



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der EA T., 1120 Wien, S-Gasse, vom 9. Oktober 2008 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 12/13/14 Purkersdorf, vom 19. September 2008 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab 1. Mai 2008 entschieden:

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

### Entscheidungsgründe

Die in Bulgarien geborene Berufungswerberin (= Bw.) beantragte im Mai 2008 Familienbeihilfe für ihre 4 in den Jahren 2000, 2001, 2006 und 2008 geborenen Kinder. Der damalige Lebensgefährte und nunmehrige Ehegatte der Bw., der Vater der beiden in den Jahren 2006 und 2008 geborenen Kinder, gab eine Verzichtserklärung gem. § 2a Abs. 1 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 (=FLAG) ab. Als Datum der Einreise nach Österreich gab die Bw. den 11.12.2006 an. Das Datum der Einreise der 2000, 2001 und 2006 geborenen Kinder gab die Bw. mit 27.04.2007, 05.07.2007 und 24.11.2006 an. Das jüngste Kind wurde in Wien geboren. Geburtsdokumente und Anmeldebescheinigungen für EWR-Bürger/-innen gem. §§ 51 bis 53 und 57 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz, BGBl. I 100/2005 (=NAG) betr. die 4 Kinder liegen in den Akten auf. Alle 4 Kinder und die Bw. besitzen lt. den aufliegenden Meldebestätigungen die bulgarische Staatsbürgerschaft. Eine Anmeldebescheinigung für EWR-Bürger/-innen für die Bw. selbst lag in den vom Finanzamt vorgelegten Akten nicht auf.

Der Partner der Bw. ist türkischer Staatsbürger, am 04.07.1999 nach Österreich eingereist und war zum Zeitpunkt der Antragstellung arbeitslos.

Die Bw., ihre Kinder und ihr Partner befanden sich seit 2007 in einer Einrichtung des Fonds Soziales Wien für Wohnungslose („Haus K“).

Offenbar über telefonischen Vorhalt teilte eine beim Fonds Soziales Wien beschäftigte Sozialarbeiterin dem Finanzamt schriftlich mit, dass die Bw. wegen eines Krankenhausaufenthaltes des jüngsten Kindes die angeforderten Unterlagen aus Bulgarien noch nicht erhalten habe und ersuchte um Aufschub. Nach Absprache mit der Familien der Bw. teilte sie dem Finanzamt weiters Folgendes mit:

Die Mutter hat die Obsorge über alle Kinder alleine. Der Vater hat die Arbeitserlaubnis (bezieht dzt. Arbeitslose) und den Niederlassungsnachweis gültig bis 30.04.2014 (Kopie wird beigelegt). Herr T. bezieht dzt. Arbeitslose in Höhe von ca. 700,00. Die Kinder gehen regelmäßig zur Schule. Die Mutter hat derzeit keinen Bezug, wird versuchen die Bestätigung über Bulgarien zu bekommen.“

Bestätigungen über den Arbeitslosenbezug des Partners und Schulbesuchsbestätigungen für die beiden schulpflichtigen Kinder wurden angeschlossen.

Eine beglaubigte Übersetzung einer „Agentur für soziale Unterstützung – Sofia“ (Anmerkung: Bulgarien) vom 22.08.2008 wurde von der Sozialarbeiterin dem Finanzamt übersandt. Darin wird bestätigt, dass die Bw. derzeit keine Sozialhilfe (Anmerkung: aus Bulgarien) beziehe.

Das Finanzamt wies den **Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe** mit **Bescheid** vom 19.09.2008 **als unbegründet ab**:

„Gemäß § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG 1967) haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, 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.

Das Niederlassungsrecht für EU-Bürger knüpft an die legale Ausübung einer nichtselbständigen oder selbständigen Tätigkeit in Österreich bzw. an eine ausreichende Krankenversicherung und das Vorhandensein von Existenzmitteln.“

Die Bw. erhob **Berufung** und wies darin auf eine ausreichende Krankenversicherung und eine nichtselbständige oder selbständige Tätigkeit. Der Partner der Bw. versorge seine schwerkranke Frau sowie die Kinder seit einem Jahr und könne daher erst wieder ab nächster Woche Vollzeit arbeiten gehen. Angeschlossen wurden (Kopien) des Abweisungsbescheides,

eines Situationsberichtes „Haus K“, einer AMS – Mitteilung über Leistungsanspruch, eine Beglaubigung aus Bulgarien, „Lohn- und Gehalt August u. September 2008“.

Dem der Berufung u.a. beigelegten Schreiben des Fonds Soziales Wohnen Wien, Betreute Unterkünfte für wohnungslose Menschen gemeinnützige GmbH, Einrichtung, K 2, ist Folgendes zu entnehmen:

Hiermit bestätigen wir, dass Herr T. U seine Lebensgefährtin Frau M A CCCCCC 73 mit ihren Kindern und den gemeinsamen Kindern seit dem Einzug bei uns im April 07 versorgt hat. Sowohl finanziell als auch in der Erziehung der Kinder. Er zahlte bei uns die Miete und Strom für die gesamte Familie. Da seine Frau schwer krank ist, konnte er in diesem Jahr nicht Vollzeit arbeiten beginnen und bezieht deshalb Arbeitslosenunterstützung und Lohn aus einer geringfügigen Beschäftigung. Ab nächster Woche erhält er einen Vollvertrag bei der Firma Tn – Glaserei. ...“ Lohnabrechnungen über die geringfügige Beschäftigung des Partners der Bw. und eine Bestätigung über den Bezug von Notstandshilfe ab Juli 2008 wurden ebenso angeschlossen, wie die bereits angeführte Bestätigung aus Bulgarien sowie Kopien der Sozialversicherungskarten der Bw., der Kinder und des Partners.

Das Finanzamt verlangte von der Bw. eine Dienstgeberbestätigung (Beschäftigungszeiten) für den Partner, der angeblich ab sofort bei der Fa. Tn. arbeite, den Mietvertrag von der neuen Wohnung sowie einen Bescheid über Gewährung von allfälligen Beihilfen (Miete usw.)

Seitens des Fonds Soziales Wien wurde daraufhin Folgendes mitgeteilt:

„Familie T. / M lebte von 05.04.2007 bis 09.10.2008 in unserer Einrichtung. Während dieser ganzen Zeit hat die Familie vom Einkommen des Herrn T. gelebt.

Leider erkrankte die Frau kurz zuvor im Jahr 2006 und hatte in der Folge zwei Unterleibsoperationen während einer schwierigen Schwangerschaft, die eine Kaiserschnittgeburt erforderte.

Was in weiterer Folge erforderte, dass Herr T. zu Hause blieb um seine Frau und seine Kinder zu versorgen, was er vorbildlich erledigte.

Auch bestand er selbständig darauf, dass er regelmäßig den Mietzins von 207,00 (inkl. Strom) bezahle, damit er keine Schwierigkeiten bekommt.

Sofern es die Gesundheit seiner Frau und die Kinderbetreuungspflichten zuließen, arbeitete Herr T. geringfügig bei der Firma Tn.

In der Zwischenzeit wurde festgestellt, dass I ohnehin schon unter schwierigen Umständen zur Welt gekommen, an Epilepsie leidet und aufgrund der Spätfolgen eines Anfalls zuerst stationär ins Krankenhaus musste und nun regelmäßig zur Physiotherapie gehen muss.

Da Frau M das Kind nicht heben darf, musste Herr T. die Krankenhausaufenthalte sowie die Therapien begleiten was nun letztendlich dazu führte, dass er den versprochenen Vollvertrag bei der Firma Tn nicht erhält bzw. am 28.10.08 gekündigt wurde.

Seit 17.09.08 konnte die Familie in die Wohnung in die S-Gasse/ ziehen. Dies ist eine von uns betreute Gemeindewohnung, die Herr T. im nächsten Jahr übernehmen wird. Bereits jetzt ist er verpflichtet die Miete von 422,84 € zu bezahlen.

Mit der Annahme, dass die Familie Familienbeihilfe und in weiterer Folge Kinderbeihilfe beziehen kann wäre dies für die finanzielle Situation keine Herausforderung gewesen. Da die Familie ja schon bewiesen hat, dass sie sehr sparsam leben kann.

Leider wurde Familienbeihilfenantrag der 19.09.08 negativ abgelehnt wogegen Berufung eingelegt wurde.

Da er keine Familienbeihilfe bekommt und auch kein Kinderbetreuungsgeld ist nun auch sein Einkommen für die Mietzinsbeihilfe zu gering.

Hr. T. (er lebt seit 04.07.1999 legal in Wien) geht sobald es seine Pflichten als Vater zulassen wieder arbeiten bis dahin sind sie jedoch auf die Familienbeihilfe angewiesen.

Die ganze Familie lebt legal in Österreich (s. Anmeldebescheinigungen) und sind mit dem Vater bei der WGKK mitversichert.

Ich ersuche Sie im Namen der Familie und der Wiener wohnen GesmbH, der Familie die Familienbeihilfe zu gewähren."

Der Mietvertrag wurde vorgelegt; ebenso eine Bestätigung über die Bezahlung der Miete, über den Bezug von Arbeitslosengeld bzw. ab 12.07.2008 von Notstandshilfe, einer Heiratsurkunde aus der Türkei und schließlich auch einer aus Österreich (Eheschließung am 26.01.2009).

Im aktenskundigen Versicherungsdatenauszug betr. den Partner der Bw. scheint allerdings keine Beschäftigung bei der genannten Glaserei Tn. auf.

Im Vorlagebericht bezweifelte das Finanzamt trotz Vorliegen einer „EWR-Anmeldebescheinigung“ für die Kinder – eine „EWR-Anmeldebescheinigung“ für die Bw. fand sich nicht in den vorgelegten Akten, wurde jedoch über Ersuchen dem UFS direkt zur Verfügung gestellt - das Vorliegen eines rechtmäßigen Aufenthaltes im Sinne von §§ 8 und

9 NAG: Die Antragstellerin sei im Bundesgebiet nicht erwerbstätig gewesen und ein wesentlicher Teil der Lebenshaltungskosten sei aus Mitteln der Sozialhilfe bestritten worden.

Der UFS nahm in die die Bw. betreffenden **Akten der Magistratsabteilung 35** (=MA 35), die u.a. für die Ausstellung von „EWR-Anmeldebescheinigungen“ zuständig ist, **Einsicht**.

Lt. ihrem Antrag auf Ausstellung einer Anmeldebescheinigung befand sich die Bw. bereits seit 11.12.2006 in Österreich, brachte den Antrag aber erst am 16.11.2007 bei der MA 35 ein. Als Begründung führte sie an „Angehöriger wird Ehegatte“.

Seitens der MA 35 wurden

aktuelle eigene Einkommensnachweise der Bw. („kein Lohnzettel ihres Lebensgefährten, da sie mit ihm nicht verheiratet ist“),

Schulbesuchsbestätigungen

die Geburtsurkunde und ein Krankenversicherungsnachweis des 2006 geborenen Kindes,

und eine Heiratsurkunde

abverlangt.

Später wurde auch eine aktuelle Lohnbestätigung und ein Versicherungsauszug des Partners der Bw. abverlangt.

Der Partner der Bw. teilte der MA 35 mit Schreiben vom 07.02.2008 mit, dass er mit der Bw. seit 3 Jahren zusammenlebe und der Vater der beiden in den Jahren 2006 und 2008 geborenen Kinder sei.

Zwar sei er von seiner früheren Frau in Österreich seit 03.07.2006 geschieden, habe aber noch „keine türkische Bestätigung“ seiner Scheidung erhalten. Er möchte für die Bw. und seine eigenen Kinder sorgen und den Unterhalt beschaffen. Die Anmeldebescheinigung für die Bw. und ihre Kinder sei für ihn wichtig.

Anstelle der verlangten Unterlagen langte am 06.03.2008 bei der MA 35 ein mit **12.12.2007** datiertes Schreiben eines Malerbetriebes ein, in dem „bestätigt“ wird, dass der Partner der Bw. „in unserem Betrieb wieder **ab 10.03.2008**“ als Arbeiter **aufgenommen werde**.

(Ende Mai 2009 wurde eine Arbeits- und Lohnbestätigung eines anderen Unternehmens für den nunmehrigen Gatten der Bw. vorgelegt.)

Im Schreiben der MA 35 an die Bw. vom 13.02.2008, welches als Betreff „Gemeinschaftsrechtliches Niederlassungsrecht/Dokumentation Mitteilung gemäß

§ 55 Abs. 1 NAG, Fehlen des Niederlassungsrechtes; Befassung der Fremdenpolizeibehörde wegen Nichtvorliegen der Voraussetzungen“ aufweist, geht Folgendes hervor:

„Sie haben am 16.11.2007 Anträge auf Erteilung von Anmeldebescheinigungen für Sie und Ihre Kinder Mi, Bo, Mu (alias: C) gestellt. Am 12.02.2008 haben Sie den Antrag auf Erteilung einer Anmeldebescheinigung für Ihr neugeborenes Kind Tv I gestellt. Sie begründeten Ihren Aufenthalt mit dem Zweck „Angehörige“, da Ihr Lebensgefährte und Vater Ihrer letzten 2 Kinder, Herr T. U , geb. am AA.AA.1979 (türk. Staatsbürger, Inhaber eines Niederlassungsnachweises in Österreich) Sie heiraten möchte.

Sie leben seit Dezember 2006 in Österreich. Bis November 2007 haben Sie sich um Legalisierung Ihres Aufenthaltes nicht gekümmert. Sie haben kein eigenes Einkommen. Die ganze Familie wohnt im Haus K (betreutes wohnen). Allerdings sind Sie und Ihre 4 Kinder mit Herrn T. mitversichert. Er arbeitet und hat lt. Lohnzettel vom November 2007 1.282,02 € netto monatlich zur Verfügung. Herr T. war vom 09.11.2001 bis 03.07.2006 mit einer öst. Staatsbürgerin Frau CK, geb. BB.BB.1976, verheiratet. Laut seinen Angaben will er die Frau M heiraten, kann es aber nicht, weil seine Scheidung in der Türkei noch nicht gültig ist. Aber auch wenn Sie verheiratet wären, würde die Familie nicht genug monatliches Einkommen haben. Lt. Richtlinien sollen einem Ehepaar mit 4 Kindern 1.525,00 € zur Verfügung stehen. Außerdem hat das neugeborene Kind Tv I keinen Reisepass. Sie gaben bekannt, dass die Ausstellung eines bulgarischen Reisepasses ca. 7 Monate in Anspruch nimmt. Ein Reisepass oder Personalausweis und Nachweise über ausreichende Existenzmittel sind gem.

§ 53 Abs. 2 NAG zwingen vorzulegen.“

Die Fremdenpolizei teilte der MA 35 auf ihre Eingabe mit, dass aufgrund des Sachverhaltes „von ha. keine aufenthaltsbeendenden Maßnahmen beabsichtigt“ seien.

Die MA 35 stellte mit Datum 15.05.2008 sowohl für die Bw. als auch für ihre 4 Kinder EWR-Anmeldebescheinigung gem. § 9 NAG aus.

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

Strittig ist der Anspruch auf Familienbeihilfe für die 4 minderjährigen Kinder der Bw.

Gem. § 3 Abs. 1 FLAG 1967 in der ab 1.1.2006 gültigen Fassung haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn Sie sich nach §§ 8 und 9 NAG rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Da die Bw. und ihre 4 Kinder lt. Aktenlage alle die bulgarische Staatsbürgerschaft besitzen, kam für sie nur § 9 NAG in Frage.

Lt. Aktenlage lagen für die Bw. und ihre 4 Kinder erst ab 15.05.2008 EWR-Anmeldebescheinigungen vor.

Trotz der vorliegenden EWR-Anmeldebescheinigungen ging das Finanzamt davon aus, dass sich die Bw. und ihre 4 Kinder nicht rechtmäßig im Sinne des NAG in Österreich aufhalten.

Gem. § 51 Abs. 1 NAG sind EWR-Bürger, die ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch nehmen und sich länger als drei Monate im Bundesgebiet aufhalten, zur Niederlassung berechtigt, wenn sie

1. in Österreich **Arbeitnehmer** oder **Selbständige** sind;
2. für sich und ihre Familienangehörigen über eine **ausreichende Krankenversicherung** verfügen und nachweisen, dass sie über **ausreichende Existenzmittel** zur Bestreitung ihres Lebensunterhaltes verfügen, so dass sie während ihrer Niederlassung keine Sozialhilfeleistungen in Anspruch nehmen müssen, oder
3. eine Ausbildung bei einer rechtlich anerkannten öffentlichen oder privaten Schule oder Bildungseinrichtung absolvieren und die Voraussetzungen der Z 2 erfüllen.

Bei der Beurteilung der Voraussetzungen gem. § 51 NAG gelangte sowohl das Finanzamt als auch die MA 35 zur Überzeugung, dass die Voraussetzungen für einen **rechtmäßigen**, über 3 Monate währenden **Aufenthalt im Bundesgebiet nicht vorlagen**.

Die Bw. in ihre Kinder verfügten zwar über eine Mitversicherung beim Lebensgefährten und nunmehrigen Gatten, die Bw. bezog jedoch **weder selbständige noch nichtselbständige Einkünfte** und konnte auch **keinerlei ausreichende Existenzmittel** vorweisen, die ihr einen Aufenthalt im Bundesgebiet **ohne Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen ermöglichen**.

Diese Feststellung wurde der Bw. auch im Schreiben der MA 35 vom 13.02.2008 vorgehalten und wurde die Fremdenpolizei vom Nichtvorliegen der Voraussetzung in Kenntnis gesetzt.

Die Fremdenpolizei teilte der MA 35 jedoch mit Schreiben vom 08.07.2008 ohne eine nähere, nachvollziehbare Begründung anzuführen mit, dass keine aufenthaltsbeendenden Maßnahmen gegenüber der Bw. und ihren Kindern beabsichtigt seien.

Auf Grund dieser der MA 35 offenbar schon zuvor mitgeteilten Vorgangsweise war die MA 35 **gem. § 55 Abs. 2 NAG - trotz des Nichtvorliegens der Voraussetzungen** – gesetzlich verpflichtet, eine Anmeldebescheinigung für EWR-Bürger/-innen für die Bw. und ihre Kinder auszustellen.

Eine Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes als Vorfrage durch das Finanzamt war nur bis zur Entscheidung durch die hierfür zuständige MA 35 zulässig.

Auf Grund der ab 15.05.2008 vorliegenden Mitteilung liegt eine Entscheidung der zuständigen Behörde vor und war es dem Finanzamt daher verwehrt, die Frage des rechtmäßigen Aufenthaltes im Bundesgebiet als Vorfrage abweichend zu beantworten.

Da die Bw. durch die Vorlage der EWR-Anmeldebescheinigungen den Nachweis des rechtmäßigen Aufenthaltes im Sinne von § 3 Abs. 1 FLAG 1967 erbrachte (vergl. diesbezüglich auch Pkt. 03.01, Abs. 5 der Durchführungsrichtlinien zum Familienlastenausgleichsgesetz 1967) lagen die Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe ab Mai 2008 vor.

Der Bescheid vom 19.09.2008, mit dem der Antrag vom 19.05.2008 auf Gewährung von Familienbeihilfe für die 4 Kinder abgewiesen wurde, war somit aufzuheben.

Wien, am 24. Juni 2009