

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Elisabeth Wanke über die Beschwerde des A Ba, Adresse, Tschechische Republik, vom 30.3.2014, gegen den Bescheid des Finanzamtes Hollabrunn Korneuburg Tulln, 2100 Korneuburg, Laaerstraße 13, vom 11.3.2014, wonach der Antrag vom 11.11.2013 auf Ausgleichszahlung für die im Juli 2004 geborene C Bová und für den im Juni 2007 geborenen D Ba für den Zeitraum November 2008 bis April 2011 sowie für die im Juni 2010 geborene E Bová für den Zeitraum Juni 2010 bis April 2011 abgewiesen wurde, Sozialversicherungsnummer X, zu Recht erkannt:

I. Der Beschwerde wird gemäß § 279 BAO Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

Dem Beschwerdeführer steht für die im Juli 2004 geborene C Bova und für den im Juni 2007 geborenen D Ba für den Zeitraum November 2008 bis April 2011 sowie für die im Juni 2010 geborene E Bova für den Zeitraum Juni 2010 bis April 2011 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag zu.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

Anträge

Der Beschwerdeführer (Bf), A Ba (Schreibweise ohne tschechische Sonderzeichen: A' B'a), reichte am Finanzamt am 11.11.2013 Anträge auf Gewährung einer Ausgleichszahlung für die Jahre 2008, 2009, 2010 und 2011 ein.

Nach diesen Anträgen ist der Bf tschechischer Staatsbürger, in Tschechien wohnhaft und arbeitet seit 1.2.2007 bei einem Arbeitgeber in Österreich, der F I GmbH in Korneuburg.

Die Lebensgefährtin J K' (K), ebenfalls tschechische Staatsbürgerin, sei von 21.10.2002 bis 30.4.2013 bei einem tschechischen Arbeitgeber beschäftigt gewesen.

Beantragt werde Ausgleichszahlung ab November 2008 für die im Juli 2004 geborene C Bová (B'ova) und für den im Juni 2007 geborenen D Ba (Y) sowie ab Juni 2010 für

die im Juni 2010 geborene E Bová (B'ova). Die Kinder lebten mit dem Bf und seiner Lebensgefährtin im gemeinsamen Haushalt in Tschechien, der Bf trage auch die überwiegenden monatlichen Unterhaltskosten.

Das für eine Verzichtserklärung gemäß § 2a Abs. 1 FLAG 1967 vorgesehene Feld ist jeweils nicht ausgefüllt.

E 411

Im elektronisch vorgelegten Akt sind Formulare E 411 (Anfrage betreffend den Anspruch auf Familienleistungen (Kindergeld) in dem Mitgliedstaat, in dem die Familienangehörigen wohnen) für die Jahre 2008, 2009, 2010 und 2011.

In diesen bestätigte der zuständige tschechische Träger (úřad práce ČR, krajská pobočka v Brně) am 27.11.2013, dass der Bf, seine Lebensgefährtin und seine Kinder (neben C, D und E auch die im Februar 2013 geborene L) in Adresse wohnen, dass J K' (K) im jeweiligen Zeitraum berufstätig war und keinen Anspruch auf tschechische Familienleistungen hatte.

Das Finanzamt vermerkte hierzu, dass tschechische Familienleistungen zufolge zu hohen Familieneinkommens nicht gewährt worden seien, dass der Bf sei 1.2.2007 bei der F I GmbH beschäftigt sei, eine Arbeitsbewilligung von 2.1.2007 bis 1.1.2008 bestehe, eine EU-Freizügigkeitsbescheinigung sei vom Arbeitgeber nicht beantragt worden, es liege ein rückwirkender Antrag des Bf auf Ausgleichszahlung vom 11/2008 bis 4/2011 vor.

Vorhalt vom 9.12.2013

Mit Vorhalt vom 9.12.2013 ersuchte das Finanzamt den Bf um Vorlage von Beschäftigungsbewilligungen von November 2008 bis April 2011.

Dieser Vorhalt wurde am 13.12.2013 vom Bf dahingehend beantwortet, dass eine Bewilligung für ein Jahr ab Februar 2007 bestanden habe. Vor Ablauf der Frist habe der Bf Kontakt mit der österreichischen Botschaft in Prag aufgenommen, wo ihm gesagt worden sei, er brauche sich um eine Verlängerung der Beschäftigungsbewilligung nicht kümmern, wenn er mindestens ein ganzes Jahr lang bei ein- und demselben Arbeitgeber bleibe. Dies sei hier der Fall, der Bf arbeite immer noch beim österreichischen Arbeitgeber.

Da die Bestätigung trotzdem von Finanzamt verlangt werde, habe er beim AMS nachgefragt, wo es geheißen habe, der Dienstgeber trage die Pflicht, einen Verlängerungsantrag einzureichen, das sei aber nie passiert. Eine nachträgliche Bewilligung sei nicht möglich. Die Bezirkshauptmannschaft hätte eine Aufenthaltsbestätigung ausstellen können, aber nur, wenn der Bf in Österreich gewohnt hatte.

Versicherungsdatenauszug

Laut Versicherungsdatenauszug vom 17.3.2014 sind folgende Beitragsgrundlagen für den Bf vermerkt:

2007 29.700,00 4.950,00 € F I Gesellschaft m.b.H.

2008 37.200,00 7.550,00 € F I Gesellschaft m.b.H.

2009 45.600,00 8.040,00 € F I Gesellschaft m.b.H.

2010 46.560,00 8.220,00 € F I Gesellschaft m.b.H.

2011 48.000,00 8.400,00 € F I Gesellschaft m.b.H.

2012 50.400,00 8.460,00 € F I Gesellschaft m.b.H.

2013 51.960,00 8.880,00 € F I Gesellschaft m.b.H.

Aktenvermerk vom 14.2.2014

Das Finanzamt erhob am 14.2.2014 telefonisch beim AMS Korneuburg, dass keine EU-Freizügigkeitsbestätigung beantragt worden sei.

Abweisungsbescheid

Mit dem bekämpften Abweisungsbescheid vom 11.3.2014 wies das Finanzamt den Antrag vom 11.11.2013 auf Ausgleichszahlung für die im Juli 2004 geborene C Bová und für den im Juni 2007 geborenen D Ba für den Zeitraum November 2008 bis April 2011 sowie für die im Juni 2010 geborene E Bová für den Zeitraum Juni 2010 bis April 2011 ab und begründete dies so:

Anspruch auf Familienbeihilfe besteht grundsätzlich nur für die Dauer einer Beschäftigung im Inland oder bei Bezug von einer Leistung nach dem Arbeitslosenversicherungsgesetz oder bei Bezug von Krankengeld. Kein Anspruch besteht jedoch, wenn die Beschäftigung gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmerinnen verstößt.

Beschwerde

Mit Schreiben vom 30.3.2014, Postaufgabe 31.3.2014, beim Finanzamt eingelangt am 2.4.2014, erhob der Bf Beschwerde gegen den Abweisungsbescheid vom 11.3.2014:

Hiermit will ich eine Beschwerde gegen der Abweisung meines Antrages auf Ausgleichszahlung vom 11.3.2014 einleiten mit folgender Begründung.

Ich bin am 1.2.2007 von F G H CZ s.r.o. in die Muttersesselschaft F I GmbH in Österreich umgestiegen. Hierfür hat mein österreichischer Arbeitgeber für eine Beschäftigungsbewilligung bei AMS gesorgt, welche für die Dauer eines Jahres ausgestellt wurde (siehe Anhang). Vor dem Ablauf dieser Bewilligung habe ich die Österreichische Botschaft in Prag kontaktiert um Informationen zu bekommen, wie ich vorgehen muss um eine Verlängerung dieser Bewilligung zu bekommen. Der Vertreter der Botschaft hat mir damals mitgeteilt, dass ich mich um eine Verlängerung nicht kümmern muss, wenn ich mindestens 1 Jahr bei einem und demselben Arbeitgeber beschäftigt bleibe - danach würde ich automatisch ohne einer weiteren Bewilligung einen freien Zugang auf den Österreichischen Arbeitsmarkt bekommen, hat es geheißen. Diese Information wurde mir ohne Nachfragen/Nachschlagen/längerem Nachdenken von dem genannten Vertreter übermittelt, somit hab ich keinen Grund gesehen dieser Information nicht zu vertrauen. Dass dies eine falsche Auskunft war hab ich erst bei der Antragsübergabe beim Finanzamt in Korneuburg am 11.11.2013 erfahren. Von Ihrem Kollegen bekam ich den Tipp beim AMS wg. einer nachträglichen Ausstellung einer Arbeitsbewilligung nachzufragen.

Bei AMS wurde mir gesagt, dass die oben beschriebene Auskunft der Botschaft falsch war. Weiters hätte mein Arbeitgeber, nicht ich, für die Verlängerung der Beschäftigungsbewilligung sorgen sollen, hat es aber nicht getan. Und letztens- eine Bewilligung im Nachhinein kann mir AMS leider nicht ausstellen.

Weiterer Tipp vom Ihren Kollegen hat mich zu der Bezirkshauptmannschaft in Korneuburg geführt. Dort wurde mir eine Österreichische Meldeadresse angeboten, allerdings auch diese hätte die Vergangenheit nicht abdecken können.

Dank der falschen Information von der Österreichischen Botschaft arbeitete ich somit seit dem 2.1.2008 unwissentlich ohne einer offiziellen Beschäftigungsbewilligung in Österreich. Ich bin noch immer bei meinem ersten Österreichischen Arbeitgeber beschäftigt. Während der ganzen Zeit hab ich Sozialversicherung (siehe Anhang) und Steuern (dies können Sie selber nachschlagen) abgeführt.

Ich verstehe, dass meine Beschäftigung in Österreich nicht ganz korrekt nach den Vorschriften gelaufen ist, es war aber nie eine Absicht. Da diese Situation auf der falschen Auskunft von dem Vertreter der Österreichischen Botschaft und meinem Vertrauen dieser Auskunft gegenüber entstanden ist, will ich Sie ersuchen mir diesen Missstand zu verzeihen und meinen Antrag neu auszuwerten. Ich bedanke mich dafür im Voraus und verbleibe mit freundlichen Grüßen...

Beschäftigungsbewilligung

Beigefügt war eine Bescheidausfertigung gemäß § 20 Abs. 6 AuslBG des Arbeitsmarktservice Korneuburg vom 20.12.2006, wonach der F I GmbH als Arbeitgeber des Bf gemäß § 4 AuslBG für den Bf für den Zeitraum 2.1.2007 als 1.1.2008 eine Beschäftigungsbewilligung als Technischer Berater mit einem monatlichen Entgelt von brutto 2.000 Euro für eine Ganztagsbeschäftigung für den örtlichen Geltungsbereich Korneuburg erteilt wird.

Unter "Bitte beachten" wird unter anderem darauf hingewiesen, dass die Beschäftigungsbewilligung mit Beendigung der bewilligten Beschäftigung erlösche. Ein Antrag auf Verlängerung der Beschäftigungsbewilligung sei möglichst 4 Wochen vor Ablauf der Geltungsdauer der erteilten Beschäftigungsbewilligung einzubringen.

Beschwerdevorentscheidung

Mit Beschwerdevorentscheidung vom 18.9.2014 wies das Finanzamt die Beschwerde "vom 02. April 2014" als unbegründet ab:

Ein tschechischer Staatsbürger darf eine Beschäftigung nur dann annehmen, wenn ihm eine Beschäftigungsbewilligung erteilt wurde. Dies bedeutet, dass bis zum 01. Mai 2011 ein freier Zugang zum Arbeitsmarkt nur bei Vorliegen einer entsprechenden Bewilligung möglich war.

Es ist nach der allgemeinen Lebenserfahrung bekannt, dass die Beschäftigung eines Ausländers grundsätzlich einer verwaltungsbehördlichen Genehmigung bedarf. Wird die Einholung einer Auskunft bei der zuständigen Behörde unterlassen, so ist von einem Verschulden des Unterlassenden auszugehen.

Ihre Beschwerde war daher abzuweisen.

Vorlageantrag

Mit Schreiben vom 16.10.2014, zur Post gegeben am selben Tag, stellte der Bf Vorlageantrag, der wie folgt begründet wurde:

Auch wenn meine Beschäftigung in Österreich eine bestimmte Zeit strengst gesehen nicht legal war, bin ich mit der Beschwerdevorentscheidung nicht einverstanden, da diese "Illegalität" nicht aus meinem Verschulden entstand und meine ausführliche Erklärung der ganzen Situation bei der Beurteilung meiner Beschwerde in meinen Augen nicht individuell genug in Betracht genommen wurde.

Folgend die Erklärung der Situation ergänzt um weitere Informationen, welche ich in den letzten Tagen neu erfahren habe.

Ich habe als tschechischer Staatsbürger mit 1.2.2007 mit einer gültigen Beschäftigungsbewilligung als Angestellter bei der Firma F I GmbH, Korneuburg, die Stelle EDV Mitarbeiter angenommen. Vor Ablauf meiner Beschäftigungsbewilligung bin ich mit der Österreichischen Botschaft in Prag in Kontakt getreten um mich zu erkundigen, welche Schritte gesetzt werden müssen um eine Verlängerung dieser Bewilligung zu bekommen. Der Botschaftsmitarbeiter hat mir mitgeteilt, dass ich nichts unternehmen muss, solange ich ein ganzes Jahr bei einer und der selben Firma angestellt bleibe - eine Bewilligungsverlängerung brauche ich im solchen Fall nicht mehr, diese geht automatisch in eine "unbefristete Bewilligung" über. Leider hat sich dies Jahre später als völlig falsche Auskunft des Botschaftsmitarbeiter herausgestellt!

Laut aktueller Auskunft der AMS hätte mein Arbeitgeber dafür Sorge tragen sollen, dass ein Antrag auf Verlängerung meiner Beschäftigungsbewilligung bei der AMS in Antrag gestellt wird - die AMS hätte wahrscheinlichst diesen Antrag damals positiv erledigt. Ich kann nur Vermuten, dass dies aus Versehen meines Arbeitgebers nicht in die Wege geleitet worden ist.

Weiters hätte ich nach 1 Jahr Beschäftigung in Österreich einen Antrag auf eine Freizügigkeitsbestätigung bei der AMS anmelden können, welcher lt. AMS auch positiv erledigt werden würde. Diese Möglichkeit hab ich zu Folge der falschen Auskunft von der Österreichischen Botschaft nicht genutzt.

Auch wenn ich aus oben beschriebenen Gründen für den Zeitraum vom 1.2.2008 bis 1.5.2011 eine behördliche Genehmigung nicht im Besitz hatte, hat mein Arbeitgeber nach wie vor alle Steuer-/Sozialabgaben für mich getätigt. Dies lässt in meinen Augen auf keine Absicht illegal beschäftigt zu sein zurückschließen - illegal Beschäftigte würden ja freiwillig keine Steuern und Sozialversicherung zahlen bzw. dessen Arbeitgeber sich damit freiwillig etwaigen Strafen aussetzen ...

In den vielen Telefonaten in den letzten Tagen mit der AKNÖ, dem Familienservice und der AMS hab ich wiederholt erfahren, dass keine der Personen bislang einen ähnlichen Fall bearbeitet oder gar von ihren Kollegen über einem solchen gehört hat.

Im Licht der obigen Informationen hoffe ich darauf, dass dieser Fall noch individueller in Betracht genommen werden kann.

Sie mögen über meine Beschäftigungssituation bitte auch bei der AMS anfragen.

Weiters verweise ich auf die Ausführungen in meiner Beschwerde und beantrage diese dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vorzulegen.

Für etwaige weiteren Fragen an meine Person stehe ich natürlich auch gerne jederzeit zur Verfügung!

Vorlage

Mit Bericht vom 11.12.2014 legte das Finanzamt die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vor und führte unter anderem aus:

Sachverhalt:

Der Antragsteller beantragt mit Antrag vom 11. November 2013 rückwirkend Familienbeihilfe. Der Antragsteller war nach eigenen Angaben seit 1. Februar 2007 in Österreich beschäftigt. Die Beschäftigungsbewilligung des AMS Korneuburg vom 20. Dezember 2006 wurde für den Zeitraum 2. Jänner 2007 bis 1. Jänner 2008 ausgestellt. Gemäß Versicherungsdatenauszug ist der Antragsteller seit 1. Februar 2007 in Österreich beschäftigt. Der Antrag wurde für den Zeitraum bis 4/2011 mit der Begründung abgewiesen, dass kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht, wenn die Beschäftigung gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer verstößt. In der dagegen eingebrachten Beschwerde wird ausgeführt, dass der Antragsteller die Information von der österreichischen Botschaft in Prag erhalten habe, dass die erteilte Beschäftigungsbewilligung nach einem Jahr automatisch verlängert werden würde. Die Beschwerde wurde mit BVE abgewiesen. Im Vorlageantrag wird unter anderem ausgeführt, dass eine neuerliche Beschäftigungsbewilligung bzw die Freizügigkeitsbescheinigung nach Auskunft des AMS höchstwahrscheinlich genehmigt worden wäre, wenn diese beantragt worden wäre. Zudem wären sämtliche Steuern und Sozialabgaben bezahlt worden.

Beweismittel:

siehe beigefügte Dokumente

Stellungnahme:

Gemäß § 3 Abs 1 FLAG haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 NAG rechtmäßig in Österreich aufhalten. Am 1. Mai 2011 lief der siebenjährige Übergangszeitraum für tschechische Staatsangehörige aus, ab diesem Zeitpunkt wurde daher aufgrund der Beschäftigung in Österreich Familienbeihilfe gewährt. Für den Zeitraum vor diesem Stichtag war eine rechtmäßige Beschäftigung für tschechische Staatsbürger gemäß § 32a AuslBG nur möglich, wenn diese eine Beschäftigungsbewilligung hatten. Im vorliegenden Fall war der Antragsteller in Österreich ab dem Zeitraum 2008 bis 4/2011 unrechtmäßig beschäftigt, die Familienbeihilfe war daher aus diesem Grund zu Recht zu versagen.

Gemäß VwGH (vgl Erk vom 15. September 2011, 2011/09/0052) ist es nach der allgemeinen Lebenserfahrung bekannt, dass die Beschäftigung eines Ausländers grundsätzlich einer verwaltungsbehördlicher Genehmigung bedarf. Der Antragsteller hat sich nach seinen Angaben betreffend der Beschäftigungsbewilligung offenbar nicht bei der zuständigen Behörde AMS, sondern bei der österreichischen Botschaft in

Prag informiert und eine mündliche Auskunft darüber erhalten. Im Bescheid über die Beschäftigungsbewilligung für den Zeitraum 2. Jänner 2007 bis 1. Jänner 2008 des AMS Korneuburg vom 20. Dezember 2006 wird darauf hingewiesen, dass ein Arbeitgeber einen Ausländer nur beschäftigen bzw ein Ausländer eine Beschäftigung nur antreten und ausüben darf, wenn und solange eine Beschäftigungsbewilligung erteilt wurde. Zudem wird ausgeführt, dass ein Antrag auf Verlängerung der Beschäftigungsbewilligung möglichst 4 Wochen vor Ablauf der Geltungsdauer der erteilten Beschäftigungsbewilligung einzubringen ist. Der Antragsteller konnte daher nicht davon ausgehen, dass die Beschäftigungsbewilligung wie von ihm ausgeführt, automatisch verlängert wird. Die Familienbeihilfe war daher zu Recht abzuweisen.

Erklärung der Lebensgefährtin

Die Lebensgefährtin J K' gab am 24. 8. 2015 eine Erklärung ab, gemäß § 2a Abs. 2 FLAG 1967 in Verbindung mit § 4 Abs. 2 FLAG 1967 als haushaltsführender Elternteil auf die vorrangig zustehende Ausgleichszahlung für die im Juli 2004 geborene C Bová und für den im Juni 2007 geborenen D Ba für den Zeitraum November 2008 bis April 2011 sowie für die im Juni 2010 geborene E Bová für den Zeitraum Juni 2010 bis April 2011 zugunsten ihres Lebenspartners, des Vaters der genannten Kinder, A Ba zu verzichten.

Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

Sachverhalt

Der Bf A Ba ist tschechischer Staatsbürger, in Tschechien wohnhaft und arbeitet seit 1.2.2007 bei einem Arbeitgeber in Österreich, der F I GmbH in Korneuburg.

Seine Lebensgefährtin J K' ist ebenfalls tschechische Staatsbürgerin und war von 21.10.2002 bis 30.4.2013 bei einem tschechischen Arbeitgeber beschäftigt.

Mit dem Bf und seiner Lebensgefährtin im gemeinsamen Haushalt in Adresse leben deren Kinder, und zwar die im Juli 2004 geborene C Bová, der im Juni 2007 geborene D Ba, die im Juni 2010 geborene E Bová sowie die im Februar 2013 geborene L Bová. Der Bf trägt die überwiegenden monatlichen Unterhaltskosten.

In der Tschechischen Republik bestand im Zeitraum November 2008 bis April 2011 kein Anspruch auf Familienleistungen, da das Familieneinkommen zu hoch war.

Mit Bescheid des Arbeitsmarktservice Korneuburg vom 20.12.2006 wurde der F I GmbH als Arbeitgeber des Bf gemäß § 4 AuslBG für den Bf für den Zeitraum 2.1.2007 als 1.1.2008 eine Beschäftigungsbewilligung als Technischer Berater mit einem monatlichen

Entgelt von brutto 2.000 Euro für eine Ganztagsbeschäftigung für den örtlichen Geltungsbereich Korneuburg erteilt.

Der Arbeitgeber hat beim AMS keinen Verlängerungsantrag gestellt. Vertrauend auf eine Auskunft der österreichischen Botschaft in Prag hat der Bf auch keine EU-Freizügigkeitsbestätigung beantragt.

Die Lebensgefährtin des Bf erklärte am 24.8. 2015, zugunsten des Bf auf eine Ausgleichszahlung zu verzichten.

Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus der Aktenlage und ist nicht strittig.

Rechtsgrundlagen

§ 2 FLAG 1967 lautet auszugsweise:

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

a) für minderjährige Kinder, ...

(2) Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind hat die Person, 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....

(8) Personen haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben. Eine Person hat den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.

§ 2a FLAG 1967 lautet:

§ 2a. (1) Gehört ein Kind zum gemeinsamen Haushalt der Eltern, so geht der Anspruch des Elternteiles, der den Haushalt überwiegend führt, dem Anspruch des anderen Elternteiles vor. Bis zum Nachweis des Gegenteils wird vermutet, daß die Mutter den Haushalt überwiegend führt.

(2) In den Fällen des Abs. 1 kann der Elternteil, der einen vorrangigen Anspruch hat, zugunsten des anderen Elternteiles verzichten. Der Verzicht kann auch rückwirkend abgegeben werden, allerdings nur für Zeiträume, für die die Familienbeihilfe noch nicht bezogen wurde. Der Verzicht kann widerrufen werden.

§ 3 FLAG 1967 lautet:

§ 3. (1) *Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhalten.*

(2) *Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.*

(3) *Abweichend von Abs. 1 haben Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 2005 (AsylG 2005), BGBl. I Nr. 100, gewährt wurde, Anspruch auf Familienbeihilfe. Anspruch besteht auch für Kinder, denen nach dem Asylgesetz 2005 Asyl gewährt wurde.*

(4) *Abweichend von Abs. 1 haben Personen, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde, Anspruch auf Familienbeihilfe, sofern sie keine Leistungen aus der Grundversorgung erhalten und unselbständig oder selbständig erwerbstätig sind. Anspruch besteht auch für Kinder, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde.*

(5) *In den Fällen des Abs. 2, Abs. 3 letzter Satz und Abs. 4 letzter Satz wird für nachgeborene Kinder die Familienbeihilfe rückwirkend gewährt. Gleiches gilt für Adoptiv- und Pflegekinder, rückwirkend bis zur Begründung des Mittelpunktes der Lebensinteressen im Bundesgebiet (§ 2 Abs. 8) durch den Elternteil und das Kind. Als nachgeborene Kinder gelten jene Kinder, die nach dem Zeitpunkt der Erteilung des Aufenthaltstitels oder der Zuerkennung des Status des Asylberechtigten oder subsidiär Schutzberechtigten an den zusammenführenden Fremden geboren werden.*

§ 4 FLAG 1967 lautet:

§ 4. (1) *Personen, die Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe haben, haben keinen Anspruch auf Familienbeihilfe.*

(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.*

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

(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.*

(5) *Die in ausländischer Währung gezahlten gleichartigen ausländischen Beihilfen sind nach den vom Bundesministerium für Finanzen auf Grund des § 4 Abs. 8 des*

Umsatzsteuergesetzes 1972, BGBl. Nr. 223/1972, in der „Wiener Zeitung“ kundgemachten jeweiligen Durchschnittskursen in inländische Währung umzurechnen.

(6) Die Ausgleichszahlung gilt als Familienbeihilfe im Sinne dieses Bundesgesetzes; die Bestimmungen über die Höhe der Familienbeihilfe finden jedoch auf die Ausgleichszahlung keine Anwendung.

(7) Der Anspruch auf die Ausgleichszahlung geht auf die Kinder, für die sie zu gewähren ist, über, wenn der Anspruchsberechtigte vor rechtzeitiger Geltendmachung des Anspruches gestorben ist. Sind mehrere anspruchsberechtigte Kinder vorhanden, ist die Ausgleichszahlung durch die Anzahl der anspruchsberechtigten Kinder zu teilen.

§ 5 Abs. 3 FLAG 1967 lautet:

(3) Kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

§ 53 Abs. 1 FLAG 1967 lautet:

§ 53. (1) Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) sind, 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.

§ 33 Abs. 3 EStG 1988 lautet:

(3) Steuerpflichtigen, denen auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, steht im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag von monatlich 58,40 Euro für jedes Kind zu. Für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, steht kein Kinderabsetzbetrag zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 anzuwenden.

Auf den gegenständlichen Fall ist bis April 2010 die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, in der konsolidierten Fassung ABIEG Nr. L 28 vom 30.1.1997 (im Folgenden VO 1408/71) anzuwenden.

Die Tschechische Republik ist seit Mai 2004 Mitglied der Europäischen Union.

Die VO 1408/71 gilt nach ihrem Art. 4 Abs. 1 Buchstabe h der VO 1408/71 für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, welche Familienleistungen betreffen. Die in Rede stehende Familienbeihilfe ist ohne Zweifel eine Familienleistung iSd Art. 1 Buchstabe u sublit. i der VO 1408/71.

Zu den Familienangehörigen zählt Art 1 lit f der VO 1408/71 jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Familienangehöriger

bestimmt, anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet ist; wird nach diesen Rechtsvorschriften eine Person nur dann als Familienangehöriger oder Haushaltsangehöriger angesehen, wenn sie mit dem Arbeitnehmer oder dem Selbstständigen (oder dem Studierenden) in häuslicher Gemeinschaft lebt, so gilt diese Voraussetzung als erfüllt, wenn der Unterhalt der betreffenden Person überwiegend von diesem bestritten wird.

Art. 13 Abs 1 der VO 1408/71 bestimmt, dass - vorbehaltlich hier nicht in Betracht kommender Sonderbestimmungen - Personen, für die diese VO gilt, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats unterliegen.

Art. 13 Abs 2 lit a VO 1408/71 (VO) lautet:

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 oder ihr Arbeitgeber oder das Unternehmen, das sie beschäftigt, seinen Wohnsitz oder Betriebssitz im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats hat;

Nach Art. 73 der VO 1408/71 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.

Ab Mai 2010 ist die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (im Folgenden: VO 883/2004) maßgebend.

Nach Art. 2 Abs. 1 der VO 883/2004 gilt diese Verordnung für Staatsangehörige eines Mitgliedstaats, Staatenlose und Flüchtlinge mit Wohnort in dem Mitgliedstaat, für die die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, sowie für ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen. Personen, für die diese Verordnung gilt, unterliegen nach Art. 11 der VO 883/2004 den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats.

Nach Art. 11 Abs. 3 lit.a der VO 883/2004 unterliegt eine Person, die in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung oder selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt, den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats. Bei Personen, die aufgrund oder infolge ihrer Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit eine Geldleistung beziehen, wird davon ausgegangen, dass sie diese Beschäftigung oder Tätigkeit ausüben.

Beschwerdevorbringen

Der Bf bringt gegen den angefochtenen Bescheid vor, er sei auf Grund einer Auskunft der österreichischen Botschaft in Prag der Meinung gewesen, brauche nach einem Jahr legaler Beschäftigung in Österreich als Arbeitnehmer keine weiteren Schritte zur Erlangung einer Beschäftigungsbewilligung bzw. Freistellungsbescheinigung zu

unternehmen. Er hätte eine entsprechende Bescheinigung vom AMS erhalten, diese könne aber nicht rückwirkend ausgestellt werden.

Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides

Es kann auf sich beruhen, ob der Bf mit seinem Vorbringen eine Rechtswidrigkeit (Art. 132 Abs. 1 Z 1 B-VG) des angefochtenen Bescheides aufzeigt.

Der angefochtene Bescheid ist aus einem anderen Grund rechtswidrig, diesen Umstand hat das Bundesfinanzgericht gemäß § 279 BAO von Amts wegen aufzugreifen.

Es liegt ein mitgliedsstaatenübergreifender Sachverhalt vor, nämlich eines Unionsbürgers, der in einem Mitgliedstaat einer Erwerbstätigkeit nachgeht, während seine Familie in einem anderen Mitgliedstaat wohnt (vgl. Csaszar in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG § 53 Rz 40).

Da im Beschwerdezeitraum sowohl der Vater, nämlich in Österreich, als auch die Mutter, nämlich in der Tschechischen Republik, erwerbstätig waren, ist Beschäftigungsstaat einerseits Österreich, andererseits die Tschechische Republik. Wohnsitzstaat ist die Tschechische Republik.

Es kommen daher die Bestimmungen von Art. 75 f. der VO 1408/71 und von Art. 68 Abs. 1 lit. b sublit. i der VO 883/2004 zur Anwendung, wobei auf Grund des Wohnortes der Kinder primär die Tschechische Republik zur Erbringung von Familienleistungen zuständig ist.

Österreich als einer der beiden Beschäftigungsstaaten ist hingegen nach Art. 75 f. der VO 1408/71 und nach Art. 68 Abs. 2 der VO 883/2004 zur Leistung einer Differenzzahlung im Umfang des Unterschiedsbetrages zwischen dem Anspruch auf tschechische Familienleistungen und jenem auf österreichische Familienleistungen verpflichtet. Nach nationalem Recht besteht gemäß § 4 FLAG 1967 ein Anspruch auf Ausgleichszahlung, der § 53 FLAG 1967 zufolge nicht nur für österreichische Staatsbürger, sondern auch für Unionsbürger (und Bürger eines EWR-Mitgliedsstaates) gilt.

Für den Bf gilt als Bürger der Union unionsrechtliches Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht. Er hält sich daher in Österreich rechtmäßig i.S.d. § 9 NAG auf.

Dieses Recht auf Freizügigkeit wurde hinsichtlich der Aufnahme einer Beschäftigung im Vertrag über den Beitritt der Tschechischen Republik zur Europäischen Gemeinschaft eingeschränkt. Die Einschränkung der Freizügigkeit tschechische Staatsbürger ergibt sich aus Art. 24 und aus den Übergangsbestimmungen des Anhangs V Nr. 2 bis 14 der Beitrittsakte. Das AuslBG ist daher grundsätzlich auf tschechische Staatsbürger und auf Sachverhalte, die sich nach dem 30.4.2004 ereigneten, anzuwenden. Davon wiederum ausgenommen sind allerdings jene Personen, die schon seit dem Beitritt der Tschechischen Republik oder danach rechtmäßig beschäftigt sind oder seit fünf Jahren im Bundesgebiet niedergelassen sind und eine erlaubte Erwerbstätigkeit ausüben.

Anlässlich der Erweiterungen der EU mit 1.5.2004 und mit 1.1.2007 wurden für Staatsangehörige einiger neuer Mitgliedsländer Übergangsbestimmungen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit und Dienstleistungsfreiheit in den Beitrittsverträgen vom 16.4.2003 und vom 25.4.2005 vereinbart. Diese Einschränkungen betreffen nur die Freizügigkeit für die Zwecke der Arbeitsaufnahme und können je nach Mitgliedstaat variieren. Für Staatsangehörige von Tschechien, Estland, Lettland, Litauen, Ungarn, Polen, Slowenien und der Slowakei endete die Übergangsfrist nach Ablauf der sieben Jahre endgültig am 30.4.2011. Während dieser Übergangsfrist bedurfte die Ausübung einer nichtselbständigen Tätigkeit einer Arbeitserlaubnis, eines Befreiungsscheines, eines Niederlassungsnachweises oder einer Bestätigung gemäß § 32a AuslBG. Während der Geltung der Übergangsregelung sind für Staatsangehörige dieser Länder weiterhin Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes maßgebend.

Zahlreiche Entscheidungen des UFS verlangten bis zum Erkenntnis VwGH 29.9.2010, 2008/13/0160 für Unionsbürger aus Mitgliedstaaten, für die hinsichtlich des freien Arbeitsmarktzuganges eine Übergangsregelung gilt, das Vorliegen einer „echten“ selbständigen Tätigkeit oder einer rechtlich zulässigen nichtselbständigen Tätigkeit.

Das nationale Recht im FLAG enthält seit 1.1.2006 keine Bestimmung, dass die Beschäftigung nicht gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer verstoßen darf. Seit 1.1.2006 kommt es schon nach dem nationalen Recht nur auf einen aufrechten Aufenthaltstitel nach §§ 8 oder 9 NAG an (vgl. Aigner/Wanke in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 3 Rz 188 m.w.N.). Der rechtmäßige Aufenthalt in Österreich ist im gegenständlichen Fall gegeben.

Eine Person besitzt die Arbeitnehmereigenschaft i.S.d. der VO 1408/71, wenn sie auch nur gegen ein einziges Risiko im Rahmen eines der in Artikel 1 Buchstabe a dieser Verordnung genannten allgemeinen oder besonderen Systeme der sozialen Sicherheit pflichtversichert oder freiwillig versichert ist, und zwar unabhängig vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses (EuGH 24.2.2005, C-543/03, Dodi und Oberhollenzer). Die VO erstreckt sich daher auf jede Person, welche, ob sie nun eine Erwerbstätigkeit ausübt oder nicht, die Versicherteneigenschaft nach den für die soziale Sicherheit geltenden Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten besitzt (EuGH 31.5.1979, 182/78, Pierik II; EuGH 4.5.1999, C-262/96, Sürül).

Das Unionsrecht verknüpft im Allgemeinen den Bezug von Familienleistungen für (seinerzeitige) „Wanderarbeiter“ mit einer aufrechten Versicherung für Erwerbstätige in Österreich, nicht aber mit der Rechtmäßigkeit einer Beschäftigung, eben weil die VO 1408/71 auch anwendbar ist, wenn kein Arbeitsverhältnis, sondern nur eine Versicherung besteht (vgl. EuGH 24.2.2005, C-543/03, Dodi und Oberhollenzer).

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (beginnend mit VwGH 22.2.2012, 2011/16/0236) ist nach dem klaren Wortlaut der unionsrechtlichen Vorschriften die Anwendung der VO 1408/71 durch die Beitrittsakte nicht eingeschränkt, denn die in Anhang V angeführten Maßnahmen erwähnen nicht die VO 1408/71. Ebenso könne eine

Verletzung der Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes die Anwendung der Verordnung (EWG) 1408/71 nicht verhindern.

Diese Rechtsprechung ist auf die ab Mai 2010 anzuwendende Verordnung (EG) Nr. 883/2004 (VO 883/2004) sinngemäß anzuwenden (vgl. UFS 13.9.2013, RV/3450-W/12; BFG 11.8.2014, RV/7103833/2010; BFG 3.3.2015, RV/7101309/2013).

Der angefochtene Abweisungsbescheid steht daher in Widerspruch zum Recht der Europäischen Union.

Der angefochtene Bescheid erweist sich somit als rechtswidrig (Art. 132 Abs. 1 Z 1 B-VG), der als Beschwerde weiterwirkenden Berufung ist gemäß § 279 BAO Folge zu geben und der angefochtene Bescheid ersatzlos aufzuheben.

Eine Verzichtserklärung gemäß § 2a Abs. 2 FLAG 1967 hat die Lebensgefährtin inzwischen abgegeben (zum Erfordernis einer Verzichtserklärung auch bei unionsrechtlich zu beurteilenden Sachverhalten siehe BFG 8.6.2015, RV/7100958/2015).

Gemäß der in Art. 10 Abs. 1 lit. a der VO 574/72 (entspricht inhaltlich Art. 68 Abs. 1 lit. a der VO 883/2004) aufgestellten Antikumulierungs-Regel haben die vom Beschäftigungsmitgliedstaat gezahlten Beihilfen Vorrang gegenüber den vom Wohnmitgliedstaat gezahlten, die infolgedessen ruhen. Wird jedoch im letztgenannten Staat eine Erwerbstätigkeit ausgeübt, sieht Art. 10 Abs. 1 lit. b Ziff. i der VO 574/72 (entspricht inhaltlich Art. 68 Abs. 1 lit. b sublit. i VO 883/2004) die entgegengesetzte Lösung vor, d. h., dass der Anspruch auf die vom Wohnmitgliedstaat gezahlten Beihilfen dem vom Beschäftigungsmitgliedstaat gezahlten vorgehen, die somit ruhen. Der EuGH hat daher entschieden, dass, sofern eine Person, die das Sorgerecht für die Kinder hat, insbesondere der Ehegatte des Leistungsempfängers im Sinne von Art. 73 der VO 1408/71, eine Erwerbstätigkeit im Mitgliedstaat der Wohnung der Kinder ausübt, der Anspruch auf die in Art. 73 der VO 1408/71 vorgesehenen Leistungen nach Art. 10 der VO 574/72 bis zur Höhe der vom Wohnmitgliedstaat tatsächlich gezahlten Beihilfen gleicher Art ausgesetzt wird, und zwar unabhängig davon, wen die Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats als unmittelbaren Empfänger der Familienbeihilfen bestimmen. Vom zuständigen Träger des vom Wohnsitzstaat unterschiedlichen (ersten) Beschäftigungsstaates kann nur die Höhe des Unterschiedsbetrags in Höhe der Differenz zwischen den nach dem Recht des (ersten) Beschäftigungsstaates vorgesehenen Leistungen und den nach dem Recht des Wohnsitzstaates und (zweiten) Beschäftigungsstaates bezogenen Leistungen beansprucht werden (vgl. EuGH 8.5.2014, C-347/12, Ulrike und Markus Wiering).

Da nach Auskunft des zuständigen tschechischen Trägers auf Grund des zu hohen Familieneinkommens im Beschwerdezeitraum kein Anspruch auf tschechische Familienleistungen bestand, steht dem Bf ungekürzt Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag zu (vgl. BFG 23.2.2015, RV/7103542/2014).

Da dem Bf ungekürzt Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag zusteht, somit dem Antrag vollinhaltlich stattgegeben wird, hat diesbezüglich kein Bescheid zu ergehen, sondern ist die Familienbeihilfe gemäß § 11 FLAG 1967 auszus zahlen, worüber eine Mitteilung des Finanzamtes gemäß § 12 FLAG 1967 zu ergehen hat (vgl. BFG 23.2.2015, RV/7103542/2014). Die über die Beschwerde ergehende meritorische Entscheidung hat daher so zu lauten, dass der angefochtene, den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe abweisende Bescheid ersatzlos aufgehoben wird (vgl. VwGH 17.12.2009, 2009/16/0243).

Gemäß § 25 Abs. 1 BFGG und § 282 BAO ist das Finanzamt verpflichtet, im gegenständlichen Fall mit den ihm zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des Bundesfinanzgerichtes entsprechenden Rechtszustand herzustellen und die entsprechenden Verbuchungen vorzunehmen.

Nichtzulässigkeit einer Revision

Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) eine Revision nicht zulässig, da der hier zu lösenden Rechtsfrage keine grundsätzliche Bedeutung zukommt. Das Bundesfinanzgericht folgt der dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes.

Wien, am 3. September 2015