



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., W, vom 2. März 2012 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 4/5/10 vom 3. Februar 2012 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab August 2010 entschieden:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird, soweit der Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe ab März 2011 abgewiesen wird, aufgehoben.

Im Übrigen, soweit der Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe für den Zeitraum August 2010 bis Februar 2011 abgewiesen wird, wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

### **Entscheidungsgründe**

Die Berufungswerberin (Bw.), eine serbische Staatsbürgerin, beantragte am 9.12.2011 die Gewährung von Familienbeihilfe für ihre minderjährige Enkelin, E, ab 25.8.2010, dem Tag ihrer Einreise nach Österreich.

Das Finanzamt ersucht die Bw. mit Schreiben vom 16.1.2012 um die Vorlage von Nachweisen, dass sich die Bw. und ihrer Enkelin rechtmäßig in Österreich aufhielten. Darüber hinaus wurde die Frage nach dem Aufenthalt der Eltern von E gestellt und sowohl der Nachweis, dass die Bw. die Unterhaltskosten ihrer Enkelin überwiegend trage, als auch die Vorlage eines Obsorgebeschlusses verlangt.

Die Bw. legte Meldebestätigungen für sich und ihre Enkelin, Geburtsurkunden ihrer Enkelin und ihres Sohnes, eine Zustimmungserklärung der Eltern, dass sich die Bw. um ihre Tochter kümmern dürfe, sowie Aufenthaltstitel für sich und ihre Enkelin, Schulbestätigungen für die Schuljahre 2010/2011 und 2011/2012 sowie eine Wohnrechtsvereinbarung zwischen ihr und ihrer Enkelin vor.

Mit Bescheid vom 3.2.2012 wurde der Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe für die Enkelin der Bw. ab August 2010 unter Verweis auf die Bestimmungen der §§ 2 Abs. 3 und 3 Abs. 2 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 (FLAG 1967) mit der Begründung abgewiesen, die Bw. habe die abverlangten Unterlagen nicht vorgelegt.

In der fristgerecht eingebrachten Berufung verwies die Bw. darauf, dass sie die oben genannten Dokumente dem Finanzamt vorgelegt habe und legte ihrem Schreiben Kopien dieser Dokumente bei.

Mit Schreiben vom 19.3.2012 forderte das Finanzamt die Bw. auf, einen Nachweis für den rechtmäßigen Aufenthalt in Österreich für sich und ihre Enkelin zu erbringen und die Formulare E 411 und 401 insbesondere unter Angabe der Daten der Eltern der Enkelin ausgefüllt zu übermitteln.

Die Bw. übermittelte die Kopie der NAG-Karte ihrer Enkelin, ein Schreiben der MA 35 bezüglich benötigter Unterlagen für die Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung der Enkelin, die ausgefüllten Formulare E 411 und 401, die aber keine Angaben zu den Eltern der Enkelin der Bw. enthielten.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 2.5.2012 wurde die Berufung mit der Begründung als unbegründet abgewiesen, die Bw. sei der Aufforderung des Finanzamtes, entsprechende Angaben zu den Eltern der Enkelin der Bw. zu machen, nicht nachgekommen.

Im rechtzeitig eingebrachten Vorlageantrag wandte die Bw. ein, sie sei der Aufforderung des Finanzamtes nachgekommen und habe die geforderten Unterlagen übermittelt.

Im Zuge des vom Unabhängigen Finanzsenat durchgeführten Ermittlungsverfahrens wurde die Bw. darauf hingewiesen, dass ein Anspruch auf Gewährung von Familienbeihilfe nur dann bestehe, wenn weder Sie noch die leiblichen Eltern ihrer Enkelin in Serbien einen Anspruch auf eine gleichartige Beihilfe hätten. Sie werde daher ersucht, eine Bestätigung der in Serbien zuständigen Behörde vorzulegen, dass für die Enkelin in Serbien kein Anspruch auf eine der österreichischen Familienbeihilfe gleichartige Beihilfe bestehe. Sofern sie Namen und Adresse der leiblichen Eltern Ihrer Enkelin bekanntgebe, könne auch das Finanzamt bei der zuständigen Behörde in Serbien nachfragen.

Darüber hinaus wurde ihr bekanntgegeben, dass den Kopien der Aufenthaltstitel ihrer Enkelin, die im Finanzamtsakt aufliegen, ein rechtmäßiger Aufenthalt ihrer Enkelin in Österreich erst ab 25.3.2011 entnommen werden könne. Sie werde daher ersucht, einen Nachweis zu erbringen (Bestätigung der MA 35), dass sich ihre Enkelin vorher auch schon rechtmäßig im Inland aufgehalten habe.

Die Bw. legte in der Folge eine Bestätigung der MA 35 über erteilte Aufenthaltstitel vor, der zufolge ab 25.3.2011 eine Bewilligung für den Aufenthalt im Inland für die Enkelin der Bw. besteht. Des Weiteren legte sie eine beglaubigt übersetzte Bescheinigung der Gemeindeverwaltung der serbischen Heimatstadt ihrer Enkelin vor, aus der sich lediglich entnehmen lässt, dass die Eltern ihrer Enkelin in vergangener Zeit kein Kindergeld für diese erhalten haben.

Über Aufforderung, eine Bescheinigung vorzulegen, aus der hervorgehe, seit wann kein Anspruch auf Kindergeld bestehe, übermittelte die Bw. eine Bescheinigung, dass für ihre Enkelin seit 1.8.2010 kein Anspruch auf Kindergeld in Serbien besteht.

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

Folgender Sachverhalt wird der Entscheidung zu Grunde gelegt:

Die Bw., eine serbische Staatsbürgerin, verfügt seit 14.12.2000 über eine unbefristete Niederlassungsbewilligung (vgl. vorgelegten Aufenthaltstitel), ist seit 1994 in Österreich nichtselbständig tätig, bzw. nunmehr in Pension (vgl. Abgabensinformationssystem des Bundes) und hat ihren Hauptwohnsitz in Österreich (vgl. Zentralmelderegisterauszug). Ihre im Februar.1994 geborene Enkelin, ebenfalls serbische Staatsbürgerin, besuchte im Schuljahr 2010/2011 die Schule und im Schuljahr 2011/12 das Gymnasium (vgl. Bestätigungen der Schulen). Ihr wurden für den Zeitraum 25.3.2011 bis 15.3.2013 Aufenthaltsbewilligungen zur Ermöglichung eines Schulbesuches in Österreich erteilt (vgl. Bestätigung der MA 35).

In Serbien besteht für die Enkelin der Bw. seit 1.8.2010 kein Anspruch auf Kindergeld (vgl. vorgelegte Bescheinigung).

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus den oben genannten Unterlagen sowie hinsichtlich der Feststellung, dass es sich bei E um die Enkelin der Bw. handelt, aus den von dieser vorgelegten Geburtsurkunden von E und S, aus denen ersichtlich ist, dass S der Vater von E und der Sohn der Bw. ist.

Der festgestellte Sachverhalt ist in folgender Weise rechtlich zu würdigen:

Gemäß [§ 2 Abs. 1 lit. a und b Familienlastenausgleichsgesetz 1967](#) (FLAG 1967) haben Anspruch auf Familienbeihilfe Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben,

a) für minderjährige Kinder,

b) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist. ...

Da die zunächst minderjährige Enkelin der Bw. nach Erreichen der Volljährigkeit weiterhin die Schule besuchte und damit einer Berufsausbildung nachging, erfüllt sie die in [§ 2 Abs. 1 FLAG 1967](#) festgelegten Kriterien für die Gewährung von Familienbeihilfe.

Anspruch auf Familienbeihilfe für ein in [§ 2 Abs. 1 FLAG 1967](#) genanntes Kind hat gemäß [§ 2 Abs. 2 FLAG 1967](#) zunächst die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört. Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind gemäß [§ 2 Abs. 5 FLAG 1967](#) dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt.

Gemäß [§ 2 Abs. 3 lit a FLAG 1967](#) sind im Sinne dieses Abschnittes Kinder einer Person zunächst deren Nachkommen.

Im Hinblick darauf, dass die Bw. für ihre Enkelin, die als ihr Kind im Sinne des [§ 2 Abs. 3 lit. a FLAG 1967](#) gilt, sorgt und sich mit dieser eine Wohnung teilt, werden auch die Voraussetzungen des [§ 2 Abs. 2 FLAG 1967](#) erfüllt.

Gemäß [§ 2 Abs. 8 FLAG 1967](#) haben Personen 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.

Die Bw. lebt und arbeitet seit 1994 in Österreich und hat nunmehr auch in ihrer Pension weiterhin in Österreich ihren Hauptwohnsitz, weshalb davon auszugehen ist, dass sie den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Inland hat, womit auch die diesbezüglichen Voraussetzungen für die Gewährung von Familienbeihilfe erfüllt werden.

Gemäß [§ 5 Abs. 3 FLAG 1967](#) besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

Da die Enkelin der Bw. nachweislich in den Schuljahren 2010/11 und 2011/12 in Österreich die Schule besucht hat, ist gewährleistet, dass sie sich nicht dauernd im Ausland aufgehalten haben kann.

Gemäß [§ 3 Abs. 1 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.

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

Gemäß [§ 8 Abs. 1 NAG](#) in der derzeit geltenden Fassung werden Aufenthaltstitel erteilt als:

1. Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte“, der zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, für die eine schriftliche Mitteilung oder ein Gutachten gemäß §§ 12d oder 24 AuslBG erstellt wurde, berechtigt;
2. Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“, der zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit und einer unselbständigen Erwerbstätigkeit gemäß § 17 AuslBG berechtigt;
3. Aufenthaltstitel „Blaue Karte EU“, der zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, für die eine schriftliche Mitteilung gemäß § 12d Abs. 2 Z 4 AuslBG erstellt wurde, berechtigt;
4. „Niederlassungsbewilligung“, die zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer selbständigen und einer unselbständigen Erwerbstätigkeit, für die eine entsprechende Berechtigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz gilt, berechtigt;
5. „Niederlassungsbewilligung – ausgenommen Erwerbstätigkeit“, die zur befristeten Niederlassung ohne Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt;
6. „Niederlassungsbewilligung – Angehöriger“, die zur befristeten Niederlassung ohne Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt; die Ausübung einer Erwerbstätigkeit ist nur auf Grund einer nachträglichen quotenpflichtigen Zweckänderung erlaubt;
7. Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – EG“ für die Dokumentation des unbefristeten Niederlassungsrechts, unbeschadet der Gültigkeitsdauer des Dokuments;
8. Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ für die befristete Niederlassung mit der Möglichkeit, anschließend einen Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – Familienangehöriger“ (Z 9) zu erhalten;
9. Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – Familienangehöriger“ für die Dokumentation des unbefristeten Niederlassungsrechts, unbeschadet der Gültigkeitsdauer des Dokuments;

10. „Aufenthaltsbewilligung“ für einen vorübergehenden befristeten Aufenthalt im Bundesgebiet zu einem bestimmten Zweck (§§ 58 bis 69a NAG).

Gemäß [§ 8 Abs. 1 NAG](#) in der bis 31.6.2011 geltenden Fassung wurden Aufenthaltstitel erteilt als:

1. „Niederlassungsbewilligung“ für eine nicht bloß vorübergehende befristete Niederlassung im Bundesgebiet zu einem bestimmten Zweck (Abs. 2) mit der Möglichkeit, anschließend einen Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt - EG“ (Z 3) zu erlangen;
2. Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ für die befristete Niederlassung mit der Möglichkeit, anschließend einen Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt - Familienangehöriger“ (Z 4) zu erhalten;
3. Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt - EG“ für die Dokumentation des unbefristeten Niederlassungsrechts, unbeschadet der Gültigkeitsdauer des Dokuments;
4. Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt - Familienangehöriger“ für die Dokumentation des unbefristeten Niederlassungsrechts, unbeschadet der Gültigkeitsdauer des Dokuments;
5. „Aufenthaltsbewilligung“ für einen vorübergehenden befristeten Aufenthalt im Bundesgebiet zu einem bestimmten Zweck (§§ 58 bis 69 und § 72) mit der Möglichkeit, anschließend eine Niederlassungsbewilligung zu erlangen, sofern dies in diesem Bundesgesetz vorgesehen ist.

Nach § 8 Abs. 2 leg. cit. wurden Niederlassungsbewilligungen gemäß Abs. 1 Z 1 erteilt als:

1. „Niederlassungsbewilligung - Schlüsselkraft“, die zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, für die eine schriftliche Mitteilung oder ein Gutachten nach §§ 12 Abs. 4 oder 24 AuslBG erstellt wurde, berechtigt;
2. „Niederlassungsbewilligung - ausgenommen Erwerbstätigkeit“, die zur befristeten Niederlassung ohne Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt;
3. „Niederlassungsbewilligung - unbeschränkt“, die zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit und einer unselbständigen Erwerbstätigkeit gemäß § 17 AuslBG berechtigt;
4. „Niederlassungsbewilligung - beschränkt“, die zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer selbständigen und einer unselbständigen Erwerbstätigkeit, für die eine entsprechende Berechtigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz gilt, berechtigt;

5. "Niederlassungsbewilligung - Angehöriger", die zur befristeten Niederlassung ohne Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt; die Ausübung einer Erwerbstätigkeit ist nur auf Grund einer nachträglichen quotenpflichtigen Zweckänderung erlaubt.

Gemäß [§ 11 Abs. 2 lit. A Zif. 1 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz-](#)

[Durchführungsverordnung](#) gilt eine nach dem Fremdenengesetz 1997, BGBl. I Nr. 75 in der Fassung der FrG-Novelle 2002, BGBl. I Nr. 126 und zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 100/2005, erteilte Aufenthalts- und Niederlassungsberechtigung

"Niederlassungsbewilligung jeglicher Aufenthaltszweck" gemäß § 13 Abs. 2 FrG als

"Niederlassungsbewilligung beschränkt" gemäß § 8 Abs. 1 Zif. 1 iVm [§ 8 Abs. 2 Zif. 4 NAG](#) in der bis 30.6.2011 geltenden Fassung

Gemäß [§ 11 Abs. 3 Zif. 1 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz-Durchführungsverordnung](#)

gelten Aufenthalts- und Niederlassungsberechtigungen nach § 11 Abs. 2 lit. A Z 1, 4, 5, 6 und 7 sowie nach lit. B, C und D als Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – EG“, sofern die Aufenthalts- und Niederlassungsberechtigungen vor dem In-Kraft-Treten des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes unbefristet erteilt worden sind.

Die der Bw. erteilte unbefristete "Niederlassungsbewilligung jeglicher Aufenthaltszweck" entspricht demnach nunmehr dem Niederlassungstitel "Daueraufenthalt – EG" nach [§ 8 Abs. 1 Zif. 7 NAG](#). Die Bw. verfügte daher im gesamten Streitzeitraum über einen gültigen NAG-Titel und damit über die Voraussetzungen nach [§ 3 Abs. 1 FLAG 1967](#).

Gemäß [§ 63 Abs. 1 NAG](#) kann Drittstaatsangehörigen eine Aufenthaltsbewilligung für Schüler ausgestellt werden, wenn sie die Voraussetzungen des 1. Teiles erfüllen und

1. ordentliche Schüler einer öffentlichen Schule sind;
2. ordentliche Schüler einer Privatschule mit Öffentlichkeitsrecht sind;
3. Schüler einer Statutschule mit Öffentlichkeitsrecht nach § 14 Abs. 2 lit. b des Privatschulgesetzes, BGBl. Nr. 244/1962, sind;
4. Schüler einer zertifizierten nichtschulischen Bildungseinrichtung sind (§ 70) oder
5. außerordentliche Schüler einer Schule nach Z 1 oder 2 sind, soweit es sich um die erstmalige Ausstellung einer Aufenthaltsbewilligung handelt.

Soweit die Enkelin der Bw. über einen Aufenthaltstitel "Schüler" und somit über einen NAG-Titel nach [§ 8 Abs. 1 Zif. 10 NAG](#) verfügt, erfüllt auch sie die Voraussetzungen für die Gewährung von Familienbeihilfe nach [§ 3 Abs. 2 FLAG 1967](#).

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 31.3.2008, 2008/18/0094, ausgesprochen, dass auch nach der ab dem 1. Jänner 2006 anzuwendenden Rechtslage nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz - NAG, BGBl. I Nr. 100/2005, der Aufenthalt eines Fremden erst mit der Erteilung einer Niederlassungsbewilligung und nicht schon nach der Stellung eines darauf abzielenden Antrags rechtmäßig ist (vgl. auch *Aigner/Wanke* in *Csaszar/Lenneis/Wanke*, FLAG, § 3 Rz 131).

Da der Enkelin der Bw. erst ab 25.3.2011 eine Aufenthaltsbewilligung gemäß [§ 8 Abs. 1 Zif. 10 NAG](#) erteilt wurde und sie sich damit erst ab diesem Zeitpunkt rechtmäßig im Sinne des [§ 3 Abs. 3 FLAG 1967](#) in Österreich aufhält, besteht erst ab März 2011 ein Anspruch auf Gewährung der Familienbeihilfe. Der Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe für den Zeitraum August 2010 bis Februar 2011 war daher abzuweisen.

Für den Zeitraum ab März ist festzuhalten, dass für die Enkelin der Bw. in Serbien seit 1.8.2010 kein Anspruch auf eine der Familienbeihilfe gleichartige Beihilfe besteht, und die Bw. damit auch nicht nach [§ 4 Abs. 1 FLAG 1967](#) vom Anspruch auf Familienbeihilfe ausgeschlossen ist.

Gemäß [§ 13 FLAG 1967](#) hat über Anträge auf Gewährung der Familienbeihilfe das nach dem Wohnsitz oder dem gewöhnlichen Aufenthalt der antragstellenden Person zuständige Finanzamt zu entscheiden. Insoweit einem Antrag nicht oder nicht vollinhaltlich stattzugeben ist, ist ein Bescheid zu erlassen.

Soweit der Antrag (für den Zeitraum August 2010 bis Februar 2011) abzuweisen war, wurde der angefochtene Bescheid vom Finanzamt zu Recht erlassen. Da aber ab März 2011 bis zumindest Februar 2012 (Monat des Ergehens des angefochtenen Bescheides) die Voraussetzungen für die Gewährung von Familienbeihilfe vorliegen, ist der bekämpfte Bescheid, soweit er über die Zeit ab März 2011 abspricht, ersatzlos aufzuheben, da das Gesetz für eine antragsgemäße Erledigung eine Bescheiderlassung nicht vorsieht.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 2. August 2012