



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des X., vom 23. September 2010 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 6/7/15 vom 26. August 2010 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab März 2010 für Y., geb. im Juli 1997 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Der Berufungswerber (Bw.), ein in Wien als Hausarbeiter beschäftigter serbischer Staatsbürger, stellte am 7.6.2010 einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe ab März 2010 für seinen Sohn Y., geboren im Juli 1997, welcher ebenfalls serbischer Staatsbürger ist. Dieser Antrag wurde mit Bescheid des Finanzamtes vom 26.8.2010 abgewiesen, da der Bw. der Aufforderung des Finanzamtes zur Vorlage eines Nachweises über den rechtmäßigen Aufenthalt des Y. in Österreich (NAG-Karte mit Aufenthaltstitel) nicht nachgekommen war. In der gegen den Abweisungsbescheid erhobenen Berufung vom 23.9.2010 brachte der Bw. vor, dass er die Aufforderung des Finanzamtes zur Vorlage von Unterlagen nicht erhalten habe. Er habe im Finanzamt angerufen, um zu erfragen, welche Unterlagen er vorlegen müsse, jedoch sei ihm unter Verweis auf ein an ihn gesandtes Schreiben die Auskunft verweigert worden.

Mit Schreiben des Finanzamtes vom 1.12.2010 (Zustellung mit RSb-Brief) wurde der Bw. aufgefordert, bis zum 22.12.2010 Nachweise über den rechtmäßigen Aufenthalt von ihm und

Y. (z.B. NAG-Karte mit Aufenthaltstitel), Scheidungsurkunde bzw. Vergleich zum Nachweis des Sorgerechts für den Sohn, Schulbestätigung 2010/11, Schulnachricht/Jahreszeugnis 2009/10 vorzulegen sowie bekannt zu geben, wer zuletzt die Familienbeihilfe bezogen habe.

Dieser Aufforderung wurde vom Bw. insoweit nicht vollständig entsprochen, als er zwar die übrigen Unterlagen vorlegte, nicht jedoch den verlangten Nachweis über den rechtmäßigen Aufenthalt des Y. in Österreich.

Da der Bw., obwohl vom Finanzamt in der Folge mehrere Fristerstreckungen (die letzte bis 31.5.2011) gewährt wurden, keinen Nachweis über den rechtmäßigen Aufenthalt des Y. in Österreich vorlegte, wurde die Berufung mit Berufungsvorentscheidung des Finanzamtes vom 25.7.2012 als unbegründet abgewiesen.

In einem als Antrag auf Vorlage der Berufung zur Entscheidung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz zu wertenden Schreiben vom 18.8.2011 wurde vom Bw. vorgebracht, dass das bei der zuständigen Magistratsabteilung 35 der Wiener Landesregierung anhängige Verfahren zur Erlangung einer Niederlassungsbewilligung für Y. noch nicht abgeschlossen sei, sodass er einen Nachweis über den rechtmäßigen Aufenthalt des Sohnes noch nicht vorlegen könne.

In der Folge ergingen an den Bw. die ohne Reaktion des Bw. gebliebenen Erinnerungsschreiben des Finanzamtes vom 28.11.2011, vom 6.3.2012 und vom 30.5.2012. Mit Vorlagebericht des Finanzamtes vom 4.7.2012 wurde die Berufung dem Unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung vorgelegt.

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

Der Entscheidung ist folgender Sachverhalt zugrunde zu legen:

Der Bw., ein serbischer Staatsbürger, dessen rechtmäßiger Aufenthalt in Österreich durch die Vorlage einer NAG-Karte nachgewiesen ist, begehrt die Gewährung der Familienbeihilfe ab März 2010 für seinen Sohn Y., geboren im Juli 1997, welcher ebenfalls serbischer Staatsbürger ist.

Aus den Eintragungen im Zentralen Melderegister ist ersichtlich, dass Y. seit 9.3.2010 an den jeweiligen Wohnadressen des Bw. gemeldet war und bis dato ist.

Im erstinstanzlichen Verfahren wurden vom Bw. die verlangten Unterlagen zum Nachweis der Inhabung des Sorgerechts für den Sohn und Bestätigungen über den Schulbesuch des Sohnes in Wien vorgelegt. Der Aufforderung des Finanzamtes zur Erbringung des nach geltendem Recht für die Gewährung der Familienbeihilfe zwingend erforderlichen Nachweises des rechtmäßigen Aufenthaltes des Sohnes durch Vorlage einer für Y. ausgestellten NAG-Karte wurde vom Bw. nicht entsprochen.

Die Beurteilung des berufungsgegenständlichen Sachverhaltes hat unter Zugrundelegung der im Folgenden dargestellten Rechtslage zu erfolgen:

Gemäß § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967, BGBl. Nr. 376/1967 idF BGBl. I Nr. 168/2006, 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 NAG, rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Diese seit dem Jahr 2006 geltende Regelung des Anspruches von Personen auf Gewährung der Familienbeihilfe, die nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzen, wurde im Rahmen einer Neukodifizierung des Fremdenrechts, insbesondere des Niederlassungs- und Aufenthaltsrechtes, geschaffen.

Entsprechend dieser Rechtslage besteht bei ausländischen Staatsangehörigen und Staatenlosen nur dann ein Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn neben einem Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland die in § 3 Abs. 1 und Abs. 2 FLAG 1967 angeführte qualifizierte Voraussetzung des rechtmäßigen Aufenthaltes gemäß §§ 8 oder 9 NAG des Antragstellers und des Kindes in der Republik Österreich nachweislich gegeben ist.

Im konkreten Fall wäre der Aufenthaltstitel nach § 8 NAG durch die Vorlage einer von der Wiener Landesregierung, Magistratsabteilung 35, für Y. ausgestellten NAG-Karte zu dokumentieren gewesen.

Wie aus dem vorliegenden Aktenmaterial des Finanzamtes zu entnehmen ist, wurde der Bw. mehrfach zur Vorlage einer NAG-Karte für Y. aufgefordert.

Tatsache ist, dass der Bw. diesen behördlichen Aufforderungen nicht Folge leistete und sich lediglich auf das noch nicht abgeschlossene Verfahren zur Erlangung eines Aufenthaltstitels für das Kind bei der Magistratsabteilung 35 der Wiener Landesregierung berief.

In einem Aktenvermerk des Finanzamtes vom 4.7.2012 ist festgehalten, dass der zuständigen Referentin in einem Telefongespräch mit dem in der Magistratsabteilung 35 der Wiener Landesregierung zuständigen Herrn Z. mitgeteilt wurde, dass eine NAG-Karte für Y. bisher nicht ausgestellt habe werden können, da der Bw. der vor mehr als einem Jahr (am 1.7.2011) an ihn ergangenen Aufforderung zur Vorlage von Unterlagen nicht entsprochen habe und sich auch bei dieser Behörde nicht mehr gemeldet habe.

Da nach der Lebenserfahrung in derartigen Fällen mangelhafte Sprachkenntnisse und/oder eine gewisse Unbeholfenheit in behördlichen Angelegenheiten als mögliche Ursachen für passives Verhalten nicht gänzlich ausschließbar sind, sah sich die Referentin des Unabhängigen Finanzsenates veranlasst, den Bw. vorzuladen, um ihm die Sach- und

Rechtslage in einem ausführlichen Gespräch zu erklären, ihn zur Weiterverfolgung seines Antrages auf Erteilung eines Aufenthaltstitels für Y. zu motivieren und ihm die unverzügliche Vorlage dieses Dokuments beim Unabhängigen Finanzsenat aufzutragen.

Der Bw. wurde mittels eines via RSb-Brief an seine Wohnanschrift (laut ZMR) gesandten Schreibens vom 4.9.2012 ersucht, am 26.9.2012 (von 09:00 bis 12:00 Uhr oder von 13:00 bis 15:00 Uhr) bei der Referentin zu erscheinen bzw. sich zwecks Vereinbarung eines anderen Gesprächstermins telefonisch zu melden.

Der Umstand, dass der nach einem erfolglosen Zustellversuch am 8.9.2012 bei der Post hinterlegte RSb-Brief nicht abgeholt wurde, lässt auf eine auffallende Sorglosigkeit des Bw. bei der Wahrnehmung seiner Angelegenheiten schließen.

Aufgrund des Gesamtbildes des Verhaltens des Bw. ist von einer Vornahme weiterer behördlicher Ermittlungsschritte Abstand zu nehmen, da der damit verbundene Verwaltungsaufwand nicht zu rechtfertigen wäre.

Gemäß § 115 Abs. 1 BAO haben die Abgabenbehörden die abgabepflichtigen Fälle zu erforschen und von Amts wegen die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zu ermitteln, die für die Abgabepflicht und die Erhebung der Abgaben wesentlich sind.

Gemäß Abs. 2 leg cit ist den Parteien Gelegenheit zur Geltendmachung ihrer Rechte und rechtlichen Interessen zu geben.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes und der herrschenden Lehre tritt die amtswegige Ermittlungspflicht gegenüber der Behauptungs- und Mitwirkungspflicht in den Hintergrund, wenn die Behörde nur auf Antrag tätig wird (vgl. zB VwGH vom 20.06.1990, 89/13/0107; Ritz, BAO4, § 115 Tz 11).

In Verfahren, die ausschließlich auf die Erwirkung abgabenrechtlicher Begünstigungen gerichtet sind, tritt der Grundsatz der strikten Amtswegigkeit der Sachverhaltsermittlung insofern in den Hintergrund, als der eine Begünstigung in Anspruch nehmende Abgabepflichtige selbst einwandfrei und unter Ausschluss jeden Zweifels das Vorliegen all jener Umstände darzulegen hat, auf die die abgabenrechtliche Begünstigung gestützt werden kann (vgl. zB VwGH 16.04.1971, 1814/69).

Da Familienbeihilfe gemäß § 10 Abs. 1 FLAG 1967 nur auf Antrag zu gewähren ist, war es im Rahmen der Mitwirkungspflicht des Bw. gelegen, den Nachweis der Anspruchsvoraussetzung für den Bezug von Familienbeihilfe durch Vorlage einer für Y. ausgestellten NAG-Karte beim Finanzamt vorzulegen.

Die Argumentation, dass das bei der zuständigen Magistratsabteilung 35 der Wiener Landesregierung anhängige Verfahren zur Erlangung eines Aufenthaltstitels für Y. noch nicht abgeschlossen sei, wurde vom Bw. letztmalig im als Vorlageantrag zu wertenden Schreiben vom 18.8.2011 vorgebracht.

Da eine NAG-Karte für den seit März 2010 in Österreich lebenden Y. bis dato nicht vorgelegt wurde und laut Auskunft der Magistratsabteilung 35 der Wiener Landesregierung vom 4.7.2012 die zur Erlangung eines Aufenthaltstitels erforderlichen Unterlagen vom Bw. trotz Aufforderung nicht beigebracht wurden, muss davon ausgegangen werden, dass der rechtmäßige Aufenthalt des Kindes im Bundesgebiet nach § 8 NAG nicht gegeben ist. Aus den dargelegten Gründen kann dem Begehren des Bw. auf Gewährung der Familienbeihilfe für Y. ab März 2010 nicht entsprochen werden. Dem Bw. bleibt es unbenommen, nach Erteilung eines Aufenthaltstitels (NAG-Karte) für Y. dieses Dokument unverzüglich dem Finanzamt vorzulegen und eine Wiederaufnahme des Verfahrens (§ 303 BAO) betreffend Familienbeihilfe ab März 2010 zu beantragen. Daher war spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 9. Oktober 2012