhaltspunkt liefernd - für die neun- bzw. fünfjährigen Söhne im Jahr 2007 zusammen monatlich ca. € 500,00 betragen haben, der Tatsache, dass die Kindesmutter über keine eigenen Einkünfte verfügte, und nachdem das Finanzamt – trotz ausdrücklicher Aufforderung allfällige gegenteilige Sachverhaltsfeststellungen zu treffen – die Tatsache der überwiegenden Kostentragung im Antwortschreiben vom 14. August 2008 weder in Frage gestellt noch konkret bestritten hat und diese daher wohl ebenfalls als gegeben ansieht.

Unbestritten ist auch, dass die Kindesmutter zu Gunsten des Berufungswerbers auf die Familienbeihilfe verzichtet hat (§ 2a FLAG 1967), da diese in der Vergangenheit stets an den Berufungswerber ausbezahlt wurde und ein Widerruf der Verzichtserklärung oder eine eigene Antragstellung nicht aktenkundig sind.

Da somit in direkter Anwendung der EU-rechtlichen Bestimmungen kombiniert mit den innerstaatlichen Anspruchsvoraussetzungen der Familienbeihilfenanspruch gegeben war und der Aufenthalt der Kinder in Deutschland auch für den Bezug der Kinderabsetzbeträge nicht schädlich ist, war wie im Spruch ausgeführt zu entscheiden.

Innsbruck, am 16. September 2008