



## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vertreten durch RA, vom 4. Februar 2008 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 3/11 Schwechat Gerasdorf vom 17. Dezember 2007 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Ausgleichszahlung für den Zeitraum Jänner 2005 bis Dezember 2006 – hinsichtlich der Tochter im Umfange der Einschränkung der Berufung auf den Zeitraum von Oktober 2005 bis Dezember 2006 – entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Der Berufungswerber (Bw.), ein polnischer Staatsbürger, der in Österreich wohnhaft und berufstätig ist, beantragte die Gewährung einer Ausgleichszahlung/Differenzzahlung für die Kalenderjahre 2005 und 2006 für seine beiden 1990 und 1992 geborenen Kinder.

Im Kalenderjahr 2005 lebte die 1990 geborene Tochter S. (S.) ab Mitte September, der 1992 geborene Sohn D. (D.) ganzjährig (schon seit Geburt) bei ihrer leiblichen Mutter in Polen. Sie besuchten die Grundschule in T. bzw. das öffentliche Gymnasium in N. in Polen (Bescheinigungen vom 5. Oktober 2005, 17. März 2006 und 31. Oktober 2007).

2005 und 2006 bestand Anspruch auf ausländische (polnische) Beihilfe, und zwar laut Angabe des Bw. im Antrag für das Kalenderjahr 2005 für die Tochter 172 Zloty und für den Sohn 516 Zloty.

Die Höhe der monatlichen Unterhaltsleistung des Bw. wurde im Antrag für das Kalenderjahr 2005 nicht bekannt gegeben und im Antrag für das Kalenderjahr 2006 für beide Kinder in Höhe von € 905,00 angegeben.

Das Finanzamt wies den Antrag des Bw. mit Hinweis auf § 2 Abs. 2 FLAG 1967 ab, da laut Aktenlage die Kinder in Polen bei der Kindesmutter haushaltszugehörig waren.

In der Berufung gegen den Abweisungsbescheid schränkte der Bw. seinen Antrag hinsichtlich der Tochter auf den Zeitraum ab Oktober 2005 ein, weil er für sie für den Zeitraum Oktober 2004 bis September 2005 Familienbeihilfe erhalten habe, da sie in seinem Haushalt (in Wien) aufhältig gewesen war.

Weiters wurde in der Berufung ausgeführt:

*„Laut beiliegendem Scheidungsurteil in beglaubigter Übersetzung wurde die Obsorge beiden Kindeseltern zuerkannt.*

*Laut beiliegendem Urteil bin ich weiters verpflichtet, einen Kindesunterhalt pro Kind in Höhe von 800,- Zloty (das entspricht ca. € 200,--) zu bezahlen, insgesamt sohin zahle ich an die Kindesmutter monatlich € 400,-- für beide Kinder regelmäßig.*

*Dadurch werden die Unterhaltskosten für beide Kinder, auch wenn sie bei der Kindesmutter aufhältig sind, von mir überwiegend getragen, da die Kindesmutter in Polen eine Kinderbeihilfe bzw. Familienbeihilfe in Höhe von ca. € 14,-- bis € 15,-- pro Kind monatlich erhält.*

*Ich bin daher der Ansicht, dass mir teilweise aufgrund der gegebenen Situation eine Zahlung zusteht und habe deshalb mit Antrag vom 10.10.2006 die Auszahlung einer Ausgleichszahlung begehrt.“*

Laut o.a. beglaubigter Übersetzung des Scheidungsurteiles vom 17. April 2003 aus dem Polnischen wurde die am 18. März 1989 zwischen der Antragstellerin (d.i. die ehem. Ehegattin des Bw.) und dem Antragsgegner (d.i. der Bw.) geschlossene Ehe - ohne Schuldausspruch – geschieden. Die Ausübung der elterlichen Obsorge über die gemeinsamen minderjährigen Kinder S. und D. wurde beiden Elternteilen zuerkannt, wobei der Wohnort beider Kinder bei der Mutter bestimmt wurde. Beide Elternteile haben die Pflicht, die Kosten für Unterhalt und Erziehung der gemeinsamen Kinder zu tragen, wobei der vom Antragsgegner zu zahlende Unterhalt zugunsten des minderjährigen Sohnes und der minderjährigen Tochter auf jeweils 800 PLN (in Worten: achthundert Zloty) d.i. insgesamt auf 1.600 PLN monatlich festgesetzt wird und zu Händen der Mutter der Minderjährigen bis zum 10. eines jeden Monats ... zu zahlen ist.

Mit Berufungsvorentscheidung wurde die Berufung als unbegründet abgewiesen. Nach Zitierung der gesetzlichen Bestimmung führte das Finanzamt aus wie folgt:

*„Im Scheidungsurteil vom 17.4.2003 wurde der Wohnort beider Kinder bei der Mutter bestimmt. In Ihrer Berufungsschrift wurde lediglich auf die Zugehörigkeit von S. (der Tochter) zu Ihrem Haushalt im Zeitraum Oktober 2004 – September 2005 verwiesen.*

*Für diesen Zeitraum wurde Ihnen daher auch die Familienbeihilfe für S. in voller Höhe zuerkannt.*

*Für den übrigen Zeitraum wird lediglich mit der überwiegenden Unterhaltsleistung für die beiden Kinder als Anspruchsgrund betr. der Familienbeihilfe argumentiert.*

*Auf Grund der eindeutigen gesetzlichen Regelung 'wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist' sowie der unwidersprochenen Tatsache, dass die Kinder in Polen im Haushalt der Kindesmutter leben, war Ihre Berufung als unbegründet abzuweisen."*

Der Vorlageantrag wurde ohne Erstattung eines weiteren Vorbringens eingebracht.

Die Abgabenbehörde zweiter Instanz führte ein Ermittlungsverfahren durch, dessen Ergebnis in den nachfolgenden Erwägungsteil eingearbeitet ist.

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

Nach § 2 Abs. 1 lit. a Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, für minderjährige Kinder Anspruch auf Familienbeihilfe. Nach Abs. 2 dieser Gesetzesbestimmung hat jene 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 anspruchsberechtigt ist. Nach § 2 Abs. 4 FLAG 1967 umfassen die Kosten des Unterhalts bei minderjährigen Kindern auch die Kosten der Erziehung.

§ 4 Abs. 1 FLAG 1967 bestimmt, dass Personen, die Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe haben, keinen Anspruch auf Familienbeihilfe haben, wobei jedoch eine in den nachfolgenden Absätzen definierte Ausgleichszahlung unter den dort angeführten Bedingungen möglich wäre.

Gemäß § 5 Abs. 3 FLAG 1967 besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten. In diesem Zusammenhang bestimmt jedoch § 53 Abs. 1 FLAG 1967, dass Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt sind. 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. Nach Wittmann/Papacek, Der Familienlastenausgleich, Kommentar § 53, wird dadurch die Gebietsgleichstellung mit Österreich bezüglich des ständigen Aufenthaltes der Kinder im EWR bzw. in der EU im Sinne der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen hervorgehoben.

Im vorliegenden Fall ist aber nicht nur innerstaatliches Recht, sondern auch die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige und deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (kurz: VO), zu beachten.

Die in Rede stehende Familienbeihilfe ist zweifelsfrei eine Familienleistung iSd Art. 1 Buchstabe u sublit. i VO, welche einen Ausgleich von Familienlasten bezweckt und in einem staatlichen Beitrag zum Familienbudget besteht, der die Kosten des Unterhalts von Kindern verringern soll (sh. auch Urteil des EuGH vom 5.2.2002, Rs C-255/99 Anna Humer).

Nach Art. 73 VO hat ein Arbeitnehmer, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedsstaates unterliegt, vorbehaltlich hier nicht entscheidender Ausnahmen, für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedsstaates wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedsstaates, als ob diese Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnten. Familienleistungen werden in diesem Fall gemäß Art. 75 VO vom zuständigen Träger des Staates gewährt, dessen Rechtsvorschriften für den Arbeitnehmer gelten. Sind für ein und denselben Zeitraum für ein und denselben Familienangehörigen in den Rechtsvorschriften des Mitgliedsstaates, in dessen Gebiet die Familienangehörigen wohnen, Familienleistungen auf Grund der Ausübung einer Erwerbstätigkeit vorgesehen, so ruht nach Art. 76 VO der Anspruch auf die nach den Rechtsvorschriften des anderen Mitgliedsstaates gegebenenfalls gemäß Art. 73 VO geschuldeten Familienleistungen bis zu dem in den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedsstaates vorgesehenen Betrag. Wird in dem Mitgliedsstaat, in dessen Gebiet die Familienangehörigen wohnen, kein Antrag auf Leistungsgewährung gestellt, so kann der zuständige Träger des anderen Mitgliedsstaates Art. 76 Abs. 1 VO anwenden, als ob Leistungen in dem ersten Mitgliedsstaat gewährt wurden.

Art. 1 Buchstabe f sublit. i VO bestimmt, dass für den Fall, dass nach den Bezug habenden innerstaatlichen Rechtsvorschriften eine Person nur dann als Haushaltsangehöriger angesehen wird, wenn sie mit dem Arbeitnehmer in häuslicher Gemeinschaft lebt, diese Voraussetzung als erfüllt gilt, wenn der Unterhalt der betreffenden Person überwiegend von diesem bestritten wird.

Die Bestimmungen der genannten VO, welche vorrangig und unmittelbar berücksichtigt werden müssen, selbst wenn ihnen innerstaatliche Rechtsvorschriften entgegenstehen sollten, sind im gegenständlichen Fall anzuwenden, da der Bw. im Berufszeitraum Arbeitnehmer war (vgl. die Angaben des Bw. in den Anträgen auf Gewährung einer Ausgleichszahlung/Differenzzahlung) und seine Kinder im Beurteilungszeitraum in einem anderen Staat des Gemeinschaftsgebietes wohnten.

Der Bw. hat seit April 2002 an einer näher bezeichneten Anschrift in 1030 Wien seinen Hauptwohnsitz gemeldet und seit Jänner 2008 einen Wiener Nebenwohnsitz angemeldet.

Die beiden Kinder des Bw. lebten im zu beurteilenden Zeitraum nicht im gemeinsamen Haushalt mit ihm, sondern gemeinsam mit ihrer Mutter in Polen, der seit dem Jahr 2003 geschiedenen Ehegattin des Bw.; diese Feststellungen stützen sich auf das eigene Vorbringen des Bw. und die damit übereinstimmenden vorliegenden Unterlagen. Der Schulbesuch der Kinder in Polen wurde mittels Schulbesuchsbestätigungen nachgewiesen. Betreffend die Tochter des Bw. wurde die Berufung auf den Zeitraum ab einschließlich Oktober 2005 eingeschränkt, da der Bw. auf Grund der Haushaltszugehörigkeit seiner Tochter in Wien bis September 2005 für diese (österreichische) Familienbeihilfe bezogen hatte.

Nach den Bestimmungen der VO besteht aber auch in derartigen Fällen bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen ein Anspruch des Antragstellers auf den Bezug der Familienbeihilfe im Inland. Ausgehend davon, dass kein gemeinsamer Haushalt geführt wird und demzufolge keine Haushaltszugehörigkeit gegeben ist, reicht nach Art. 1 Buchstabe f sublit. i VO in diesen Fällen die Tatsache der überwiegenden Kostentragung durch den Antragsteller aus.

Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass der Beihilfenanspruch des Bw. davon abhängig ist, ob er die Unterhaltskosten für seine beiden Kinder überwiegend getragen hat.

Nach § 138 Abs. 1 BAO, welche nach § 2 lit. a Z 1 BAO die Verfahrensvorschriften auch bezüglich des FLAG 1967 regelt, haben auf Verlangen der Abgabenbehörde die Abgabepflichtigen in Erfüllung ihrer Offenlegungspflicht zur Beseitigung von Zweifeln den Inhalt ihrer Anbringen zu erläutern und zu ergänzen sowie dessen Richtigkeit zu beweisen. Kann ihnen ein Beweis nach den Umständen nicht zugemutet werden, so genügt die Glaubhaftmachung.

Um die Frage der überwiegenden Kostentragung beurteilen zu können, wurde der Bw. ersucht Folgendes bekannt zu geben:

– Wie hoch waren die gesamten Kosten für den Unterhalt und die Erziehung der Kinder S. und D. in den Jahren 2005 und 2006?

Betreffend deren Höhe wurde um Vorlage von Nachweisen gebeten.

– Wie hoch waren die Unterhaltsleistungen, die der Bw. dazu beigetragen hat?

Der Zahlungsfluss war durch geeignete Belege nachzuweisen.

Weiters wurde der Bw. um Stellungnahme zu Folgendem ersucht:

Lt. Scheidungsurteil vom 17. April 2003 haben beide Elternteile die Pflicht, die Kosten für den Unterhalt und die Erziehung der gemeinsamen Kinder zu tragen, wobei der vom Bw. zu zahlende Unterhalt zugunsten des minderjährigen Sohnes D. und der minderjährigen Tochter S. auf jeweils 800 PLN (in Worten Zloty), d.i. insgesamt auf 1.600 PLN monatlich, festgesetzt wurde und zu Handen der Mutter der Minderjährigen zu zahlen war.

In der Berufung gab der Bw. an: *„Laut beiliegendem Urteil bin ich weiters verpflichtet, einen Kindesunterhalt pro Kind in der Höhe von 800,-- Zloty (das entspricht ca. € 200,--) zu bezahlen, insgesamt sohin zahle ich an die Kindesmutter monatlich € 400,-- für beide Kinder regelmäßig.“*

Im Antrag für das Kalenderjahr 2005 wurde zur Höhe der monatlichen Unterhaltsleistung des Bw. keine Angabe gemacht, in jenem für das Kalenderjahr 2006 wurde die Höhe seiner monatlichen Unterhaltsleistung mit € 905,00 angegeben.

Der Bw. wurde aufgefordert, diese einander widersprechenden Angaben aufzuklären.

In Beantwortung dieses Schreibens reichte der Bw. lediglich eine Anmeldebestätigung, eine Erklärung seiner ehemaligen Gattin sowie Gas- und Stromabrechnungen aus Polen ein.

Gemäß dem Inhalt der Anmeldebestätigung vom 8. Februar 2010 ist der Bw. seit dem 3. April 1989 an der Anschrift T. 78 angemeldet. Trotz seiner Wiener Haupt- und Nebenwohnsitze war offensichtlich keine Abmeldung in Polen erfolgt.

Die ehemalige Gattin des Bw. erklärte, dass der Bw. *„auf Grund des Gerichtsurteils AZ .../02 mir regelmäßig Alimente für die Kinder S... und D... in der Höhe von 400 Eur monatlich auf die Hand bis zum 15.03.2009 gezahlt hat.“*

Die Gas- und Stromabrechnungen betrafen die polnische Anschrift T. 78.

Der Bw. unterließ es somit bekannt zu geben, wie hoch die gesamten Kosten für den Unterhalt (Betreuung, Erziehung und Pflege) der Kinder S. und D. in den Jahren 2005 und 2006 waren, und kam auch dem Ersuchen um Vorlage von Nachweisen nicht nach.

Lediglich die Höhe der Unterhaltsleistungen, die der Bw. getragen hat, wurde angegeben.

Ohne Bekanntgabe der erstgenannten Beträge kann eine Beurteilung der überwiegenden Tragung der Unterhaltskosten für seine beiden Kinder nicht vorgenommen werden.

Um beurteilen zu können, wer die Unterhaltskosten für ein Kind überwiegend trägt, sind zunächst die tatsächlichen Kosten, die für den Unterhalt des Kindes aufgewendet werden, zu ermitteln. Zu den Unterhaltskosten gehören alle Kosten zur Deckung der Bedürfnisse des Kindes entsprechend § 140 ABGB, also insbesondere die Kosten der Nahrung, der Bekleidung, der Wohnung mit Licht und Heizung, der Körperpflege, der ärztlichen Behandlung, der Heilmittel und der Pflege in Krankheitsfällen, einer Erholungsreise, des Unterrichtes und der Berufsausbildung, der Befriedigung angemessener geistiger Bedürfnisse und Unterhaltungen und vieles mehr. Diese Kosten sind grundsätzlich unter Mitwirkung des Familienbeihilfenwerbers konkret zu ermitteln. Sodann sind diesen tatsächlichen Unterhaltskosten die Unterhaltsleistungen des Familienbeihilfenwerbers gegenüberzustellen. Betragen die Unterhaltskosten mehr als die Hälfte der tatsächlichen Unterhaltskosten, liegt überwiegende Kostentragung vor und besteht - bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen - ein Anspruch auf Familienbeihilfe.

Im vorliegenden Berufungsfall legte der Bw. nach den vorstehenden Ausführungen nicht dar und übermittelte auch keinerlei Unterlagen zum Nachweis, inwieweit er die Kosten des Unterhalts seiner beiden Kinder tatsächlich überwiegend getragen hat. Nach Aufforderung durch die Abgabenbehörde war es Sache des Antragstellers bzw. des Bw., das Vorliegen der Voraussetzungen für den Anspruch auf Familienbeihilfe nachzuweisen bzw. glaubhaft und nachvollziehbar darzustellen.

Die Pflicht zur amtswegigen Ermittlung des entscheidungswesentlichen Sachverhaltes findet jedoch dort ihre Grenze, wo nach Lage des Falles nur die Partei Angaben zum Sachverhalt machen kann (VwGH 21.10.1993, 92/15/0002; 25.10.1995, 94/15/0131). Nach der Judikatur tritt die amtswegige Ermittlungspflicht gegenüber der Behauptungs- und Mitwirkungspflicht auch dann in den Hintergrund, wenn die Behörde nur auf Antrag - wie es auf den vorliegenden Berufungsfall zutrifft - tätig wird (vgl. Ritz, BAO-Kommentar<sup>3</sup>, § 115, Tz 11; VwGH 20.6.1990, 89/13/0107). Die mangelnde Mitwirkung fällt dem Bw. zur Last.

Allein auf Grund der Höhe des Betrages - € 400,00 für beide Kinder zusammen - kann nicht auf eine überwiegende Tragung der tatsächlichen Unterhaltskosten geschlossen werden.

Letztlich blieb auch im Dunkeln, dass bzw. warum im Antrag für das Kalenderjahr 2006 die Höhe seiner monatlichen Unterhaltsleistung mit € 905,00 beziffert wurde.

Überdies ist zu erwähnen, dass eine weitere im Zuge des Ermittlungsverfahrens an den Bw. gerichtete Frage, nämlich in welcher Höhe für den in Rede stehenden Zeitraum in Polen als Wohnsitzstaat der Kinder Familienleistungen (an die Mutter) vorgesehen waren und in welcher Höhe diese Leistungen in Anspruch genommen wurden, vom Bw. unbeantwortet gelassen wurde.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 16. Juni 2011