

## **IM NAMEN Die REPUBLIK!**

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter Dr. Ewald Rabensteiner in Die Beschwerdesache Bf gegen den Bescheid des Finanzamtes XY vom xx.yy.zzzz, Abweisungsbescheid betreffend Familienbeihilfe für den Zeitraum 01/2013 bis 05/2013 zu Recht erkannt:

Die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

### **Entscheidungsgründe**

Sachverhalt:

Der Beschwerdeführer (Bf) ist br Staatsbürger und mit seiner Familie im September 2012 nach Österreich eingereist und wurden Aufenthaltsgenehmigungen beantragt.

Seit März 2009 hat der Bf für den mj. Y, der r Staatsbürger ist, und zusätzlich ab Februar 2011 für die mj. S bis einschließlich Dezember 2012 bs Kindergeld bezogen. Leistungsempfänger war der Bf.

Ab Jänner 2013 hat der Bf Familienbeihilfe in Österreich beantragt.

Mit dem angefochtenen Bescheid hat das Finanzamt den Antrag auf Familienbeihilfe ab Jänner 2013 hinsichtlich Y L abgewiesen.

In der Begründung wurde ausgeführt, dass für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe besteht, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG) rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Trotz mehrmaliger Aufforderung und Hinweis auf die Rechtsfolgen ist der Bf seiner Mitwirkungspflicht nicht nachgekommen und hat nicht alle abverlangten Unterlagen vorgelegt. Aufgrund der Aktenlage musste der Antrag abgewiesen werden.

In der frist- und formgerechten Beschwerde wird eingewendet, bezüglich der Aufenthaltsgenehmigung des Sohnes ist es zu erheblichen Verzögerungen gekommen. Die MA 45 bestand auf einer Geburtsurkunde für den Sohn und musste ein Familienmitglied in Rn mit einer notariellen Vollmacht die Papiere im Geburtsort beantragen, von dort wurde der Antrag von der Behörde zu einer höheren Dienststelle weitergeleitet, bevor er dann von dem Familienmitglied abgeholt und versendet werden konnte. Dieser Versand ist zur Krönung auch noch einmal verloren gegangen. Von der MA 45 erhielt der Bf die Auskunft, dass der Aufenthalt des Sohnes in Österreich während der Dauer des Antragsverfahrens nicht unrechtmäßig ist. Auch ist der Bf seinen Mitwirkungspflichten nachgekommen, da er sich bisher sehr geduldig gezeigt hat und ohne öffentliche Gelder sehr hohe finanzielle Aufwendungen hatte und jede Veränderung mitgeteilt hat.

Zwischenzeitlich ist die BR zu der Erkenntnis gekommen, dass wir unseren gewöhnlichen Aufenthalt und die Einkommensteuerpflicht des Bf seit September 2012 in Österreich haben und fordert Kindergeld zurück. Die Rückzahlung wurde zwischenzeitlich geleistet.

Die teilweise stattgebend Beschwerdevorentscheidung (BVE) wird vom Finanzamt wie folgt begründet:

Gemäß § 3 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) besteht Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG) rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in dem Erkenntnis vom 31.03.2008, 2008/18/0094 unter Anwendung der §§ 81 und 82 NAG ausgesprochen, dass auch nach der ab dem 01.01.2006 anzuwendenden Rechtslage nach dem NAG der Aufenthalt eines Fremden erst mit der Erteilung einer Niederlassungsbewilligung und nicht schon nach der Stellung eines darauf abzielenden Antrages rechtmäßig ist.

Da im berufungsgegenständlichen Fall die Anspruchsvoraussetzungen des § 3 FLAG 1967 hinsichtlich eines rechtmäßigen Aufenthaltes des Kindes nach den §§ 8 und 9 erst ab 06/2013 vorliegen, konnte der Berufung ab 06/2013 entsprochen werden. Der Zeitraum 01/2013 - 05/2013 war jedoch abzuweisen.

Im Vorlageantrag wird ergänzend ausgeführt:

Nachzahlung bzw. Ausgleichszahlung der Familienbeihilfe etc. von September 2012 bis Dezember 2012 für die Kinder Y und S, für das Kind Y von Januar 2013 bis Mai 2013.

Dieser Widerspruch gilt zur Fristwahrung und gleichzeitig wird bei der nationalen europäischen Kommission "SOLVIT" um Vertretung meiner Interessen ersucht. Weitere Begründungen dieser sachkundigen Kommission werden ggf. folgen.

Als Begründung gebe ich hiermit an:

Ich bin br Staatsangehöriger und als solcher Staatsbürger einer Vertragspartei des Übereinkommens über den europäischen Wirtschaftsraum und Arbeitnehmer in Österreich. Nach § 4 Abs. 1 Z. 1 ASVG sind die bei einem Dienstgeber beschäftigten Dienstnehmer in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung versichert. Gemäß § 4 Abs. 6 ASVG handelt es sich um eine Pflichtversicherung. Ich bin somit nach den Bestimmungen des ASVG pflichtversichert, somit Arbeitnehmer im Sinne des Art. 1 der Verordnung und mit meinen Familienangehörigen von dem persönlichen Anwendungsbereich der Verordnung erfasst.

Wir sind im September 2012 in Österreich eingereist, gleichzeitig wurden entsprechende Aufenthaltsgenehmigungen beantragt.

Seit März 2009 wurden für den mj Y und zusätzlich ab Februar 2011 für die mj S bis einschließlich Dezember 2012 bs Kindergeld gezahlt. Leistungsempfänger war der Bf. In Österreich wurde Familienbeihilfe ab Januar 2013 beantragt. B forderte die Leistungen ab September 2012 den Betrag von 1.720 € zurück.

Hier hat das Finanzamt Wien sämtliche Nachweise und Dokumente erhalten.

Nach

- a. der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (VO bzw. Grundverordnung) und die Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (DVO bzw. Durchführungsverordnung) zuletzt geändert durch die Verordnung (EU) Nr. 465/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2012,
- b. der Verordnung (EU) Nr. 1231/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 zur Ausdehnung der Verordnung (EG) NT. 883/2004 und der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 auf Drittstaatsangehörige, die ausschließlich auf Grund ihrer Staatsangehörigkeit nicht bereits unter die Verordnung fallen (vgl. DA 212.24)
- c. den Verordnungen (EWG) Nr. 1408/71 und Nr. 574/72.
- d. der Verordnung (EG) Nr. 859/2003 des Rates vom 14. Mai 2003 zur Ausdehnung der Bestimmungen der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 und der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 auf Drittstaatsangehörige, die ausschließlich aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit nicht bereits unter diese Bestimmungen fallen, in Verbindung mit der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 und der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 (vgl. DA 212.24)
- e. zwischenstaatliche (zwei- oder mehrseitige) Vereinbarungen und Abkommen über Soziale Sicherheit.

Die Bestimmungen der Verordnungen haben als überstaatliches (supranationales) Recht Anwendungsvorrang gegenüber den Regelungen des nationalen Rechts. Dies bedeutet,

dass Bestimmungen des nationalen Rechts keine Anwendung finden, soweit ihnen überstaatliche Regelungen entgegenstehen. Die Anwendung des überstaatlichen Rechts darf nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH dabei grundsätzlich nicht zum Verlust von Ansprüchen führen, die allein nach nationalen Rechtsvorschriften bestehen.

In der Berufungsentscheidung des Finanzamtes Wien wurde dieses nicht berücksichtigt

Die Familienbeihilfe nach dem österreichischen FLAG 1967 ist eine regelmäßige Geldleistung im Sinne des Art. 4 Abs. 1 iVm Art. I Buchstabe u sublit. ii der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71. Sie fällt damit in den sachlichen Geltungsbereich der Verordnung.

Ich habe auf Grund der Normierung der Gleichbehandlung im Art. 3 der Verordnung die gleichen Rechte und Pflichten wie österreichische Staatsbürger. Es sind die gleichen rechtlichen Vorschriften wie auf österreichische Staatsbürger anzuwenden.

Mir stehen gemäß Art. 73 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 Anspruch auf Familienleistungen nach den österreichischen Rechtsvorschriften zu, zumal meine Familienangehörigen in Österreich wohnen. Dementsprechend sind unter Anwendung der Verordnung die Vorschriften des FLAG 1967 in der gleichen Weise wie für einen österreichischen Staatsbürger maßgeblich.

Als Familienangehörige bezeichnet Art. 1 lit. f sublit. i der Verordnung (EWG) Nr. 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 jedoch nur darum als Familienangehöriger oder Haushaltsangehöriger angesehen, wenn sie mit dem Arbeitnehmer, 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.

Die Verordnung verweist damit in ihrem Art. 1 lit. f sublit. i hinsichtlich der Definition der Familienangehörigen auf jene Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden. Die Familienleistungen werden in Österreich nach dem FLAG 1967 gewährt. Die Frage der Familienangehörigeneigenschaft im Sinne der Verordnung kann daher nur unter gemeinsamer Betrachtung der Bestimmung des Art. 1 lit. f sublit. i der Verordnung mit den Regelungen des FLAG 1967 beantwortet werden.

Die betreffenden österreichischen Rechtsvorschriften des FLAG lauten:

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. a FLAG 1967 haben Anspruch auf Familienbeihilfe Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, für minderjährige Kinder. Für volljährige Kinder besteht Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn die Kinder das 26. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und für einen Beruf ausgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist (§ 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967 in der für den Streitzeitraum geltenden Fassung).

Anspruch auf Familienbeihilfe hat gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 jene 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. Im Sinne dieser Bestimmung sind Kinder einer Person deren Nachkommen, deren Wahlkinder und deren Nachkommen, deren Stiefkinder und deren Pflegekinder (§ 2 Abs. 3 FLAG 1967).

Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt ..... Ein Kind gilt bei beiden Elternteilen als haushaltszugehörig, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen (§ 2 Abs. 5 FLAG 1967). Zur Frage der Familienangehörigeneigenschaft der Stiefkinder im Sinne der Verordnung zurückkehrend ergibt sich daher:

Als Familienangehörige im Sinne der Verordnung gelten jene Personen, die nach den Bestimmungen des FLAG 1967 als Familienangehörige oder Haushaltsangehörige bezeichnet werden. Das FLAG 1967 kennt die Bezeichnung Familienangehörige nicht. Es kennt jedoch den Begriff der Haushaltszugehörigkeit und normiert im § 2 Abs. 2 FLAG 1967 die Haushaltszugehörigkeit als Anspruchsvoraussetzung. Im § 2 Abs. 5 FLAG 1967 wird die Haushaltszugehörigkeit definiert.

Dannach ist ein Haushaltszugehöriger jemand, der bei einheitlicher Wirtschaftsführung die Wohnung mit der haushaltsführenden Person teilt, wobei ein Kind bei beiden Eltern als haushaltszugehörig gilt, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen.

Da meine Ehefrau, sowie leibliche Mutter und ich einen gemeinsamen Haushalt führen und mein Stiefkind diesem gemeinsamen Haushalt angehört, gilt nach der Bestimmung des § 2 Abs. 5 letzter Absatz FLAG 1967 das Kind bei beiden Elternteilen als haushaltszugehörig.

Das minderjährige, in meinem Haushalt (gemeinsam mit der Kindesmutter/meiner Ehefrau) lebende, schulpflichtige Stiefkind Y ist also Familien- und Haushaltszugehöriger.

Die Definition, wer nach dem FLAG 1967 als Kind zu verstehen ist, findet sich im § 2 Abs. 3 FLAG 1967. Kinder sind demnach die Nachkommen, die Wahlkinder, die Stiefkinder und die Pflegekinder einer Person.

Zusammenfassend kann daher festgestellt werden, dass das FLAG 1967 den Begriff des Haushaltszugehörigen kennt und definiert. Die Definition der Haushaltszugehörigkeit ist untrennbar mit dem Kindesbegriff verbunden.

Gemeinsam mit der Definition des Kindesbegriffes im FLAG 1967, wobei das Gesetz Stiefkinder ebenso wie leibliche Kinder umfasst, ist die Frage der Familienangehörigeneigenschaft der Stiefkinder somit dahingehend zu beantworten, dass haushaltszugehörige leibliche Kinder gleichermaßen wie haushaltszugehörige Stiefkinder Familienangehörige im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 in Verbindung mit dem FLAG 1967 sind.

Somit ist das Kind Y Familienangehöriger im Sinne der Verordnung und in der Folge der Anwendung der Verordnung habe ich damit grundsätzlich einen Anspruch auf Familienbeihilfe nach Gemeinschaftsrecht.

Nach Bejahung des grundsätzlichen Anspruches auf Familienbeihilfe nach Gemeinschaftsrecht bedarf es der näheren Überprüfung, welcher der beiden betroffenen Mitgliedstaaten (B/Österreich) nun nach den Regeln der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 bzw. der zu ihrer Durchführung ergangenen Durchführungsverordnung (DVO), der Verordnung (EWG) Nr. 574/72, zur die Zahlung der Familienleistungen zuständig ist.

Diesbezüglich enthalten die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 und die Durchführungsverordnung (DVO), Verordnung (EWG) Nr. 574/72, Prioritätsregeln. Die in Frage kommenden Antikumulierungsbestimmungen sind Art. 76 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 und Art. 10 der Durchführungsverordnung (DVO), der Verordnung (EWG) Nr. 574/72. Der Umstand, dass die Anspruchsvoraussetzungen im Wohnstaat Österreich möglicherweise nicht erfüllt werden, ist dabei für die Anwendung des Art. 10 irrelevant (EuGH vom 7. Juni 2005, Rs C-543/03 Christine Dodl, Petra Oberhollenzer, Rn 61).

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 (§ 2 Abs. 8 FLAG 1967).

Gemäß § 10 Abs. 2 FLAG 1967 wird die Familienbeihilfe vom Beginn des Monats gewährt, in dem die Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt werden. Der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschlussgrund hinzukommt.

Ich/wir hoffen nunmehr auf eine gerechte, soziale Lösung.

Rechtslage:

§ 3 FLAG 1967 lautet:

- (1) Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 NAG 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.

In den Erkenntnissen vom 31.3.2008, 2008/18/0094, vom 26.11.2009, 2009/18/0061 und vom 29.5.2013, 2010/16/0175 hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass auch nach der ab 1.1.2006 anzuwendenden Rechtslage der Aufenthalt eines Fremden erst mit der Erteilung einer Niederlassungsbewilligung und nicht schon mit der Stellung eines darauf abzielenden Antrages rechtmäßig ist.

Nach der geltenden Rechtslage kommt es nach § 3 Abs. 1 und Abs. 2 FLAG 1967 darauf an, ob für den Anspruchsberechtigten (Abs. 1) und das anspruchsvermittelnde Kind (Abs. 2) ein aufrechter Aufenthaltstitel nach § 8 (oder nach § 9) NAG besteht (vgl. Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG-Kommentar, § 3 Rz 146).

Erwägungen:

Strittig ist die Frage, ob sich der Stiefsohn Y bis zur Ausstellung einer Aufenthaltsberechtigung rechtmäßig in Österreich aufgehalten hat.

Aufgrund der Aktenlage ergibt sich, dass Y ein Staatsbürger ist. Eine Aufenthaltskarte mit Gültigkeitsdauer vom 12.6.2013 bis 12.6.2018 wurde am 4.7.2013 übernommen. Dies wird auch seitens des Bf nicht bestritten.

Da die Bf ein Staatsbürger ist, sind auf ihn die Bestimmungen des Unionsrechtes anzuwenden. Der Bf hält sich somit rechtmäßig in Österreich auf.

Auf den Stiefsohn Y sind hingegen die Bestimmungen des Unionsrechtes nicht anwendbar, da er ein Staatsbürger ist.

Aufgrund dieser Umstände muss davon ausgegangen werden, dass sich der Stiefsohn bis zur Erteilung der Aufenthaltskarte nicht rechtmäßig in Österreich aufgehalten hat. Der Umstand, dass sich der Bf rechtmäßig in Österreich aufhält, kann nicht dazu führen, dass sich auch der Stiefsohn rechtmäßig in Österreich aufhält.

Die Ausnahmebestimmungen der Abs. 3, 4 und 5 des § 3 FLAG kommen mangels Vorliegen der Voraussetzungen nicht zum Tragen.

Da hinsichtlich des Stiefsohnes die Voraussetzungen des rechtmäßigen Aufenthaltes hinsichtlich des Zeitraumes Jänner bis Mai 2013 nicht vorliegen, konnte die Familienbeihilfe für diesen Zeitraum nicht gewährt werden und war insoweit die Berufung als unbegründet abzuweisen.

Auch der Umstand, dass der Bf in B das Kindergeld zurückzahlen musste, spielt für die Zuerkennung der Familienbeihilfe in Österreich keine Rolle. Der Umstand, dass nach deutschem Recht kein Anspruch auf Kindergeld besteht, begründet nicht automatisch einen Anspruch nach österreichischem Recht.

Da die Voraussetzungen nach § 3 Abs. 2 FLAG nicht erfüllt sind, muss auf die übrigen Voraussetzungen zum Bezug der Familienbeihilfe, insbesondere auf die Frage der Haushaltszugehörigkeit nicht mehr eingegangen werden.

Ergänzend ist noch auszuführen, dass auch österreichische Staatsbürger keinen Anspruch auf Familienbeihilfe haben, wenn sich das anspruchsvermittelnde Kind unrechtmäßig in Österreich aufhält.

Zulässigkeit einer Revision:

Da zur Rechtsfrage, ob der Aufenthalt eines Ausländers iSd § 3 Abs. 1 und 2 FLAG 1967 und §§ 8 und 9 NAG rechtmäßig ist, Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vorliegt, ist gegen dieses Erkenntnis eine (ordentliche) Revision nicht zulässig.