



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 16. Juli 2007, gegen die Bescheide des Finanzamtes Graz-Umgebung vom 15. Juni 2007, betreffend die Abweisung des Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für die Kinder, für die Zeit ab 1. Februar 2005, entschieden:

Der Berufung wird hinsichtlich des Zeitraumes vom 1. März 2005 bis 31. Dezember 2006 Folge gegeben.

Das Mehrbegehren wird als unbegründet abgewiesen.

Die angefochtenen Bescheide werden dem entsprechend aufgehoben.

### **Entscheidungsgründe**

Der Berufungswerber brachte beim zuständigen Finanzamt am 12. Juni 2007 nachstehenden Antrag auf Gewährung von „Kinderbeihilfe“ für die drei im Spruch genannten Kinder für die Zeit ab 1. Februar 2005 ein:

*„1. Der Antragsteller ist deutscher Staatsbürger, ebenso seine Kd..*

*Die Kinder entstammen der Ehe des Antragstellers mit Frau XY.. Die Ehe wurde am 30.03.1981 vor dem Standesamt N. - Deutschland - geschlossen.*

*Die Familie lebte sodann in A., Italien.*

*Aufgrund des Urteiles des Tribunale di D. vom 06.03.2007 lebt der Antragsteller nunmehr von Frau xy in Trennung.*

*Seit März 2005 übt der Antragsteller eine sozialversicherungspflichtige Erwerbstätigkeit in Österreich aus. Von 01.03.2005 - 30.06.2005 bei B., wie auch ab 01.03.2005 bei C.. Ab 01.03.2006 übt der Antragsteller die sozialversicherungspflichtige Erwerbstätigkeit bei c. aufgrund eines Dienstvertrages aus.*

*Festzuhalten ist, dass die Kinder des Antragstellers nach wie vor bei deren Mutter, xy in Italien, wohnen und der Antragsteller dort nicht mehr wohnhaft ist, dh kein gemeinsamer Haushalt besteht.*

*Bis zu seiner sozialversicherungspflichtigen Erwerbstätigkeit in Österreich erhielt der Antragsteller an den entsprechenden Bestimmungen des dt. Einkommenssteuergesetzes Kindergeld. Die Zahlungen wurden jedoch bis Januar 2007 geleistet und ist der Antragsteller nunmehr verpflichtet den erhaltenen Kindergeldbetrag für den Zeitraum Februar 2005 bis Januar 2007 nach dem Bescheid der Familienkasse E. vom 06.03.2007 zu erstatten. Dieser Bescheid erging unter Hinweis auf die sozialversicherungspflichtige Erwerbstätigkeit außerhalb von Deutschland und wurde der Antragsteller darauf verwiesen, gern Art 13 der Verordnung EWG 1408/71 im Land seiner sozialversicherungspflichtigen Erwerbstätigkeit einen Antrag auf eine gleichwertige Leistung zu stellen.*

...

*2. Festzuhalten ist, dass aufgrund des grenzüberschreitenden Bezuges der Angelegenheit die EU-Verordnung 1408/71 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (im weiteren VO), und deren Durchführungsverordnung 574/72 (im weiteren Durchführungs-VO) zur Anwendung kommen.*

*Nach Art 13 Abs 1 der VO unterliegt ein Arbeitnehmer den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaates des EU. Soweit nicht in den Art 14 bis 17 anderes vorgesehen ist, unterliegt gem Art 13 Abs 2 lit a eine Person, die in einem Mitgliedstaat beschäftigt ist den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaates, auch wenn er in einem anderen Mitgliedstaat wohnt, etc.*

*Aufgrund seiner sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung unterliegt der Antragsteller daher den Rechtsvorschriften der Republik Österreich.*

*3. Gem Art 73 dieser VO hat ein Arbeitnehmer, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedsstaates unterliegt, für seine Familienangehörigen, die in einem anderen Mitgliedstaat*

*wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des Beschäftigungsstaates - in diesem Fall Österreich -, als ob die Familienangehörigen in diesem Staat wohnten.*

*Art 75 dieser VO ordnet an, dass die Familienleistungen vom zuständigen Träger des Staates gewährt werden, dessen Rechtsvorschriften für den Arbeitnehmer gelten.*

*4. Festzuhalten ist im weiteren, dass für die oben genannten Kinder daher ab Februar 2005 kein Anspruch auf Kindergeld in Deutschland besteht und, dass für die Kinder auch nach italienischem Recht kein Anspruch auf eine der Familienbeihilfe gleichartige Familienleistung besteht.*

...

*5. Gemäß § 2 Abs 1 FamLAG haben Personen Anspruch auf Familienbeihilfe, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt haben für a) minderjährige Kinder und b)-i) volljährige Kinder unter gewissen Voraussetzungen.*

*Anspruch hat jedoch gern § 2 Abs 2 FamLAG nur diejenige Person, zu dessen Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu dessen Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat den Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.*

*Festzuhalten ist, dass § 4 Abs 3 FamLAG grundsätzlich bestimmt, dass für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht. Diese Bestimmung ist jedoch im Zusammenhang mit § 53 Abs 1 FamLAG zu lesen, wonach EWRStaatsbürger mit österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt werden und hiebei der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des EWR nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen (wie obige Verordnungen) dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten ist.*

*Im gegenständlichen Fall ist jedoch keine Haushaltzugehörigkeit iS obiger Bestimmung gegeben, jedoch trägt der Antragsteller die Unterhaltskosten überwiegend (§ 2 Abs 2 2. Satz FamLAG unter Beachtung § 53 Abs 1 letzter Satz FamLAG)*

*Im Zusammenhang mit den oben genannten Verordnungen bedeutet dies, dass wenn der Elternteil im Ausland, bei dem die Kinder haushaltzugehörig sind, keinen Anspruch auf eine Familienleistung hat und der andere Elternteil die Unterhaltskosten überwiegend trägt, auch dieser andere Anspruch auf Familienbeihilfe nach dem FamLAG hat.*

*Für diese Beurteilung sind einerseits die gesamten Unterhaltskosten für die Kinder und andererseits die Höhe der von dieser Person tatsächlich geleisteten Unterhaltsbeträge maßgebend. Überwiegend bedeutet im weiteren „mehr als die Hälfte“ (vgl etwa VwGH GZ 98/15/0011).*

*6. Festzuhalten ist, dass der Antragsteller den Unterhalt für seine drei Kinder überwiegend trägt. Nach dem Trennungsurteil des Tribunale di D. vom 06.02.2007 hat der Antragsteller für alle drei Kinder € 1.000,-- monatlich zu bezahlen.*

*Der Antragsteller leistete an die Kindesmutter jedoch bereits ab dem Zeitpunkt der tatsächlichen Trennung (gerichtliche Antragstellung auf Trennung per 21.02.2005) monatliche Unterhaltsbeträge für die drei Kinder iHv rund € 1.000,--. Die im Urteil des Tribunale ausgewiesene Unterhaltsschuld iHv € 5.237,19 entstand dadurch, dass mangels gerichtlicher Bestimmung des Unterhalts der Antragsteller in manchen Monaten geringere Beträge an die Kinder geleistet wurde. Die Rückstände werden jedoch urteilsgemäß in monatlichen Raten iHv € 250,-- zu Handen der Kindesmutter geleistet.*

*Festzuhalten ist, dass die Kindesmutter nur € 400,-- für die monatliche Wohnungsmiete aufwenden muss. Schulgelder für die mj. Kinder AB und CD fallen nicht an. Die Studiengebühr für die Tochter EF. iHv etwa € 600,-- wird vom Land Südtirol übernommen. Wie viel die Kindesmutter darüber hinaus an die Kinder leistet, kann vom Antragsteller nicht angegeben werden, jedoch kann es sich nur um geringe Beträge handeln.*

*Ansonsten fallen üblicherweise keine außergewöhnlichen Kosten an, wobei der Antragsteller den Kindern hie und da - sofern es ihm finanziell möglich ist - über den festgesetzten Unterhalt hinaus Zuwendungen finanzieller Art oder in Naturalien zu kommen lässt.*

*Zieht man im weiteren den Regelbedarf für Kindesunterhalt (2007) in Betracht, so stünden CD , 15 Jahre, und AB , 18 Jahre, je einen Regelbedarf iHv € 370,-- und EF. , 20 Jahre, ein Regelbedarf iHv € 465,-- zu. Insgesamt sohin € 1.205,--.*

*Auch in Anbetracht der Prozentsatzregelung, für die diesbezüglich die Unterhaltsbemessungsgrundlage des Antragstellers € 2.803,20 ausschlaggebend ist, müsste der Antragsteller höchstens € 1.513,80 für alle drei Kinder leisten (18% für jedes Kind: € 504,60 x 3 = 1.513,80).*

*Da der Antragsteller in Hinsicht auf den gesetzlichen Unterhalt jedenfalls immer mehr als die Hälfte trägt, liegt jedenfalls eine überwiegende Tragung des Unterhalts im Sinne des § 2 Abs 2 FamLAG vor, sodass der Antragsteller Anspruch auf Kinderbeihilfe im gesetzlichen Ausmaß hat. ...."*

Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid vom 15. Juni 2007 wurde dieser Antrag abgewiesen. Zu seiner Begründung hat das Finanzamt unter Hinweis auf § 2 Abs. 2 des Familienlastenausgleichsgesetzes (FLAG) 1967 ausgeführt:

*„Es liegt in der Absicht des Gesetzgebers, die Familienbeihilfe dem Haushalt zuzuleiten, in dem das Kind lebt. Die Familienbeihilfe soll die mit der Betreuung des Kindes verbundenen Mehrbelastungen - zumindest teilweise - ausgleichen. Die Betreuung eines Kindes stellt in jedem Fall eine vermögenswert Leistung dar und steht der Erfüllung der Sorgepflicht durch Geldleistung gleich. Es ist somit davon auszugehen, dass die Betreuung, Erziehung und Pflege eines Kindes dem Geldunterhalt des anderen Elternteiles gleichkommt und durch Leistung des reinen Geldunterhaltes keine überwiegende Leistung des Unterhaltes vorliegen kann. Für ein Kind, das im Haushalt eines Elternteiles (Großeltern, Wahleltern, Stiefeltern oder Pflegeeltern) betreut wird, kann daher kein Anspruch auf die Familienbeihilfe aus dem Titel der überwiegenden Kostentragung vorliegen, unabhängig davon, ob und wieviel an Unterhalt geleistet wird. Dies gilt auch für grenzüberschreitende Sachverhalte.“*

In der dagegen fristgerecht eingebrachten Berufung vom 16. Juli 2007 hat der Berufungswerber durch seinen Vertreter auszugsweise ausgeführt:

*„.... 3. Gemäß § 2 Abs 2 FamLAG hat nicht nur diejenige Person, zu dessen Haushalt das Kind gehört, Anspruch auf Familienbeihilfe, sondern auch eine Person, zu dessen Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.*

*Bezüglich des Aufenthaltes der Kinder ist festzuhalten, dass gemäß § 4 Abs 3 FamLAG für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht. Diese Bestimmung ist jedoch im Zusammenhang mit § 53 Abs 1 FamLAG zu lesen, wonach EWR-Staatsbürger mit Österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt werden und hierbei der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des EWR nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen (wie die EU-Verordnung 1408/71), dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten ist.*

*Dies bedeutet, dass, wenn der Elternteil im Ausland, bei dem die Eltern haushaltsgleichzeitig d. keinen Anspruch auf eine Familienleistung hat und der andere Elternteil die Unterhaltskosten überwiegend trägt, auch dieser andere Elternteil Anspruch auf Familienbeihilfe nach dem FamLAG hat.*

*Wesentlich ist daher die Beurteilung des Tatbestandselementes der überwiegenden Tragung der Unterhaltskosten. Diesbezüglich hat jedoch die Behörde diesen Begriff bzw. dieses*

*Tatbestandselement rechtlich unrichtig beurteilt, indem sie davon ausgegangen ist, dass die Betreuung, Erziehung und Pflege eines Kindes dem Geldunterhalt gleich komme.*

*Nach ständiger Judikatur des VwGH ist jedoch bezüglich der Tragung der überwiegenden Unterhaltskosten allein auf die einerseits gesamten Unterhaltskosten für die Kinder und andererseits für die Höhe der von dieser Person tatsächlich geleisteten Unterhaltsbeträge maßgebend. Überwiegend bedeutet dies im Zusammenhang mehr als die Hälfte (vgl. VwGH GZ 98/15/0011).*

*Es geht daher rein um die Bezahlung tatsächlich geleisteter Unterhaltsbeträge in Geld. Nichts anderes ist auch dem Gesetzeswortlaut zu entnehmen, wenn er von "Unterhaltskosten" spricht.*

*Im übrigen wurde dies auch so in den Durchführungsrichtlinien zum Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (Stand September 2005), herausgegeben vom Bundesministerium für soziale Sicherheit, Generation und Konsumentenschutz, Abteilung V/1, unter Punkt 02.02, ausgeführt, dass, wenn jemand nachweislich die Kosten des Unterhalts eines Kindes überwiegend trägt, auch im Allgemeinen nicht zu prüfen ist, ob die wirtschaftliche Notwendigkeit hiezu besteht. Im übrigen wird oben genanntes VwGH - Erkenntnis inhaltlich übernommen.*

*Auch aus diesen Ausführungen kann nur entnommen werden, dass es sich bei der Auslegung des Begriffes der überwiegenden Tragung der Unterhaltskosten allein um Geldleistungen handelt.*

*Des weiteren hat auch der VwGH in seinem Erkenntnis 93/15/0208 ausgeführt, dass eine Person, die die Unterhaltskosten für ein Kind überwiegend getragen hat, einerseits von der Höhe der gesamten Unterhaltskosten für ein den Anspruch auf Familienbeihilfe vermitteltes Kind in einem bestimmten Zeitraum und andererseits von der Höhe der im selben Zeitraum von dieser Person tatsächlich geleisteten Unterhaltsbeiträge abhängt. Ohne zumindest schätzungsweise Feststellung der gesamten Unterhaltskosten für ein Kind lässt sich, wenn dies nicht aufgrund der geringen (absoluten) Höhe der geleisteten Unterhaltsbeiträge ausgeschlossen werden kann, somit nicht sagen, ob die Unterhaltsleistung im konkreten Fall eine überwiegende war. Auch in seiner Entscheidung GZ 88/14/0130 führt der VwGH aus, dass von den tatsächlichen Unterhaltskosten auszugehen ist. Die belangte Behörde habe daher die tatsächlichen Unterhaltskosten über das Kind unter Berücksichtigung seiner besonderen Lebensverhältnisse zu ermitteln und festzusetzen.*

*Der Bescheid der belangten Behörde ist daher materiell rechtswidrig, da er das Gesetz unrichtig anwendet. Bei der Beurteilung der überwiegenden Kostentragung werden laut*

*Gesetz und ständiger Judikatur des VwGH sowie auch des UFS allein tatsächliche Unterhaltsgeldleistungen gewürdigt.*

*Betreuung, Erziehung und Pflege sind nicht durch den Begriff der Unterhaltskosten deckt.*

*Da die Mutter der Kinder nach § 2 Abs 2 1. Satz FamLAG nicht anspruchsberechtigt ist, hat der Antragsteller nach Satz 2 dieser Bestimmung Anspruch auf Gewährung von Familienbeihilfe, da er die Unterhaltskosten für die Kinder überwiegend trägt.*

*Entgegen der Ansicht der belangten Behörde ist daher nur auf die tatsächlichen Kosten abzustellen.*

*4. In diesem Zusammenhang wird nochmals vorgebracht, dass der Antragsteller nach dem Trennungsurteil des Tribunale di D. vom 6.2.2007 für alle 3 Kinder € 1.000,00 monatlich zu bezahlen hat. ...*

*Festzuhalten ist, dass die Kindesmutter nur € 400,-- für die monatliche Wohnungsmiete aufwenden muss. Schulgelder für die mj. Kinder AB und CD fallen nicht an. Die Studiengebühr für die Tochter EF. iHv etwa € 600,-- wird vom Land Südtirol übernommen. Wie viel die Kindesmutter darüber hinaus an die Kinder leistet, kann vom Antragsteller nicht angegeben werden, jedoch kann es sich nur um geringe Beträge handeln. Die Kindesmutter ist leider nicht bereit, dem Antragsteller nähere Auskünfte zu erteilen.*

*Ansonsten fallen üblicherweise keine außergewöhnlichen Kosten an, wobei der Antragsteller den Kindern hie und da - sofern es ihm finanziell möglich ist - über den festgesetzten Unterhalt hinaus Zuwendungen finanzieller Art oder in Naturalien zu kommen lässt.*

*Zieht man im weiteren den Regelbedarf für Kindesunterhalt (2007) in Betracht, so stünden CD , 15 Jahre, und AB , 18 Jahre, je einen Regelbedarf iHv € 370,-- und EF. , 20 Jahre, ein Regelbedarf iHv € 465,-- zu. Insgesamt sohin € 1.205,--.*

*Auch in Anbetracht der Prozentsatzregelung, für die diesbezüglich die Unterhaltsbemessungsgrundlage des Antragstellers € 2.803,20 ausschlaggebend ist, müsste der Antragsteller höchstens € 1.513,80 für alle drei Kinder leisten (18% für jedes Kind: € 504,60 x 3 = 1.513,80).*

*Da der Antragsteller in Hinsicht auf den gesetzlichen Unterhalt jedenfalls immer mehr als die Hälfte trägt, liegt jedenfalls eine überwiegende Tragung des Unterhalts im Sinne des § 2 Abs 2 FamLAG vor, sodass der Antragsteller Anspruch auf Kinderbeihilfe im gesetzlichen Ausmaß hat. ..."*

Das Finanzamt hat diese Berufung, ohne eine Berufungsvorentscheidung zu erlassen, dem Unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung vorgelegt.

***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 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.

Nach Artikel 73 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 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.

Aus dem Zusammenhalt dieser 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 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.

Der Unabhängige Finanzsenat hat daher das Finanzamt mit Schreiben vom 22. April 2008 um Ergänzung des maßgeblichen Sachverhalts ersucht.

In diesem Schreiben wurde wörtlich ausgeführt:

*„Ob überwiegende Kostentragung im für den gegenständlichen Fall maßgeblichen Sinn vorliegt (vgl. VwGH 21.3.1996, 93/15/0208), hängt davon ab, wie hoch die gesamten tatsächlichen Unterhaltskosten für die Kinder im maßgeblichen Zeitraum waren und in welchem Ausmaß im selben Zeitraum von der unterhaltspflichtigen 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. Das Preisniveau des Endverbrauchs der privaten Haushalte liegt in Italien regelmäßig in etwa drei Prozentpunkte über dem in Österreich (Eurostat).“*

*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 vom Berufungswerber tatsächlich geleisteten Unterhaltsbeträge gegenüberzustellen. Nur so lässt sich beurteilen, ob die Unterhaltskosten tatsächlich überwiegend von ihm getragen wurden.*

*Das Finanzamt wird ersucht, die tatsächlichen Unterhaltskosten für die in Rede stehenden Kinder anhand der konkreten Lebensumstände festzustellen. Dazu kann es - unter Wahrung des Parteiengehörs - allenfalls erforderlich sein, die Kindesmutter und ein Kind/die Kinder selbst um entsprechende Auskünfte zu ersuchen.*

*Es wird darauf hingewiesen, dass sowohl unter Zugrundelegung der so genannten Regelbedarfssätze als auch unter Heranziehung der monatlichen Verbrauchsausgaben (Konsumerhebung 2004/05 der Statistik Austria) tatsächlich der Berufungswerber mit seiner monatlichen Zahlung von 1.000 € die Unterhaltskosten der drei Kinder überwiegend bestritten hätte.“*

Das Finanzamt hat darauf hin die Mutter der Kinder ersucht, ihre monatlichen Unterhaltskosten für die im gemeinsamen Haushalt lebenden Kinder binnen bestimmter Frist belegmäßig nachzuweisen.

Mit Schreiben vom 8. Juli 2008 teilte das Finanzamt dem Unabhängigen Finanzsenat mit, dass die Kindesmutter „binnen angeführter Frist bei Finanzamt Graz – Umgebung keinerlei Unterlagen eingereicht“ habe. Der Akt werde daher „zur weiteren Bearbeitung“ wieder an den Unabhängigen Finanzsenat vorgelegt.

In einem weiteren Schreiben vom 17. Juli 2008 hat der Unabhängige Finanzsenat dem Finanzamt mit der Bitte um Stellungnahme mitgeteilt, dass er davon ausgehe, „dass das

*Finanzamt weitere Ermittlungen nicht anstellen wird, sondern vielmehr davon ausgeht, dass der Berufungswerber tatsächlich die Kosten des Unterhalts für die drei Kinder im maßgeblichen Zeitraum überwiegend getragen hat“.*

Auf dieses Schreiben hat das Finanzamt mit Schriftsatz vom 6. August 2008 geantwortet:

*„Das Finanzamt hat ... versucht, von der Kindesmutter eine Stellungnahme zu erwirken. Nachdem diese auf unser Scheiben nicht reagierte, sehen wir keine wirtschaftlich vertretbare Möglichkeit einer Ermittlung ihres Unterhaltsbeitrages.*

*Tatsache ist jedenfalls, dass sich die Kinder seit der Trennung der Eltern (...) im gemeinsamen Haushalt der Kindesmutter aufhalten und allein schon infolge Pflege und Erziehung eine Unterhaltsleistung abgeleitet werden kann. Außerdem verfügt die Kindesmutter über eine Einkommenshöhe, die ihr einen Anspruch auf Familienleistungen in Italien verwehrt. Möglicherweise ist dies auch der Grund für fehlende Mitwirkung. Schon deshalb kann das Finanzamt nicht davon ausgehen, dass der Berufungswerber die Kosten des Unterhaltes für die Kinder überwiegend trägt.*

*Der Kindesvater zahlt Unterhalt in Höhe von monatlich € 1000,- für beide (Anmerkung: richtig: drei) Kinder aufgrund eines Gerichtsbeschlusses gemäß seinem Einkommen wie in Trennungsfällen üblich. Zusätzliche Zahlungen aufgrund besonderer Bedürfnisse der Kinder sind nicht ersichtlich.“*

Zur Beurteilung, ob die Unterhaltskosten für die Kinder tatsächlich überwiegend vom Berufungswerber getragen wurden, haben die Abgabenbehörden, wie bereits ausgeführt wurde, 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. Dem Ersuchen des Unabhängigen Finanzsenats, die Höhe der gesamten Unterhaltskosten festzustellen, konnte das Finanzamt nicht nachkommen. Es bleibt sohin nur die Möglichkeit, diese Kosten im Wege einer Schätzung festzulegen. Der Unabhängigen Finanzsenat hat in seinem Schreiben an das Finanzamt vom 22. April 2008 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass „*sowohl unter Zugrundelegung der so genannten Regelbedarfssätze als auch unter Heranziehung der monatlichen Verbrauchsausgaben (Konsumerhebung 2004/05 der Statistik Austria) tatsächlich der Berufungswerber mit seiner monatlichen Zahlung von 1.000 € die Unterhaltskosten der drei Kinder überwiegend bestritten hätte.“*

Der Unabhängige Finanzsenat hat dem Finanzamt damit bekannt gegeben, dass die Schätzung der tatsächlichen Unterhaltskosten der Kinder sowohl in Anlehnung an die so genannten „Regelbedarfssätze“ als auch unter Heranziehung der „monatlichen

Verbrauchsausgaben“ ergebe, dass der Berufungswerber im maßgeblichen Zeitraum tatsächlich die Unterhaltskosten für die drei den Anspruch vermittelnden Kinder überwiegend getragen habe. Diesen Schätzungsmethoden hat das Finanzamt lediglich entgegengesetzt, dass die Kindesmutter „allein schon durch Pflege und Erziehung eine Unterhaltsleistung erbringe“ und dass sie in Italien schon auf Grund des maßgeblichen Einkommens keinen Beihilfenanspruch habe, und daraus, wohl in verfehlter Anlehnung an die im vorliegenden Fall nicht anwendbaren Regelungen in § 2 Abs. 2 und § 2a Abs. 1 und 2 FLAG 1967 den Schluss gezogen, dass die Mutter den Unterhalt der Kinder überwiegend getragen habe.

Damit muss der Unabhängige Finanzsenat aber von dem im Wege der Schätzung ermittelten übereinstimmenden Ergebnis der gesamten Unterhaltskosten der Kinder sowohl in Anlehnung an die so genannten „Regelbedarfssätze“ als auch unter Heranziehung der „monatlichen Verbrauchsausgaben“ als erwiesen annehmen, dass der Berufungswerber im maßgeblichen Zeitraum tatsächlich die Unterhaltskosten für die drei den Anspruch vermittelnden Kinder überwiegend getragen hat.

Damit hatte der Berufungswerber nach den oben zitierten heranzuziehenden Rechtsvorschriften, ebenso wie die Kindesmutter in Italien, dem Grunde nach in Österreich einen Anspruch auf Familienleistungen, der allerdings auf Grund der zitierten gemeinschaftsrechtlichen Prioritätsregeln einer vorrangigen Leistungsverpflichtung von Italien an die Kindesmutter nachgeht. Der Berufungswerber 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 Italien. Da diese Ansprüche der Kindesmutter auf Familienleistungen in Italien vom Finanzamt (zutreffend) mit Null festgestellt wurden, beträgt diese zustehende Differenzzahlung grundsätzlich den vollen Betrag der Familienleistungen selbst. Allerdings ist zu beachten, dass das innerstaatliche Recht für die Zahlung der Differenzzahlung, die gemäß § 4 Abs. 6 FLAG 1967 ausdrücklich als „Familienbeihilfe“ gilt, besondere Regelungen vorgesehen hat:

§ 4 Abs. 4 FLAG 1967 lautet:

Personen, die Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe haben, haben keinen Anspruch auf Familienbeihilfe.

Abs. 2: Österreichische Staatsbürger, die gemäß Abs. 1 oder gemäß § 5 Abs. 5 vom Anspruch auf die Familienbeihilfe ausgeschlossen sind, erhalten eine Ausgleichszahlung, wenn die Höhe der gleichartigen ausländischen Beihilfe, auf die sie oder eine andere Person (§ 5 Abs. 5) Anspruch haben, geringer ist als die Familienbeihilfe, die ihnen nach diesem Bundesgesetz ansonsten zu gewähren wäre.

Abs. 3: Die Ausgleichszahlung wird in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen der gleichartigen ausländischen Beihilfe und der Familienbeihilfe, die nach diesem Bundesgesetz zu gewähren wäre, geleistet.

Abs. 4: Die Ausgleichszahlung ist jährlich nach Ablauf des Kalenderjahres, wenn aber der Anspruch auf die gleichartige ausländische Beihilfe früher erlischt, nach Erlöschen dieses Anspruches über Antrag zu gewähren.

Der Antrag des Berufungswerbers, ihm „Familienbeihilfe“ zu gewähren, ist daher entsprechend § 4 Abs. 6 FLAG 1967 zwar (auch) als Antrag auf Gewährung der Differenzzahlung anzusehen. Der beim Finanzamt am 12. Juni 2007 eingebauchte Antrag, kann jedoch, nachdem die Differenzzahlung gemäß § 4 Abs. 4 FLAG 1967 nur „*jährlich nach Ablauf des Kalenderjahres, ... über Antrag zu gewähren ist*,“ nur für die zum Zeitpunkt der Einbringung des Antrages bereits abgelaufenen Kalenderjahre erfolgreich sein.

Der Berufung konnte daher nur für Zeiträume bis 31. Dezember 2006 Folge gegeben werden, nicht jedoch für die daran anschließenden Kalendermonate bis zur Einbringung des Antrages.

Auch hat der Berufungswerber nach der Aktenlage eindeutig erst ab März 2005 eine Erwerbstätigkeit in Österreich ausübt. Ein Anspruch auf Familienleistungen für den Monat Februar 2005 ist daher nicht nur nach innerstaatlichem sondern auch nach Gemeinschaftsrecht nicht gegeben.

Die Berufung war daher hinsichtlich des Monats Februar 2005 und, da es sich um eine Gewährung der Differenzzahlung und nicht der laufenden Zahlung von Familienbeihilfe handelt, auch hinsichtlich der Zeiträume nach Ablauf des Kalenderjahres 2006 als unbegründet abzuweisen.

Im übrigen war der Berufung jedoch Folge zu geben, da als erwiesen anzunehmen ist, dass der Berufungswerber im maßgeblichen Zeitraum die Unterhaltskosten für seine Kinder überwiegend getragen hat, sodass er nach Gemeinschaftsrecht einen Anspruch auf Differenzzahlung hatte. Der diesen Anspruch für die genannten Zeiträume abweisende Bescheid des Finanzamtes ist daher insoweit mit Rechtswidrigkeit belastet, sodass er insoweit aufzuheben war.

Graz, am 23. September 2008