



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 26. November 2009 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 3/11 Schwechat Gerasdorf vom 2. November 2009 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab September 2009 entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.), ein bulgarischer Staatsbürger, beantragte am 17. September 2009 die Zuerkennung der Familienbeihilfe für seine beiden minderjährigen Töchter X, geb. 2005, und Y, geb. 2008.

In dem Antrag gab der Bw. das Jahr seiner Einreise nach Österreich mit 2005, jenes seiner damaligen Lebensgefährtin (seiner nunmehrigen Ehegattin, der Mutter seiner Kinder) und seiner 2005 geborenen Tochter mit 2007 an. Seine Ehegattin und seine beiden minderjährigen Töchter sind so wie der Bw. bulgarische Staatsangehörige. Zum Beruf des Bw. wird "*selbständig*" angeführt. Die Kindererziehung erfolge in einem Haushalt gemeinsam mit der Partnerin.

Diesem Antrag beigelegt bzw. auch über Ergänzungsvorhalt des Finanzamtes vom 8. Oktober 2009, womit ein "*Einkommensnachweis bzw. Nachweis wovon der Lebensunterhalt bestritten wird*" sowie ein "*Nachweis über eine Krankenversicherung von der ganzen Familie*" abverlangt wurden, vorgelegt wurden folgende Unterlagen:

- Bestätigungen aus dem Zentralen Melderegister:

Danach besteht an dem im Antrag genannten Wohnort seit 13. Februar 2008 eine Hauptwohnsitzmeldung des Bw. und seiner Ehegattin; der Hauptwohnsitz der beiden Töchter des Bw. ist seit 20. Februar 2008 bzw. 13. März 2009 an derselben Adresse gemeldet.

- Auszug aus dem Gewerberegister der Bezirkshauptmannschaft Wien-Umgebung vom 22. Mai 2009:

Mit 19. Mai 2009 wurde für den Bw. die Gewerbeanmeldung "*Handelsgewerbe, Gewerbeart freies Gewerbe*", mit Standort an der Wohnsitzadresse des Bw. in das Gewerberegister bei der Bezirkshauptmannschaft eingetragen.

- Besuchsbestätigung des Landeskindergartens L.:

Die Leiterin des Kindergartens am Wohnort der Familie des Bw. in Österreich bestätigt, dass die 2005 geborene Tochter des Bw. "seit 7.9.2009 den Kindergarten täglich während der Zeit von 8:00 Uhr und 13:00 Uhr besucht".

- Beglaubigte Übersetzungen der Geburtsurkunden der Töchter des Bw. aus dem Bulgarischen
- Die e-cards aller vier Familienmitglieder in Kopie
- Saldenliste per Juni 2009 betreffend Vorsteuer, Umsatzsteuer, Erlöse und Ausgaben

Laut dem im Akt befindlichen Versicherungsdatenauszug der österreichischen Sozialversicherung vom 8. Oktober 2009 (beruhend auf den unter der Versicherungsnummer des Bw. im Zeitpunkt seiner Erstellung für den Zeitraum ab 01.01.2004 gespeicherten Angaben) war der Bw. "*von 01.05.2009 bis laufend*" als "*gewerbl. selbständig Erwerbstätiger SVA d.g.W., Lst. NÖ*" gemeldet.

Das Finanzamt wies mit Bescheid vom 2. November 2009 den Antrag des Bw. auf Familienbeihilfe für seine beiden Kinder für den Zeitraum ab September 2009 mit folgender Begründung ab:

„Gemäß § 3 Absatz 1 und 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) in Verbindung mit Artikel 12 EG-Vertrag besteht für EU/EWR Staatsangehörige Anspruch auf Familienleistungen, wenn sie sich nach § 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG) rechtmäßig in Österreich aufhalten und den Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich haben.

EU/EWR-Bürger, die nach Österreich eingereist sind und sich länger als drei Monate hier aufhalten, sind ÖsterreicherInnen in Bezug auf den Familienbeihilfenanspruch grundsätzlich nur dann gleichgestellt, wenn sie

- unselbständig oder selbständig erwerbstätig sind bzw.
- über ausreichende Existenzmittel und über eine ausreichende Krankenversicherung für sich und ihre Familienangehörigen verfügen.“

Gegen diesen Bescheid wurde mit Schriftsatz vom 26. November 2009 Berufung eingebracht. Der Begründung des Abweisungsbescheides, dass EU/EWR Bürger nur dann eine

Gleichstellung im Bereich der Familienbeihilfe erhielten, wenn diese Personen in Österreich versichert seien und einer unselbständigen oder selbständigen Tätigkeit nachgingen, was in Bezug auf den Bw. verneint worden sei, wurde in der Begründung zur Berufung entgegengehalten, dass die angeführte Steuernummer des Bw. bei demselben Finanzamt erkennen lasse, dass er bereits seit geraumer Zeit ein ordnungsgemäßes Einkommen habe und der Nachweis der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft die Versicherung des Bw. sowie die Mitversicherung seiner Kinder erkennen lasse. Unter Hinweis darauf, dass der Mittelpunkt des Lebensinteresses in Österreich sei und der Bw. als EU-Bürger in Österreich eine Aufenthaltberechtigung besitze, hielt er seinen Antrag auf Familienbeihilfe für die zwei genannten Kinder ab September 2009 aufrecht.

Über Aufforderung seitens des Finanzamtes, den Einkommensnachweis ab 09/2009 - laufend bzw. Existenzmittel, wovon der monatlich Lebensunterhalt bestritten werde und eine Aufstellung der monatlichen Lebenshaltungskosten (Miete; Strom; ...) vorzulegen, übermittelte der Bw. eine Aufstellung über die Lebenshaltungskosten (Einkünfte 850,00; Wohnungsmiete/Betriebskosten 250,00; Energiekosten 100,00; Lebenshaltungskosten [Reinigung, Kleidung, Essen/Trinken, Unterhaltung, Sonstiges] 350,00; in Summe 700,00) sowie die Saldenliste für die Periode April bis September 2009.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 27. Jänner 2010 wies das Finanzamt die Berufung als unbegründet ab; als Begründung wird zusätzlich zum bereits im Abweisungsbescheid enthaltenen Begründungswortlaut ausgeführt, dass aufgrund der vorgelegten Nachweise keine ausreichenden Existenzmittel bzw. Einkommen für den Bezug der Familienbeihilfe vorlägen.

Die folgenden Eingaben des Bw. – ein weiterer Antrag auf Familienbeihilfe für seine beiden Kinder (wobei in diesem Antrag zum Beruf "*Selbständig*" ergänzend angegeben wird "*Obst und Gemüsehandel beschäftigt seit Mai 2009*", der Beruf seiner Lebensgefährtin (der nunmehrigen Ehepartnerin) mit "*Hausfrau*" eingetragen ist und der Zeitpunkt für die Zuerkennung der Familienbeihilfe mit "*ab Sept. 2009*" präzisiert wird), die nochmalige Übermittlung der Berufungsschrift vom 26. November 2009 sowie weitere im bisherigen Verfahren bereits vorgelegte Unterlagen – wurden als Vorlageantrag gewertet.

Im weiteren Verfahren wurden vom Bw. – wie anlässlich der persönlichen Vorsprache des Bw. beim Finanzamt vereinbart – die Steuererklärungen für 2009 nachreicht.

Der Umsatz- und der Einkommensteuerbescheid für 2009 vom 7. Juni 2010 ergingen erklärungsgemäß.

Am 18. Jänner 2011 reichte der Bw. die Steuererklärungen für 2010 beim Finanzamt ein (siehe dazu im Erwägungsteil).

Im Ermittlungsverfahren durch den unabhängigen Finanzsenat legte der Bw. schließlich die Anmeldebescheinigungen für EWR-Bürger gemäß Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) für sich, seine Ehegattin und seine beiden Töchter, jeweils ausgestellt am 27. Jänner 2011 von der BH Wien-Umgebung, sowie die Einnahmen/Ausgaben-Rechnung für 2010 vor.

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. a Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für ihre minderjährigen Kinder.

Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben gemäß § 3 Abs. 1 FLAG in der seit 1.1.2006 geltenden Fassung 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.

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

Im Artikel 7 Absatz 1 der Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 ist über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, normiert:

Jeder Unionsbürger hat das Recht auf Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats für einen Zeitraum von über drei Monaten, wenn er

- a) Arbeitnehmer oder Selbständiger im Aufnahmemitgliedstaat ist oder
- b) für sich und seine Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel verfügt, sodass sie während ihres Aufenthaltes keine Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen müssen und er und seine Familienangehörigen über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz im Aufnahmemitgliedstaat verfügen oder
- c) - bei einer privaten oder öffentlichen Einrichtung, die von dem Aufnahmemitgliedstaat aufgrund seiner Rechtsvorschriften oder seiner Verwaltungspraxis anerkannt oder finanziert wird, zur Absolvierung einer Ausbildung einschließlich einer Berufsausbildung als Hauptzweck eingeschrieben ist und
 - über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz im Aufnahmemitgliedstaat verfügt und der zuständigen nationalen Behörde durch eine Erklärung oder durch jedes andere gleichwertige Mittel seiner Wahl glaubhaft macht, dass er für sich und seine Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel verfügt, so dass sie während ihres

Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen müssen, oder

d) ein Familienangehöriger ist, der den Unionsbürger, der die Voraussetzungen des Buchstabens a), b), oder c) erfüllt, begleitet oder ihm nachzieht.

Gemäß § 9 Abs. 1 NAG werden zur Dokumentation des gemeinschaftsrechtlichen Aufenthaltsrechts für mehr als drei Monate auf Antrag ausgestellt:

1. eine „Anmeldebescheinigung“ (§ 53) für EWR-Bürger, die sich länger als drei Monate in Österreich aufhalten, und
2. eine „Aufenthaltskarte für Angehörige eines EWR-Bürgers“ (§ 54) für Drittstaatsangehörige, die Angehörige von gemeinschaftsrechtlich aufenthaltsberechtigten EWR-Bürgern sind.

Auf Grund der Freizügigkeitsrichtlinie sind EWR-Bürger zum Aufenthalt für mehr als drei Monate gemäß § 51 Abs. 1 NAG berechtigt, wenn sie

1. in Österreich Arbeitnehmer oder Selbständige sind;
2. für sich und ihre Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel und einen umfassenden Krankenversicherungsschutz verfügen, so dass sie während ihres Aufenthalts weder Sozialhilfeleistungen noch die Ausgleichszulage in Anspruch nehmen müssen, oder
3. als Hauptzweck ihres Aufenthalts eine Ausbildung einschließlich einer Berufsausbildung bei einer öffentlichen Schule oder einer rechtlich anerkannten Privatschule oder Bildungseinrichtung absolvieren und die Voraussetzungen der Z 2 erfüllen.

Auf Grund der Freizügigkeitsrichtlinie sind EWR-Bürger, die Angehörige von gemeinschaftsrechtlich aufenthaltsberechtigten EWR-Bürgern (§§ 51 und 53a NAG) sind, gemäß § 52 Abs. 1 NAG zum Aufenthalt für mehr als drei Monate berechtigt, wenn sie

1. Ehegatte oder eingetragener Partner sind;
2. Verwandter des EWR-Bürgers, seines Ehegatten oder eingetragenen Partners in gerader absteigender Linie bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres und darüber hinaus sind, sofern ihnen von diesen Unterhalt tatsächlich gewährt wird;
3. Verwandter des EWR-Bürgers, seines Ehegatten oder eingetragenen Partners in gerader aufsteigender Linie sind, sofern ihnen von diesen Unterhalt tatsächlich gewährt wird;
4. Lebenspartner sind, der das Bestehen einer dauerhaften Beziehung im Herkunftsstaat nachweist, oder
5. sonstige Angehörige des EWR-Bürgers sind,
 - a) die vom EWR-Bürger bereits im Herkunftsstaat Unterhalt tatsächlich bezogen haben,
 - b) die mit dem EWR-Bürger bereits im Herkunftsstaat in häuslicher Gemeinschaft gelebt haben, oder

c) bei denen schwerwiegende gesundheitliche Gründe die persönliche Pflege zwingend erforderlich machen.

In Umsetzung der oben zitierten EU-Richtlinie ist somit eine rechtmäßige Niederlassung eines EU/EWR-Bürgers und seiner Angehörigen dann gegeben, wenn der EU/EWR-Bürger selbständig oder unselbständig erwerbstätig ist **oder** (sonst) über Existenzmittel und eine ausreichende Krankenversicherung verfügt (Wittmann-Papacek, Der Familienlastenausgleich, Kommentar, Teil C, § 3, Seite 3).

Der Bw. sowie seine beiden Töchter sind Unionsbürger; Bulgarien ist seit 1.1.2007 Mitglied der Europäischen Union. Ihr Wohnsitz befindet sich (berücksichtigt man das Datum der Meldungen) zumindest seit Februar 2008 bzw. - bezüglich der jüngeren, 2008 geborenen Tochter – März 2009 im Bundesgebiet (Angaben des Bw. in den Anträgen iZm den o.a. Meldebestätigungen sämtlicher Familienmitglieder). Damit konform geht auch der ab 7. September 2009 bestätigte Besuch des Kindergartens im Wohnort der Familie durch die ältere, 2005 geborene Tochter des Bw.

In dem im Abgabungsverfahren am 8. Juni 2009 eingegangenen Fragebogen für natürliche Personen anlässlich der Eröffnung/des Beginnes einer selbständigen Tätigkeit/eines Gewerbebetriebes bezeichnete der Bw. seine Tätigkeit mit „*Marktfahrer- Handel mit Obst & Gemüse*“ und gab den Beginn der Ausübung der Tätigkeit mit „*Mai 2009*“ an.

Nach den vorliegenden Einnahmen/Ausgaben-Rechnungen und den Steuererklärungen erzielte der Bw. im Jahr 2009 Erlöse iHv € 9.946,63 (inkl. Förderung AMS) und einen Gewinn in Höhe von € 4.403,41; im Jahr 2010 betragen die Erlöse € 25.960,00 und der Gewinn € 17.229,57. Die Einnahmen/Ausgaben-Rechnungen weisen ausgabenseitig u.a. Positionen wie Wareneinsatz, Instandhaltung LKW, Treibstoffe LKW, Marktgebühr, Werbeaufwand, Pflichtversicherungsbeiträge aus; solche, die im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit typischerweise anfallen.

Nach dem Versicherungsdatenauszug der österreichischen Sozialversicherung war der Bw. seit 1. Mai 2009 als gewerblich selbständiger Erwerbstätiger bei der SVA der gewerblichen Wirtschaft, Landesstelle NÖ gemeldet.

Die Eintragung des Handelsgewerbes des Bw. in das Gewerberegister der Bezirkshauptmannschaft Wien-Umgebung erfolgte mit 19. Mai 2009.

Auf Grund der vom Bw. erzielten Umsatzerlöse und Einkünfte aus Gewerbebetrieb ist im Zusammenhalt mit den Umständen der vom Bw. ausgeübten Tätigkeit davon auszugehen, dass er – im Zeitpunkt der Stellung des Antrages auf Familienbeihilfe – Selbständiger (selbständig erwerbstätig) im Sinne der angeführten Rechtsnormen war.

Die vom Bw. vorgelegte seine Person betreffende Anmeldebescheinigung für EWR-Bürger gemäß § 51 Abs. 1 Z 1 NAG (Selbständiger) wurde zwar am 27. Jänner 2011 von der BH Wien-Umgebung ausgestellt. Das Recht auf Freizügigkeit und das Recht auf Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats für einen Zeitraum von mehr als drei Monaten sind gemeinschaftsrechtlich begründet. Das Ausstellungsdatum der Anmeldebescheinigung sagt daher nichts darüber aus, ab wann Ansprüche bestehen, die ihre Wurzel in der Zugehörigkeit zu einem EU-Mitgliedstaat und den damit verbundenen Rechten haben.

Der Bw. hielt sich im Zeitpunkt der Antragstellung bereits nach § 9 iVm § 51 Abs. 1 Z 1 NAG rechtmäßig im Bundesgebiet auf.

Da neben dem Bestehen eines gemeinsamen Wohnsitzes der Familie in Österreich in den Anträgen des Bw. auf Familienbeihilfe die *Kindererziehung in einem Haushalt gemeinsam mit der Partnerin* und die *Finanzierung der überwiegenden Kosten* angekreuzt wurden, weiters als Beruf der Lebensgefährtin bzw. Ehegattin des Bw. *Hausfrau* angegeben war, ist auch davon auszugehen, dass den Kindern des Bw. der Unterhalt tatsächlich vom ihm gewährt wurde, wie dies für die Aufenthaltsberechtigung der Verwandten eines EWR-Bürgers in gerader absteigender Linie nach § 52 Abs. 1 Z 2 NAG gefordert wird.

Betreffend die Anmeldebescheinigungen für die Töchter des Bw., die gemäß § 52 Abs. 1 Z 2 NAG (Angehöriger als Verwandter in gerader absteigender Linie) am gleichen Tag wie jene des Bw. ausgestellt wurden, wird auf das eben hiezu Gesagte hingewiesen.

Demnach hielten sich auch die Kinder des Bw. rechtmäßig im Bundesgebiet auf.

Hinsichtlich des Einkommensnachweises bzw. eines Nachweises der Existenzmittel, wovon der Lebensunterhalt des Bw. und seiner Familie bestritten werde, wie dies das Finanzamt im Ermittlungsverfahren gefordert hat, ist – abgesehen davon, dass der Bw. ohnehin über ausreichende Mittel verfügte – darauf hinzuweisen, dass der Anspruch auf Familienbeihilfe dann gegeben ist, wenn der Bw. sich rechtmäßig in Österreich aufhält. Dass der Bw. sich nicht rechtmäßig in Österreich aufgehalten hat bzw. aufhält, hat das Finanzamt nicht festgestellt.

Soweit das Finanzamt in der abweisenden Berufungsvorentscheidung ausführt, dass auf Grund der vorgelegten Nachweise keine ausreichenden Existenzmittel bzw. Einkommen vorlägen, was wie oben festgehalten nicht zutrifft, erübrigt sich ein Eingehen darauf, da der Bw. als selbständig Erwerbstätiger - wie oben bereits ausgeführt - ein Recht auf Aufenthalt in Österreich hat. Die Prüfung über das Vorliegen ausreichender Existenzmittel den Bw. und seine Familienangehörigen betreffend ist nach dem Art. 7 Abs. 1 lit. b der oben zitierten Richtlinie 2004/38/EG ebenso wie nach § 51 Abs. 1 NAG lediglich fakultativ und nicht entscheidungsrelevant.

Aus einem weiteren Grund erscheint nach Ansicht des unabhängigen Finanzsenates eine Prüfung auf Vorliegen ausreichender Existenzmittel im Sinne des Art. 7 der EU-Richtlinie 2004/38/EG nicht rechtmäßig: Gemäß § 53 Abs. 1 erster Satz FLAG sind nämlich Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt. Dass ein österreichischer Staatsbürger, der im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, das Vorliegen ausreichender Existenzmittel unter Beweis stellen muss, findet in der gesetzlichen Bestimmung über die anspruchsbegründenden Voraussetzungen keine Deckung.

Da die Partnerin/Ehegattin des Bw. und Mutter der Kinder, die gemäß § 2a Abs. 1 FLAG vorrangig Anspruch auf Gewährung von Familienbeihilfe hätte, in den eingebrachten Anträgen zugunsten des Bw. verzichtet hat, steht dem Bw. der Anspruch zu.

Demgemäß hat der Bw. - wie beantragt - Anspruch auf Familienbeihilfe ab September 2009 für seine beiden minderjährigen Töchter.

Ein Bescheid ist nur dann zu erlassen, insoweit einem Antrag auf Familienbeihilfe nicht oder nicht vollinhaltlich stattgegeben wird (§ 13 zweiter Satz FLAG). Die Erlassung des Abweisungsbescheides durch die Finanzbehörde war damit rechtswidrig. Der Bescheid war daher ersatzlos aufzuheben.

Wien, am 23. März 2011