



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., X., vertreten durch RA, gegen den Bescheid des Finanzamtes Hollabrunn Korneuburg Tulln betreffend Familienbeihilfe

für K. L. , geb. 1997 ab 1. August 2005
für D. Sa. , geb. 1989, ab 1. August 2005 und
für P. Si. , geb. 2006 ab 1. Juni 2006
entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (Bw) stellte am 13. November 2007

für K. L. , geb. am 1997 ab 1. August 2005
für D. Sa. , geb. am 1989, ab 1. August 2005 und
für P. Si. , geb. am 2006 ab 1. Juni 2006
einen Antrag auf Familienbeihilfe.

Das Finanzamt wies den Antrag mit Bescheid vom 18. Dezember 2007 mit der Begründung ab, dass auf dem Formular E 401 vom 21.8.2007 unter Punkt 6. (=Zusammensetzung der Familie, in der die in Feld 4 genannten Familienangehörigen leben) nur der gemeinsame Familienwohnsitz von D. Sa. , P. Si. und K. L. bestätigt worden sei. Es werde deshalb angenommen, dass die Bw. nicht in diesem Haushalt lebe, weshalb § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) zur Anwendung komme, nach dem nur

Personen Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind haben, 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.

Die Bw erhob gegen den Bescheid mit Schreiben vom 7. Jänner 2008 fristgerecht Berufung.

Im Zuge des Berufungsverfahrens nahm das Finanzamt mit der Bw am 4. August 2008 folgende Niederschrift auf:

„Ich bin selbständige Prostituierte mit Sitz in Y-Gasse 16 Tür 2, W.. Dabei handelt es sich um eine Zweizimmerwohnung mit Nasseinheiten. Die Kunden requiriere ich durch Zeitungseinschaltungen durch „Bazar“. Mein Steuerakt befindet sich beim zuständigen Wiener Finanzamt. Die Arbeitszeiten sind täglich von 11:00 bis 23:00 Uhr. Monatlich zahle ich für die Wiener Wohnung € 390,00. Eine Wohnmöglichkeit besteht dort nicht. Ich würde es als Studio bezeichnen. Privat wohne ich bei Hrn. H. G. in 9999 I., As-Gasse. 3/2/6. Ich fahre an jedem Werktag gemeinsam mit Hrn. G. nach Wien und zumeist auch wieder zurück. Fallweise benutze ich auch den Zug. An Samstagen und Sonntagen gehe ich meiner Tätigkeit nicht nach und verbringe ich die Zeit in I. . Dabei kommt Hr. G. für meinen Lebensunterhalt auf. Ich bin maximal 2 Wochen in Wien oder in I. , die andere Zeit verbringe ich bei meinen zwei Kindern in Polen. Die wohnen bei meinem geschiedenen Mann im Haushalt. Die Einnahmen als Prostituierte zeichne ich in einem Buch auf und betragen bis zu € 80,00 pro Kunde. Ich bin in Polen mit meinem geschiedenen Mann nicht beisammen. Im Falle meines Besuchs in Polen habe ich ein eigenes Zimmer. In I. in der Wohnung des Hrn. G. zahle ich keine Miete und teile mit ihm ein gemeinsames Schlafzimmer. Auf die Frage, ob Hr. G. mein Lebensgefährte ist, gebe ich keine Antwort...“

Mit der am 7. August 2008 erlassenen Berufungsvorentscheidung wies das Finanzamt die Berufung vom 7. Jänner 2008 mit folgender Begründung ab:

„Mit Bescheid vom 18.12.2007 wurde der Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für die Kinder L. K., geb. 1997, D. Sa. , geb. 1989 sowie Si. P., geb. 2006 im wesentlichen mit der Begründung abgewiesen, dass gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) eine Person Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind hat, 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 (Haushaltszugehörigkeit) anspruchsberechtigt ist. Weiters wurde darauf hingewiesen, dass auf dem Formular E401 (Familienstandsbescheinigung) am 21.8.2007 von der polnischen Behörde nur der gemeinsame Familienwohnsitz von D. Sa. , Si.

P. und L. K. bestätigt wurde und daher angenommen wurde, dass Sie nicht in diesem Haushalt leben. Mit der gegen diesen Abweisungsbescheid eingebrachten Berufung vom 7. Jänner 2008 legen Sie ein korrigiertes E401 (Familienstandsbescheinigung – bestätigt am 27.12.2007) vor, welches auch Sie und Ihren geschiedenen Ehegatten L. S. , geb. 1963 als dort wohnhafte Familienangehörige aufweist.

Wie bereits mit Bescheid vom 18.12.2007 festgestellt wurde, besteht nach innerstaatlichen Rechtsvorschriften (§ 2 Abs. 2 FLAG 1967) Anspruch auf Familienbeihilfe für haushaltszugehörige Kinder. Für die Beurteilung der Haushaltszugehörigkeit ist ausschließlich die Tatsache der Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft von Bedeutung. Lediglich wenn ein Kind zu keinem Elternteil haushaltszugehörig ist, ist auf die Leistung des überwiegenden Unterhaltes abzustellen. Nach den geltenden Regelungen der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 und der Durchführungsverordnung (EWG) Nr. 574/72 besteht zwar Anspruch auf die Familienleistungen für Kinder, die sich ständig in einem anderen Mitgliedstaat aufhalten. Dies ändert aber nichts daran, dass die Kinder, die ständig in Polen leben, nach der derzeitigen Aktenlage sowie den durchgeführten Erhebungen zu Ihnen nicht als haushaltszugehörig erachtet werden können. Nach dem Gesamtbild kann davon ausgegangen werden, dass die Kinder zum Haushalt des Herrn L. S. gehören und bei Ihnen mit Herrn H. G. eine Lebensgemeinschaft und somit der gemeinsame Haushalt im Bundesgebiet vorliegt. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass Sie über gewisse Erziehungsrechte der Kinder verfügen und Aufenthalte bei den Kindern im Ausland vorliegen..."

Der steuerliche Vertreter der Bw stellte mit Schreiben vom 22. August 2008 fristgerecht den Antrag auf Vorlage der Berufung an die Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung und führte in Ergänzung zum Berufungsvorbringen Folgendes aus:

„Die Annahme, dass die Berufungswerberin aufgrund einer Lebensgemeinschaft mit Herrn H. G. einen gemeinsamen Haushalt im Bundesgebiet habe und die Kinder zum Haushalt des geschiedenen Ehegatten der Berufungswerberin, S. L. gehören würden, sodass die Berufungswerberin nur „über gewisse Erziehungsrechte der Kinder verfügen“ würde, ist unzutreffend. Wie die Berufungswerberin bei ihrer Einvernahme am 4.8.2008 angegeben hat, verbringt sie maximal 2 Wochen in Wien bzw. in I. , die andere Zeit verbringt sie mit ihren Kindern in Polen. Diese leben zwar in der Wohnung des geschiedenen Ehegatten der Berufungswerberin, in dieser Wohnung hat die Berufungswerberin allerdings ein eigenes Zimmer, sodass davon auszugehen ist, dass damit auch ein gemeinsamer Wohnsitz mit den Kindern in Polen begründet wird.“

Das FA legte dem Unabhängigen Finanzsenat (UFS) die Berufung zur Entscheidung vor.

Mit Schreiben vom 15.1.2009 richtete der UFS einen Vorhalt folgenden Inhalts an die Bw.

„Eine der Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe in Ihrem Fall ist die überwiegende Tragung der Unterhaltskosten für die Kinder.

Laut Steuerbescheiden erzielten Sie im Jahr 2005 ein Einkommen iHv € 4.346,00,--, im Jahr 2006 ein Einkommen iHv € 8.293,20,-- und im Jahr 2007 ein Einkommen iHv € 7.887,88.

Es standen Ihnen demnach monatlich durchschnittlich € 570,-- zur Verfügung.

Wie haben Sie aus diesen Mitteln Ihren Lebensunterhalt und den Unterhalt für drei Kinder bestritten? Um Vorlage einer genauen Einnahmen/Ausgaben Rechnung, aus denen die Ausgabenpositionen für Ihren Lebensunterhalt und die Höhe der Unterhaltszahlungen für die Kinder nachvollzogen werden kann, wird ersucht!

Laut Judikatur des VwGH hängt die Frage, ob eine Person die Unterhaltskosten für ein Kind überwiegend zu tragen hat, einerseits von der Höhe der gesamten Unterhaltskosten für ein den Anspruch auf Familienbeihilfe vermittelndes Kind in einem bestimmten Zeitraum, und andererseits von der Höhe der im selben Zeitraum von dieser Person tatsächlich geleisteten Unterhaltsbeiträge ab.

Sie werden daher ersucht, bekannt zu geben, wie hoch die gesamten Unterhaltskosten für die Kinder im beanspruchten Zeitraum waren und in welcher Höhe Sie dazu beigetragen haben. Bitte legen Sie eine entsprechende aussagekräftige Aufstellung mit Nachweisen vor.

Bemerkt wird, dass die Bescheinigung im Akt betreffend Geldüberweisungen nicht ausreichend ist. Einerseits beginnen die Zahlungen erst mit 8.8.2006, während Familienbeihilfe schon ab August 2005 beantragt wird. Andererseits betreffen die Überweisungen offenbar nicht nur den Unterhalt der Kinder (zB betreffen die Zahlungen für Fernsehen, Miete und Energieversorgung auch die Sphäre der Eltern).

Um Stellungnahme wird gebeten.

Überdies ist zu bedenken, dass betreffend mj. K. L. der Kindesvater gemäß Scheidungsurteil monatliche Unterhaltskosten zu leisten hat, sodass nicht davon auszugehen ist, dass Sie die Unterhaltskosten überwiegend tragen.

Um Stellungnahme wird gebeten.

Nach den Feststellungen des Finanzamtes liegt eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft mit Ihrem Freund in Österreich vor. Dies schließt eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft mit Ihren Kindern in Polen aus.

Um Stellungnahme wird gebeten.

Weiters werden Sie ersucht, Ihre Behauptung, Sie würden jedes Monat zwei Wochen in Polen verbringen, durch geeignete Unterlagen nachzuweisen."

Mit Schreiben vom 16.2.2009 beantwortete die Bw, vertreten durch ihren Rechtsanwalt, den Vorhalt wie folgt:

„.....Stellungnahme:

1. Zum Nachweis für den regelmäßigen Aufenthalt der Berufungswerberin in Polen bzw. den entsprechenden Reisen wird ein Konvolut von Fahrscheinen, Reservierungen sowie Flugtickets vorgelegt. Dazu wird darauf hingewiesen, dass es sich dabei um jene Belege handelt, über die die Berufungswerberin noch verfügt, ein Anspruch auf Vollständigkeit wird nicht erhoben.

2. Wie im Verfahren bereits ausgeführt, handelt es sich bei Herrn G. um einen Freund der Berufungswerberin, es besteht keine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft im Sinn einer Lebensgemeinschaft.

Beweis: Einvernahme der Berufungswerberin

3. Der laut im Verfahren vorgelegtem Scheidungsurteil zu Unterhalt für den mj. K. L. verpflichtete Kindesvater, S. L. , leistet keinen Kindesunterhalt, weil er dazu nicht in der Lage ist: Herr L. ist seit 26.9.2005 arbeitslos, wie aus der im Verfahren vorgelegten Bescheinigung des Kreisarbeitsamtes Bi. vom 25.2.2008 hervorgeht, besteht kein Recht auf Arbeitslosenunterstützung. Hinzuzufügen ist, dass es in Polen auch keinen staatlichen Unterhaltsvorschuss gibt.

Daraus ergibt sich: Herr L. leistet keinen Beitrag zu den Unterhaltskosten des mj. K. L. .

Beweis: wie bisher.

4. Die Lebenserhaltungskosten einer vierköpfigen Familie belaufen sich in Polen laut dem der Statistik Österreich vergleichbaren Institute of labour and social studies auf monatlich Zl. 2.587,10. Aus Zeitgründen wird eine entsprechende Verlautbarung dieses Instituts unübersetzt in polnischer Sprache vorgelegt.

Der genannte Zloty-Betrag entspricht nach aktuellem Wechselkurs (4,6430) einem Eurobetrag von rund € 557,--.

Zieht man in Betracht, dass die Berufungswerberin für ihren pro Monat höchstens 2wöchigen Aufenthalt in Österreich kaum mehr als Alimentationskosten von monatlich € 70,-- hat, so ergibt sich, dass sie für die Alimentation ihrer Familie in Polen durchschnittlich etwa € 500,-- pro Monat zur Verfügung stellen kann und auch tatsächlich zur Verfügung stellt. Allein daraus ist ersichtlich, dass sie den weitaus überwiegenden Teil zum Unterhalt ihrer Kinder beiträgt. Sie verweist in diesem Zusammenhang noch einmal auf die bereits im Verfahren

nachgewiesenen Geldüberweisungen.

Hinzuzufügen ist, dass auf die Alimentation der Kinder nur zwei weitere Quellen bestehen: Einerseits die Lehrlingsentschädigung der Tochter D. Sa. in Höhe von monatlich Zl. 200,-- und ein vom Kindesvater an D. Sa. bezahlter monatlicher Unterhaltsbeitrag von Zl. 271,99,-- (beim Kindesvater handelt es sich nicht um Herrn L. !).

Die Berufungswerberin verweist auf die von ihr bisher im Verfahren vorgelegten Unterlagen. Über weitere Belege, namentlich solche betreffend diverse Einkäufe, verfügt sie mangels Aufbewahrung von Einkaufsrechnungen nicht.

Beweis: wie bisher, beiliegende Bekanntgabe des Institute of labour and social studies; beiliegender Beleg betreffend Unterhalt für D. Sa. ; Einvernahme der Berufungswerberin.

Aus den angeführten Gründen hält die Berufungswerberin ihre bisherigen Anträge unverändert aufrecht."

Beigelegt waren ein Konvolut von Fahrscheinen, Reservierungen sowie Flugtickets, eine Verlautbarung des Institute of labour and social studies in polnischer Sprache vorgelegt und ein Beleg betreffend Unterhalt für D. Sa. iHv Zl 271,99 vom Dezember 2008.

Über die Berufung wurde erwogen:

Folgender Sachverhalt steht fest.

Die Bw, eine polnische Staatsbürgerin, arbeitet seit 9. August 2005 in Österreich offiziell als Prostituierte und besitzt einen Ausweis gemäß der Prostitutionsverordnung.

Die Bw. war vom 25. November 2005 bis 24. April 2006 in XXXX Wien, Y.-Straße xyz gemeldet. Seit 24. April 2006 ist sie mit einem Hauptwohnsitz in I. bei ihrem Lebensgefährten Herrn H. G. gemeldet und lebt mit diesem in einem gemeinsamen Haushalt in einer Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft. An Herrn G. bezahlt sie keine Miete.

Ihren Beruf übt sie in einer Wohnung in XXXX Wien, X-Gasse, aus. Monatlich zahlt sie für die Wohnung Miete iHv € 390,--.

Ihre gewerblichen Einkünfte versteuert sie beim Wohnsitzfinanzamt. Das zu versteuernde Einkommen der Bw betrug im Jahr 2005 € 4.346,00,--, im Jahr 2006 € 8.293,20,-- und im Jahr 2007 € 7.887,88.

Laut Sozialversicherungsauszug ist die Bw seit 1. Jänner 2006 bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft pflichtversichert.

Die Bw ist laut Urteil vom 18. März 1998 von S. L. , dem Vater ihres Sohnes K. L., geschieden. Das Sorgerecht für K. obliegt der Bw.

P. Si. ist der Sohn ihrer Tochter D.. Der Vater von P. ist unbekannt. D. befindet sich voraussichtlich bis Ende September 2009 in Berufsausbildung. Sie erhält eine Lehrlingsentschädigung iHv ZI 200,-- monatlich und einen Unterhaltsbeitrag von ihrem Vater Hrn Si. iHv ZI 271,99,-- monatlich.

Laut Beschluss des Amtsgerichtes in Bi. IV, Zivilkammer für Familien- und Jugendsachen vom 22. Jänner 2007 ist die Bw die rechtliche Betreuerin von P..

Der geschiedene Gatte S. L. sowie die Kinder D. und K. und das Enkelkind P. wohnen ständig in Polen gemeinsam in einer Genossenschaftswohnung.

L. S. ist seit 24. September 1999 Mieter der Genossenschaftswohnung der Wohnung in Bi.. Die Bw, ihr Sohn K. L., geb. 1997, ihre Tochter D. Sa. , geb. 1989 und ihr Enkelkind P. Si. , geb. 2006, haben in der Wohnung ein Wohnrecht.

Laut Bescheinigung des Kreisarbeitsamtes Bi. ist S. L. seit 26. September 2005 im Arbeitsamt als arbeitslos eingetragen und hat seit diesem Tag keine Rechte zur Arbeitslosenunterstützung.

Die Bw verbringt jeweils mindestens zwei Wochen pro Monat in Österreich. Hier befindet sich der Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen. Die restliche Zeit verbringt sie in Polen und wohnt dort bei ihrem Ex-Gatten und Vater von K. (in einem eigenen Zimmer), der während ihrer Abwesenheit die Kinder betreut.

Die Bw wohnt nicht im gemeinsamen Haushalt mit ihren Kindern in Polen.

Die Bw trägt

- ab 8.8.2006 die Kosten der Energieversorgung für die polnische Wohnung iHv monatlich durchschnittlich PLN 109,--
- ab 17.8.2006 die Kosten des privaten, digitalen Fernsehens für die polnische Wohnung iHv monatlich PLN 139,--
- ab 28.12.2006 die Kosten für die Miete der Wohnung iHv monatlich durchschnittlich PLN 480,--und
- ab 22.9.2006 die Kosten des Telefons (Nachrichtentechnik) für die polnische Wohnung iHv monatlich durchschnittlich PLN 83,--.

Pro Monat hat sie an Gesamtkosten für die polnische Wohnung PLN 811,--, was ca € 213,- - entspricht (bei einem durchschnittlichen Wechselkurs in diesem Zeitraum von 3,83 PL = 1 €), getragen.

Die Reisekosten nach Polen und retour haben pro Monat mindestens € 100,-- betragen.

Die Bw trägt die Unterhaltskosten für ihre zwei Kinder und ihr Enkelkind nicht überwiegend.

Der festgestellte Sachverhalt beruht auf folgender Beweiswürdigung.

Die persönlichen Verhältnisse der Bw sind aktenkundig und unbestritten. Die Meldebestätigungen sind im Steuerakt.

Dass die Bw im gemeinsamen Haushalt mit Hrn H. G. lebt, ist aus ihrem eigenen Vorbringen ersichtlich. So führt sie in der Niederschrift vor dem FA aus, dass sie in Hollabrunn bei Hrn G. wohne. Sie zahle keine Miete dafür, dieser komme für ihren Lebensunterhalt am Wochenende auf und sie teile mit ihm ein gemeinsames Schlafzimmer.

Auf Grund dieser Tatsachen ist das Vorbringen, es handle sich um einen „Freund“ der Bw und es liege keine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft im Sinn einer Lebensgemeinschaft vor, nicht nachvollziehbar.

Zu einer Lebensgemeinschaft gehört im Allgemeinen eine Geschlechts-, Wohnungs- und Wirtschaftsgemeinschaft. Es kann aber auch das eine oder andere Merkmal weniger ausgeprägt sein oder ganz fehlen. Es kommt immer auf die Umstände des Einzelfalles an. So spricht etwa das Fehlen einer Wirtschaftsgemeinschaft nicht entscheidend gegen eine Lebensgemeinschaft (*siehe zB VwGH 23.10.1997, 96/15/0176; VwGH 16.12.2003, 2000/15/0101; Hofstätter/Reichel, Die Einkommensteuer, Kommentar, Tz 8 zu § 33*).

Nach den Umständen des vorliegenden Falles ist davon auszugehen, dass eine Lebensgemeinschaft vorliegt. Die Bw teilt mit Hrn G. Tisch und Bett. Sie wohnt mit ihm in einer gemeinsamen Wohnung und er übernimmt die Kosten für die Wohnung und zum Teil den Lebensunterhalt der Bw. Die Bw ist daher bei Hrn G. haushaltszugehörig. Der Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen befindet sich im Inland. Sie übt ihren Beruf hier aus und wohnt hier mit ihrem Lebensgefährten zusammen. Sie verbringt auch den Großteil der Zeit in Österreich. Häufige Reisen nach Polen wurden nachgewiesen, dass die Bw aber jeweils zwei Wochen eines Monats in Polen verbringt, ist aus dem vorgelegten Konvolut aus Tickets, Reservierungsbestätigungen etc nicht ersichtlich. Die Bw wurde vom UFS aufgefordert, ihre Behauptung, sie verbringe jedes Monat zwei Wochen in Polen, durch geeignete Unterlagen nachzuweisen. Die Vorlage eines ungeordneten Konvoluts an Tickets, Reservierungsbestätigungen etc (zum Teil in polnischer Sprache) kann nicht als gelungener Nachweis angesehen werden.

Die Bw besucht ihre Kinder häufig, wohnt aber nicht im gemeinsamen Haushalt mit ihnen, da keine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft mit den Kindern vorliegt. Die Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft im Inland schließt dies aus.

Dass die Bw an Miete für die Wohnung, in der sie ihren Beruf ausübt, monatlich € 390,-- bezahlt, hat sie selbst vorgebracht.

Die Höhe ihres zu versteuernden Einkommens wurde durch Abfragen im Abgabensinformationssystem der Finanzverwaltung ermittelt.

Die persönlichen Verhältnisse der Kinder, des Enkelkinds und des geschiedenen Ehegatten der Bw sind unbestritten und beruhen auf dem Vorbringen der Bw und den von ihr vorgelegten Unterlagen.

Die Unterhaltszahlungen an ihre Tochter D. Si. und die Höhe deren Lehrlingsentschädigung wurden von der Bw. durch geeignete Unterlagen nachgewiesen.

Auch die Wohnungsverhältnisse in Polen wurden entsprechend nachgewiesen.

Dass die Bw die Zeit, in der sie nicht in Österreich wohnt, in Polen bei ihrem Ex-Gatten und den Kindern verbringt, wurde durch das Konvolut an Tickets, Reservierungsbestätigungen und das Vorbringen der Bw nachgewiesen. Dass sie in der Wohnung in Polen ein Wohnrecht hat, hat sie durch die Vorlage von entsprechenden Unterlagen nachgewiesen.

Dass ihr geschiedener Ehegatte in ihrer Abwesenheit die Kinder betreut, hat die Bw selbst vorgebracht.

Dass die Bw die Unterhaltskosten für die Kinder nicht überwiegend trägt, beruht auf folgenden Erwägungen.

Die Bw wurde vom UFS aufgefordert, zu erklären, wie sie aus den ihr zur Verfügung stehenden finanziellen Mitteln den Lebensunterhalt und den Unterhalt für drei Kinder bestritten habe. Sie wurde um Vorlage einer genauen Einnahmen/Ausgaben Rechnung, aus denen die Ausgabenpositionen für den Lebensunterhalt und die Höhe der Unterhaltszahlungen für die Kinder nachvollzogen werden könne, vorzulegen.

Die Bw konnte jedoch nicht schlüssig erklären, wie die den Unterhalt für drei Kinder und ihren Lebensunterhalt bestritten hat. Sie hat keine Einnahmen/Ausgaben Rechnung vorgelegt. Sie hat nur vorgebracht, dass sie in Österreich kaum mehr als Alimentationskosten von monatlich € 70,-- habe und dass sie für die Alimentation ihrer Kinder daher mehr als € 500,-- zur Verfügung habe.

Dieses Vorbringen ist wenig glaubhaft, nicht belegt und schon rein rechnerisch nicht schlüssig. Auch wenn ihr Lebensgefährte keine Miete von ihr verlangt und den Unterhalt am

Wochenende trägt, widersprechen Kosten von € 70,-- für eigenen Unterhalt (Essen, Getränke, Kleidung, Dinge des persönlichen Bedarfs, Sozialversicherung, Gebühren etc) für mindestens 2 Wochen bei der bekannten Höhe der Lebenshaltungskosten im Inland den Erfahrungen des täglichen Lebens.

Wenn man davon ausgeht, dass der Bw bei ihrem Einkommen, das sich aus dem Steuerakt ergibt, im Durchschnitt im Streitzeitraum ca € 700,-- monatlich zur Verfügung stehen (bei Berücksichtigung, dass die Tätigkeit im Inland im August 2005 begonnen wurde: Summe des Einkommens laut Steuerakt dividiert durch 29). Von diesen € 700,-- zahlt sie € 390,-- Miete für die Wohnung in Wien und braucht mindestens € 100,-- (was aus dem vorgelegten Konvolut hervorgeht) für die monatliche Hin- und Rückfahrt nach Polen. Demnach hat sie noch (bei € 100 Reisekosten) € 210,-- zur Verfügung, von denen sie den Großteil (mindestens € 110,--) für den eigenen Unterhalt benötigt. Eine überwiegende Unterhaltsleistung für ihre Kinder ist daher nicht möglich, da ihr (selbst unter der für die Bw äußerst günstigen Annahmen, dass sie nur € 110,-- für den eigenen Unterhalt verbraucht), lediglich € 100,-- verbleiben, was für den überwiegenden Unterhalt für drei Kinder nach den Erfahrungen des täglichen Lebens auch in Polen bei weitem nicht ausreichend ist.

Die Behauptung, die Bw habe für die Alimentation der Kinder mehr als € 500,-- aufgewendet, ist daher im Hinblick auf ihre Einkommenssituation nicht nachvollziehbar und durch die Ermittlungsergebnisse widerlegt.

Auch die nach Polen getätigten Geldüberweisungen, nachgewiesen durch eine Bestätigung der polnischen Bank, bei denen unklar ist, aus welchen finanziellen Mitteln sie getätigt wurden (€ 213,-- im Monatsdurchschnitt bei maximal € 100,-- zur Verfügung stehenden Mitteln) sind kein tauglicher Nachweis. Sie betreffen nämlich einerseits erst Zeiträume ab 8.8.2006, während Familienbeihilfe schon ab August 2005 beantragt wird und sie betreffen andererseits nicht nur den Unterhalt der Kinder, weil die Zahlungen für Fernsehen, Miete, Energieversorgung und Telefon auch die Sphäre der Eltern betreffen. Dies wurde der Bw im Vorhalt des UFS auch explizit mitgeteilt und um Stellungnahme gebeten. In der Vorhaltsbeantwortung wurde lediglich auf die im Akt befindlichen Unterlagen verwiesen und vorgebracht, Einkaufsbelege etc hätte die Bw nicht aufgehoben, was die Argumentation der Bw nicht zu stützen vermag, da ihr im Hinblick auf ihre Einkommensverhältnisse kein Geld für Einkäufe zur Verfügung stand.

Die Bw wurde im Vorhalt ersucht, bekannt zu geben, wie hoch die gesamten Unterhaltskosten für die Kinder im beanspruchten Zeitraum waren und in welcher Höhe die Bw dazu beigetragen hat. Sie wurde aufgefordert, eine aussagekräftige Aufstellung mit Nachweisen beizubringen.

Sie hat nicht bekannt gegeben, wie hoch die gesamten Unterhaltskosten für die Kinder waren

und in welcher Höhe sie dazu beigetragen hat und sie hat keine Aufstellung beigebracht.

Sie hat lediglich vorgebracht, die Lebenshaltungskosten einer vierköpfigen Familie in Polen würden sich auf PLN 2.587,10,-- was nach aktuellem Wechselkurs von 4,6430 einem Betrag von € 557,-- entspreche, belaufen, was auf einer Verlautbarung des Institute of labour and social studies, welche in polnischer Sprache vorgelegt wurde, beruhe.

Das ist kein Nachweis die konkrete Situation betreffend, sondern nur ein Durchschnittsbetrag alle polnischen Familien betreffend und daher, zumal auch inhaltlich, da in polnischer Sprache, vom UFS nicht nachvollziehbar, als Nachweis in Bezug auf die konkrete Fragestellung in keiner Weise geeignet.

Es ist auch nicht der aktuelle Wechselkurs, sondern der im Streitzeitraum gegebene heranzuziehen. Dieser ist niedriger, nämlich ca 3,8 (1 Euro = 3,8 PLN) im Durchschnitt, und ergibt daher einen deutlich höheren Eurobetrag, nämlich € 680,--.

Die getätigten Überweisungen betragen € 213,-- monatlich. Selbst wenn man davon ausgeht, dass diese aus dem Einkommen bzw Vermögen der Bw stammen (was nicht nachgewiesen ist), deckt dies nicht einmal zu einem Drittel die von der Bw angegebenen Lebenshaltungskosten einer vierköpfigen Familie in Polen.

Festzuhalten ist aber, dass nicht die Lebenshaltungskosten einer durchschnittlichen vierköpfigen polnischen Familie zu betrachten sind, sondern die konkreten Unterhaltskosten für die Kinder und das Enkelkind der Bw und in welchem Ausmaß sie dazu beigetragen hat.

Die Beantwortung des Vorhalts gibt darüber keine Auskunft. Nach den vorliegenden Unterlagen und Einkommensverhältnissen der Bw ist davon auszugehen, dass sie nicht in der Lage war, den überwiegenden Unterhalt für die Kinder zu leisten und die getätigten Überweisungen bieten dafür auch keinen Anhaltspunkt. Darüber hinaus gehende Unterhaltszahlungen wurden nach der Aktenlage nicht getätigt.

Dieser gegebene Sachverhalt konnte von der Bw trotz konkreter Aufforderung nicht entkräftet werden.

Auf die erhöhte Mitwirkungspflicht bei Auslandssachverhalten wird verwiesen. Die Bw konnte weder nachweisen noch glaubhaft machen, dass sie die Unterhaltskosten für die Kinder überwiegend trägt.

Aus rechtlicher Sicht ist Folgendes auszuführen.

Gemäß § 2 (1) Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) haben Personen Anspruch auf Familienbeihilfe, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben.

Nach Abs 2 der genannten 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.

§ 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 gegenständlichen Fall ist aber nicht nur innerstaatliches Recht zu beachten. Vielmehr ist der Bw als in Österreich Erwerbstätige bei Vorliegen der dort normierten Voraussetzungen auch von der 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 (im Folgenden als VO bezeichnet) umfasst.

Gemäß Artikel 1 der VO EWG 1408/71 ist "Arbeitnehmer" oder "Selbständiger" ua jede Person, die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den Zweigen eines Systems der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer oder Selbständige oder einem Sondersystem für Beamte erfasst werden, pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist.

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

Gemäß Artikel 3 der VO EWG 1408/71 haben Personen, die im Gebiet eines Mitgliedsstaats wohnen und für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten auf Grund der

Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats, wie die Staatsangehörigen dieses Staates, soweit besondere Bestimmungen dieser Verordnung nicht anderes vorsehen.

Gemäß Artikel 4 der VO EWG 1408/71 gilt diese Verordnung für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, ua die die Familienleistungen betreffen.

Artikel 13 der VO EWG 1408/71 bestimmt:

"(1) ... Personen, für die diese Verordnung gilt, [unterliegen] den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Welche Rechtsvorschriften diese sind, bestimmt sich nach diesem Titel.

(2)...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 ...;"

Nach Art 73 dieser VO hat ein Arbeitnehmer, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates 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 gem Art 75 der 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 der VO der Anspruch auf die nach den Rechtsvorschriften des anderen Mitgliedsstaates gegebenenfalls gemäß Art 73 der 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 der VO anwenden, als ob Leistungen in dem ersten Mitgliedsstaat gewährt wurden.

Art 1 lit f der 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,

könnten im gegenständlichen Fall anzuwenden sein, wenn die Bw Selbständige iSd Art 1 der VO ist.

Dass ihre Kinder und ihr Enkelkind in einem anderen Staat des Gemeinschaftsgebietes wohnen, ist unbestritten.

Die Tatsache, dass die Kinder und das Enkelkind der Bw nicht im gemeinsamen Haushalt mit der Bw leben, wurde oben festgestellt.

Nach den Bestimmungen der VO kann aber auch in derartigen Fällen bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen ein Anspruch der Bw auf den Bezug der Familienbeihilfe im Inland bestehen. Ausgehend davon, dass kein gemeinsamer Haushalt geführt wird und demzufolge keine Haushaltszugehörigkeit gegeben ist, würde nach Art. 1 lit. f der VO in diesen Fällen die Tatsache der überwiegenden Kostentragung durch die Bw ausreichen.

Die Kinder wären trotz fehlender häuslicher Gemeinschaft mit der Bw dennoch als bei ihr (fiktiv) haushaltszugehörig anzusehen, wenn die Bw überwiegend für den Unterhalt der Kinder aufkommt (*vgl in diesem Sinne auch VwGH 19.4.2007, ZI 2004/15/0049*).

Auch die Tatsache der Auflösung der Ehe der Bw ändert nichts an der grs Anwendbarkeit der VO; wie der VwGH im *Erkenntnis vom 19.4.2007, ZI 2004/15/0049*, unter Berufung auf das oben erwähnte EuGH Urteil Rs *Humer* eindeutig klarstellte. Demnach sind unter dem Ausdruck "*Familienlast*" auch Familiensituationen nach einer Scheidung erfasst.

Ob eine überwiegende Kostentragung in dem für den vorliegenden Fall maßgeblichen Sinn vorliegt, hängt nach herrschender Auffassung (*vgl zB 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 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.

Nach dem festgestellten Sachverhalt liegt im ggstdl Fall keine überwiegende Kostentragung vor. Dies ist aber unabdingbare Voraussetzung für die Gewährung der Familienbeihilfe bei fehlender Haushaltszugehörigkeit der Kinder und des Enkelkindes zur Bw.

Schon aus diesem Grund war die Berufung abzuweisen.

Ob die Bw persönlich vom Geltungsbereich der VO umfasst ist, ob in Polen Anspruch auf Familienbeihilfe für den geschiedenen Ehegatten der Bw und für ihre Tochter für das

Enkelkind besteht und ob für das Enkelkind grs ein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht, brauchte nicht mehr geprüft zu werden.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 10. März 2009