



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der D. T. W, vertreten durch Mag. Peter Zivic, Rechtsanwalt, 1010 Wien, Weihburggasse 20, gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 6/7/15 betreffend Familienbeihilfe für den Zeitraum 1. April 1998 bis 30. September 2002 entschieden:

Der Berufung wird stattgegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

### Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (Bw.) stammt aus Bosnien-Herzegowina. Sie bezieht für ihre Tochter J., die am xx.xx.1997 in Österreich geboren wurde, seit Oktober 2002 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag.

Im April 2003 stellte der steuerliche Vertreter den Antrag auf rückwirkende Gewährung von April 1998 bis September 2002.

Das Finanzamt wies den Antrag mit Bescheid vom 4. Juni 2003 mit folgender Begründung ab:

„Ihr Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe vom 18.3.2003 für das obgenannte Kind, das sich ständig im Ausland aufhält, wird für den obigen Zeitraum abgewiesen. Gemäß § 5 Abs. 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967, in der Fassung des Bundesgesetzblattes Nr. 201/1996, besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, grundsätzlich kein Anspruch auf Familienbeihilfe, sofern es nicht entsprechende zwischenstaatliche Regelungen gibt. Das Abkommen für soziale Sicherheit mit Bosnien, das diesbezügliche Regelungen beinhaltet, wurde mit 30.9.1996 gekündigt (Bundesgesetzblatt Nr.: 347/96). Somit ist die Rechtsgrundlage für die Gewährung der Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, weggefallen. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.“

Das Anbringen, den Antrag einstweilen fristwährend liegen zu lassen, ist als bloße Anregung zu werten, da für die Behörden gem. § 311 Bundesabgabenordnung Entscheidungspflicht besteht.“

Der steuerliche Vertreter der Bw. brachte gegen den Bescheid mit Schreiben vom 8. Juli 2003 fristgerecht Berufung ein und machte dazu folgende Ausführungen:

„...Wie aus den mit Antrag vom 22.4.2003 vorgelegten Unterlagen hervorgeht, hat sich die Berufungswerberin seit Anfang 1992 und hat sich das mj. Kind der Berufungswerberin seit dessen Geburt in Österreich am xx.xx.1997 ebenfalls ständig in Österreich (!) aufgehalten, weshalb die Berufungswerberin nach 60-ig monatigem ständigen Aufenthalt in Österreich, sohin ab Jänner 1997, grundsätzlich einen Anspruch auf Familienbeihilfe für ihr obgenanntes mj. Kind gemäß § 3 Abs. 2 FLAG hatte.

Mit Rücksicht auf die 5-jährige Antragsfrist des § 10 FLAG und die am 22.4.2003 erfolgte Antragstellung steht der Berufungswerberin ein Anspruch auf Familienbeihilfe für das mj. Kind effektiv jedoch jedenfalls ab April 1998 zu.

Es wird sohin beantragt, der vorliegenden Berufung Folge zu geben und den angefochtenen Bescheid aufzuheben bzw. dahingehend abzuändern, dass die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag für das mj. Kind ... ab April 1998 gewährt wird und somit die Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum ab April 1998 bis September 2002 nachgezahlt wird...“

Das Finanzamt erließ am 11. Juli 2006 eine Berufungsvorentscheidung und wies die Berufung mit folgender Begründung ab:

„Die Gewährung der Familienbeihilfe für das Kind J. konnte nicht erfolgen, da Sie weder einen Nachweis über Ihren Aufenthalt in Österreich noch eine für die Gewährung der Familienbeihilfe notwendige Beschäftigung hatten.

Ein illegaler Aufenthalt im Bundesgebiet berechtigt jedenfalls nicht zum Bezug der Familienbeihilfe.

Für den Zeitraum ab dem 7.8.2000 (pol. Meldung im 5. Bezirk) kann ebenfalls keine FB gewährt werden, da Sie keiner Beschäftigung nachgingen.“

Im seinem dagegen fristgerecht eingebrachten Vorlageantrag führte der steuerliche Vertreter der Bw. unter anderem Folgendes aus:

„Mit Berufungsvorentscheidung vom 11.7.2006, zugestellt am 13.7.2006, hat das Finanzamt Wien 6/7/15 die Berufung der Berufungswerberin gegen den abweisenden Bescheid vom 4.6.2003 betreffend die Gewährung von Familienbeihilfe für ein mj. Kind (...) ab April 1998 infolge bereits 60-monatigen ständigen Aufenthaltes der Berufungswerberin in Österreich gemäß § 3 Abs. 2 FLAG abgewiesen, weil sich die Berufungswerberin illegal im Bundesgebiet aufgehalten habe und (betrifft den Zeitraum ab 7.8.2000) weil sie keiner Beschäftigung nachging.“

Diese Auffassung des Finanzamtes Wien 6/7/15 ist unrichtig und entspricht nicht den vorgelegten Urkunden und Unterlagen sowie den bezughabenden gesetzlichen Bestimmungen, und zwar:

Gemäß § 3 Abs. 2 FLAG 1967 in der bis 31.12.2005 gültigen Fassung war allein der **tatsächliche ständige Aufenthalt** des Anspruchswerbers im Bundesgebiet seit mindestens sechzig Kalendermonaten maßgeblich. Das Vorliegen eines gültigen Aufenthalstitels war hingegen kein gesetzliches Tatbestandsmerkmal des § 3 Abs. 2 FLAG 1967 im hier antragsgegenständlichen Zeitraum.

Bis zur Neufassung des § 3 FLAG 1967, welche erst am 1.1.2006 in Kraft getreten ist (siehe die beigelegte Kopie der entsprechenden Änderung des FLAG 1967), war für den Anspruch auf Familienbeihilfe allein der tatsächliche Aufenthalt (mit oder ohne Aufenthalstitel) in Österreich maßgeblich, die Innehabung einer NAG-Karte bzw. eines sonstigen gültigen Aufenthalstitels war keine gesetzliche Voraussetzung für den Anspruch auf Familienbeihilfe. Erst seit der Novellierung des § 3 FLAG 1967 durch das BGBl. I, 100/2005, die wie gesagt erst am 1.1.2006 in Kraft getreten ist, ist die Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes des Anspruchswerbers des Kindes Tatbestandsvoraussetzung für den Familienbeihilfenanspruch.

Der tatsächliche ständige Aufenthalt der Berufungswerberin in Österreich als bosnischer Flüchtling und Vertriebene seit dem Jahr 1992 ist aufgrund der vorgelegten Unterlagen betreffend das seinerzeitige Verfahren wegen der Erlassung einer Ausweisung seitens der BPD Wien, Fremdenpolizeiliches Büro, nachgewiesen.

Wie aus der ebenfalls vorgelegten Rechtsauskunft des BM für Inneres vom 14.11.2002 zudem hervorgeht, war der Aufenthalt der Berufungswerberin entgegen der Ansicht des Finanzamtes Wien 6/7/15 auch rechtmäßig, weil die Berufungswerberin als bosnischer Flüchtling und Vertriebene ab ihrem Aufenthalt in Österreich zunächst ein vorübergehendes und später ein dauerndes Aufenthaltsrecht nach dem Bosnien-Sondergesetz, BGBl.Nr. 85/1998, hatte.“

Im Akt liegen weiters folgende entscheidungsrelevante Unterlagen:

- Niederschrift, aufgenommen mit der Bw. bei der Bundespolizeidirektion Wien, Fremdenpolizeiliches Büro, ..., am 2.2.2001

„...Ich halte mich meinen Angaben zu Folge durchgehend seit Anfang 1992 im Bundesgebiet auf.

Seitdem habe ich Österreich nicht verlassen. Ich habe nur einmal ein Visum für Österreich gehabt und zwar vom 02.02.1993 bis zum 30.03.1993. Ich habe mich zwar von der Adresse in Österreich abgemeldet, jedoch habe ich Österreich nie verlassen. Ich wusste, dass ich illegal war und habe ich mich deshalb nicht angemeldet. Ich weiß, dass ich bezüglich meines illegalen Aufenthaltes im Verwaltungswege bestraft wurde. Ich habe mich ab 1992 vorwiegend in Wien aufgehalten. Kurzfristig war ich auch in Traiskirchen oder in M..

Ich bin im Besitz eines gültigen Reisepasses.

Zu meinen persönlichen Verhältnissen befragt gebe ich an: Ich bin ledig und habe für eine Tochter Sorgepflichten. Meine Tochter wurde am 22.01.1997 in K. geboren. Der Vater des Kindes hat mich schon während der Schwangerschaft verlassen. Die Familienangehörigen leben in Bosnien. In Österreich leben mein Vater Z und meine Schwester S. Ich lebe weder mit meiner Schwester noch mit meinem Vater im gemeinsamen Haushalt.

Ich besuchte im Heimatland 8 Jahre die Grundschule und 3 Jahre Berufsschule.

Ich bin im Bundesgebiet seit dem 07.08.2000 in Wien 5., W-Gasse polizeilich gemeldet. Ich bin nicht Hauptmieter dieser Wohnung, sondern nur Untermieter der Wohnung.

In Österreich bin ich laut meinen Angaben privat bei der Wr. Städtischen kranken- und sozialversichert und gehe keiner legalen Beschäftigung nach. Eine Bestätigung darüber habe ich heute nicht bei mir. Zu meinen Unterhaltsmitteln befragt, gebe ich an, dass ich von meinem Vater und meiner Schwester finanziell unterstützt werde.

Auf Befragung gebe ich an, dass ich in meinem Heimatland weder strafrechtlich, noch politisch, noch im Sinne des § 57 FrG verfolgt werde. Ich bestätige, dass mir die Bedeutung des § 57 FrG mündlich zur Kenntnis gebracht wurde. Mir wird zur Kenntnis gebracht, daß ein Antrag gemäß § 75 FrG nur während eines Verfahrens zur Erlassung eines Aufenthaltsverbotes oder einer Ausweisung gestellt werden kann. Ich stelle derzeit keinen solchen Antrag.

Da ich mich seit dem 31.03.1993 unrechtmäßig, das heißt ohne erforderliche Aufenthaltsberechtigung, im Bundesgebiet aufhalte, werde ich im Verwaltungswege bestraft.“

- Sachverhaltsdarstellung vom 24. Juli 2002:

„Ergänzend zu meinem Antrag auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung vom 6.7.2000 darf ich den Sachverhalt wie folgt darstellen:

Ich bin Anfang 1992 als Flüchtling aus Bosnien und Vertriebene aus meiner Heimatstadt X nach Österreich gekommen. Ich bin orthodoxen Glaubensbekenntnisses. Eine Zeit lang (bis Anfang 1993) war ich im Flüchtlingslager in Traiskirchen als Kriegsvertriebene untergebracht, wo ich auch einen Asylantrag eingebracht habe (einen Bescheid bezüglich dieses Antrages habe ich nie bekommen). Anfang März 1993 holte mich meine Schwester S T, geb. P am 26.4.1962, derzeit wohnhaft in M., NO, in der Absicht nach Wien, für mich eine Aufenthaltsbewilligung zu erwirken. Mein Vater wohnte damals im 12. Bezirk. Ich hatte damals den alten jugoslawischen Reisepaß und um von meinen Rechten hinsichtlich einer Aufenthaltsberechtigung Gebrauch zu machen, benötigte ich einen neuen bosnischen Paß. Ich habe mich abermals an die bosnische Botschaft in Wien mit der Bitte tun die Ausstellung eines Passes gewandt. Meiner Bitte wurde damals nicht entsprochen, da die Botschaft moslemisch dominiert war und ich als Serbin keine Chance hatte, einen neuen Paß zu bekommen. Mir wurde immer wieder gesagt, daß weitere Überprüfungen notwendig seien und daß ich mich noch gedulden müsse. Meine

Heimatstadt war und ist auch heute zwischen den Kroaten und den Moslems geteilt, so daß die Behörden nicht willig waren, mir die notwendigen Unterlagen auszustellen, bis ich mein Glück in Banja Luka versucht und dort einen neuen Paß beantragt habe, den ich im April d.J. bekommen habe. Da ich, also, etwa 6 Jahre auf meinen Paß habe warten müssen, habe ich erst jetzt eine Niederlassungsbewilligung beantragt.

Am 22.1.1997 kam meine Tochter J. im Krankenhaus in K. auf die Welt. Bis vor kurzem haben wir bei meiner Schwester in M. gewohnt (sie hat dort ein Haus) und seit kurzem sind wir wieder in Wien und wohnen unentgeltlich in der Wohnung der Familie Y in 4., MS. Meine Schwester bezahlt für mich und meine Tochter eine private Krankenversicherung. Auch sonst unterstützt uns meine Schwester, aber auch die befreundeten Familien D und Y .

In meine Heimatstadt kann ich nicht mehr zurückkehren, da ich für die dortigen Behörden unerwünscht bin. Ich lebe ununterbrochen in Österreich seit September 1992 und habe Österreich nie verlassen. Somit war Österreich der Mittelpunkt meiner Lebensinteressen und jener meiner Tochter. Wir möchten in Österreich bleiben, da unser Integrationsprozess, wenn auch ohne Beschäftigung, fortgeschritten ist. Außerdem bedeuten wir keine Belastung für die öffentliche Hand, da wir krankenversichert sind und durch die Familie unterstützt werden.

Aus diesen Gründen ersuche ich, mir und meiner Tochter die Niederlassungsbewilligungen zu erteilen."

- Auszug aus dem Zentralen Melderegister, nach dem die Bw. erstmalig am 7. August 2000 in Österreich mit einem Hauptwohnsitz gemeldet war. Am 29. Mai 2002 erfolgte ein Wohnsitzwechsel nach 0000 Wien, E-gasse.
- Meldezettel von J., aus dem hervorgeht, dass diese ab 5. Juli 2000 in Traiskirchen gemeldet war und am 7. August 2000 nach 1050 Wien, W-Gasse, verzog. Die Bw. meldete mit selben Tag an derselben Adresse ihren neuen Hauptwohnsitz an.
- Mutter-Kind-Pass: Aus diesem ist zu ersehen, dass J. im Jahr 1997 regelmäßig untersucht wurde.
- Ablichtung eines Impfpasses, dem zu entnehmen ist, dass J. in den Jahren 1997, 1998 und 1999 Impfungen erhalten hat.

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

#### **Rechtsgrundlagen** (jeweils in der für den gesamten Streitzeitraum geltenden Fassung)

§ 3 Abs. 1 und 2 FLAG lauten:

„(1) Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet bei einem Dienstgeber beschäftigt sind und aus dieser Beschäftigung Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit oder zufolge einer solchen Beschäftigung Bezüge aus der gesetzlichen Krankenversicherung im Bundesgebiet beziehen; kein Anspruch besteht jedoch, wenn die Beschäftigung nicht länger als drei Monate dauert. Kein Anspruch besteht außerdem, wenn die Beschäftigung gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer verstößt.

(2) Abs. 1 gilt nicht für Personen, die sich seit mindestens sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten, sowie für Staatenlose und für Flüchtlinge im Sinne des Art. 1 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951, BGBl. Nr. 55/1955, und des Protokolls über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, BGBl. Nr. 78/1974.“

Nach § 2 Abs. 8 FLAG haben

„Personen, die sowohl im Bundesgebiet als auch im Ausland einen Wohnsitz haben, ... nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Bundesgebiet haben und sich die Kinder ständig im Bundesgebiet aufhalten. Eine Person hat den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.“

Kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht nach § 5 Abs. 3 (bis 31.12.2000 Abs. 4) FLAG für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

Nach § 167 Abs. 2 BAO hat die Abgabenbehörde unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht.

### **Als erwiesen angenommener Sachverhalt**

Der unabhängige Finanzsenat sieht es in freier Beweiswürdigung als erwiesen an, dass die von der Bw. am 2. Februar 2001 vor der Bundespolizeidirektion Wien, Fremdenpolizeiliches Büro, in einer Niederschrift festgehaltenen Aussagen der Wahrheit entsprechen und sich die Bw. tatsächlich seit Anfang 1992 – wenn auch illegal – in Österreich aufhält. Da diese Aussage ohne Zusammenhang mit einem Familienbeihilfenverfahren erfolgt ist, und sich die Bw. in Hinblick auf ihren (teilweise) illegalen Aufenthalt selbst belastet hat, kommt ihr auch unter diesem Aspekt Glaubwürdigkeit zu.

Dass sich auch die Tochter der Bw. seit ihrer Geburt am 22. Jänner 1997 in K. ständig in Österreich aufhält, wird ebenfalls nicht bezweifelt. Diese Annahme wird dadurch untermauert, dass aus dem Mutter-Kind-Pass zu ersehen ist, dass J. allein im Jahr 1997 in Österreich mindestens fünf Mal untersucht wurde (22. Jänner, 14. Februar, 17. April, 28. April, 11. Dezember). Auch aus dem Impfpass ist zu ersehen, dass die Tochter der Bw. regelmäßig geimpft wurde.

### **Rechtliche Würdigung**

In der Begründung zur Berufungsentscheidung führt das Finanzamt aus, dass ein illegaler Aufenthalt in Österreich nicht zum Bezug der Familienbeihilfe berechtige. Im Erstbescheid und im Vorlagebericht wird hingegen darauf verwiesen, das Kind habe sich im genannten Zeitraum im Ausland befunden.

Hierzu ist Folgendes festzustellen:

Zunächst ist der steuerliche Vertreter insofern im Recht, als es nach § 3 Abs. 2 FLAG in der im Streitzeitraum geltenden Fassung ausschließlich darauf ankam, ob der tatsächliche ständige Aufenthalt im Inland mindestens 60 Kalendermonate gedauert hat. Nicht entscheidend war es, ob dieser Aufenthalt rechtmäßig war. Auch der polizeilichen Meldung kommt nur Indizcharakter zu.

Somit kann ein Anspruch auf Familienbeihilfe nur dann verneint werden, wenn die Bw. im Streitzeitraum nicht den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Inland gehabt oder deren Tochter sich ständig im Ausland aufgehalten hätte (§ 2 Abs. 8 und § 5 Abs. 3 FLAG).

Für diese Annahme ergibt sich aber aus der Aktenlage kein Anhaltspunkt, weshalb der Berufung stattgegeben und der angefochtene Bescheid aufgehoben wird.

Wien, am 10. April 2008