

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R. in der Beschwerdesache Bf. vertreten durch MMag. Dr. Franz Stefan Pechmann, Prinz Eugen-Straße 70/2/1.1, 1040 Wien, über die Beschwerde vom 22.01.2016 gegen den Bescheid der belangten Behörde Finanzamt Wien 2/20/21/22 vom 14.01.2016, betreffend Abweisung eines Antrags auf Familienbeihilfe, soweit dieser über den Zeitraum Juni 2011 bis August 2014 abspricht, zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird gemäß § 279 BAO Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

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

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang

Die Beschwerdeführerin (Bf.), eine rumänische Staatsbürgerin ebenso wie ihr Mann und ihr Sohn, stellte am 22.1.2015 einen rückwirkenden Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe für ihren im Jahr 2000 geborenen Sohn.

Das Finanzamt wies den Antrag für den Zeitraum März 2011 bis Dezember 2014 mit folgender Begründung ab:

"Kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Zeiträume, in denen Sie sich nicht in Österreich befunden haben (1.3.11-29.6.11 + 13.12.11-4.3.12 + 27.6.12-7.11.12).

Da Sie für den restlichen Zeitraum über keine ausreichende Existenzmittel verfügt haben, war Ihr Antrag abzuweisen."

In der dagegen gerichteten Beschwerde brachte die Bf. vor, sie (und ihre Familie) wären im Zeitraum 1.3.2011 bis 23.6.2011 nicht in Österreich gewesen. Im Zeitraum 13.12.2011 bis 4.3.2012 seien sie auf der Suche nach einer Wohnung gewesen und hätten bei einer Freundin gewohnt. Ihr Sohn hätte aber weiterhin ohne Probleme die Schule besucht (sh. Schulbestätigung). In diesem Zeitraum hätten sie von ihren Ersparnissen gelebt. Ab 1.8.2012 hätten sie eine Wohnung gefunden und dort auch gelebt. Die Kopie des Mietvertrages und die bezahlte Miete legte sie der Beschwerde bei.

Im Zeitraum 27.6.2012 bis September sei ihr Sohn in den Ferien gewesen, weshalb die Schule auch nichts bestätigen könne.

Das Finanzamt gab der Beschwerde teilweise statt, bestätigte aber die Abweisung des Antrags für den Zeitraum Juni 2011 bis August 2014.

Die Beschwerde vorentscheidung war wie folgt begründet:

"Sachverhalt:

Laut Zentralem Melderegister sind Sie und Ihr Kind seit 30.06.2011 in Österreich mit Hauptwohnsitz gemeldet. Allerdings waren Sie von 31.12.2011 bis 04.03.2012 und von 27.06.2012 bis 07.11.2012 und Ihr Kind von 27.06.2012 bis 07.11.2012 nicht gemeldet. Der Kindesvater war von 11.04.2005 bis 29.03.2011 mit Nebenwohnsitz gemeldet. Eine Hauptwohnsitzmeldung liegt für die Zeiträume von 29.03.2011 bis 31.05.2011, von 18.10.2011 bis 12.12.2011 und von 08.11.2012 bis laufend vor.

Familienleistungen in Rumänien wurden bis 31.08.2011 ausbezahlt. Ab September 2011 wurden diese Leistungen eingestellt, weil die ganze Familie in Österreich lebt und der Kindesvater in Österreich beschäftigt ist (Bestätigung vom 14.04.2014).

Der Schulbesuch Ihres Kindes O. in Österreich ist seit 05.09.2011 lückenlos nachgewiesen. Die Anmeldebescheinigungen für EWR-Bürger der ganzen Familie wurden am 17.03.2015 ausgestellt.

Laut Versicherungsdatenauszug waren Sie von 01.09.2014 bis 30.09.2015 als Arbeiterin mit 11 Stunden pro Woche beschäftigt. Im Anschluss bezogen Sie Arbeitslosengeld und seit 03.06.2016 bis laufend beziehen Sie Notstandshilfe. Von November 2012 bis August 2014 sind mehrere kurzzeitige geringfügige Beschäftigungsverhältnisse (mit geringer Stundenanzahl) dokumentiert. Laut Ihrem Steuerakt erzielten Sie im Jahr 2012 Einkünfte iHv 84 Euro. Im Jahr 2013 beliefen sich diese auf 462,86 Euro und im Jahr 2014 auf 2.811,01 Euro.

Der Kindesvater war von April 2011 bis September 2014 als gewerblich selbständiger Erwerbstätiger gemeldet. Aus dieser Tätigkeit wurden für den gesamten Zeitraum von 2011 bis 2014 acht Rechnungen vorgelegt. Von Mai 2015 bis Oktober 2015 und seit Mai 2016 bis laufend war/ist er als Arbeiter beschäftigt. Laut den Einkommensteuerbescheiden für die Jahre 2012 bis 2014 (Anmerkung: das Jahr 2011 wurde nicht veranlagt) betrug das Einkommen des Kindesvaters 2012 2.115 Euro, 2013 940,50 Euro und 2014 5.188,98 Euro.

Für den Zeitraum von Juni 2011 bis Juli 2012 wurde kein Mietvertrag vorgelegt; eine Aufstellung der Lebenshaltungskosten für den Zeitraum von Juni 2011 bis August 2014 und Nachweise, wie diese finanziert wurden, wurden ebenfalls nicht vorgelegt.

Hinsichtlich der Monate, in denen keine Wohnsitzmeldung vorlag, gaben Sie an, dass Sie von 13.12.2011 bis 04.03.2012 auf der Suche nach einer Wohnung waren und bei einer Freundin gewohnt hätten. In diesem Zeitraum hätten Sie von Ihren Ersparnissen gelebt.

Seit 01.08.2012 würden Sie in Ihrer jetzigen Wohnung leben. Weiters geben Sie an, dass Ihr Sohn aber durchgehend die Schule besucht hätte.

Sie haben am 22.01.2015 Familienbeihilfe für Ihr Kind O. ab Juni 2011 beantragt.

Dieser Antrag wurde mit Bescheid vom 14.01.2016 für den Zeitraum von März 2011 bis Dezember 2014 abgewiesen.

Gesetzliche Grundlagen:

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

Gem. § 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.

Gemäß § 3 Abs. 1 FLAG haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG), BGBl I Nr. 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhalten.

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

§ 9 Abs. 1 NAG bestimmt, dass zur Dokumentation des gemeinschaftsrechtlichen Aufenthaltsrechtes für mehr als drei Monate über Antrag eine Anmeldebescheinigung für EWR-Bürger, die sich länger als drei Monate in Österreich aufhalten, ausgestellt werden kann.

Gemäß § 51 Abs. 1 NAG sind EWR-Bürger zum Aufenthalt für mehr als drei Monate berechtigt, wenn sie

- 1. in Österreich Arbeitnehmer oder Selbständige sind;*
- 2. für sich oder ihre Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel und einen umfassenden Krankenversicherungsschutz verfügen, sodass sie während ihres Aufenthaltes weder Sozialleistungen noch die Ausgleichszulage in Anspruch nehmen müssen,....*

Eine „Beschäftigung“ iSd VO (EG) 883/2004 ist gemäß Art. 1 lit. a) jede Tätigkeit oder gleichgestellte Situation, die für Zwecke der Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit des Mitgliedsstaates, in dem die Tätigkeit ausgeübt wird oder die gleichgestellte Situation vorliegt, als solche gilt.

Gemäß Art 1 lit. b) der VO bezeichnet für Zwecke dieser Verordnung der Ausdruck "selbständige Erwerbstätigkeit" jede Tätigkeit oder gleichgestellte Situation, die für die Zwecke der Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit des Mitgliedstaats, in dem die Tätigkeit ausgeübt wird oder die gleichgestellte Situation vorliegt, als solche gilt.

Würdigung:

Zeitraum März 2011 bis Mai 2011:

Für diesen Zeitraum wurde kein Antrag gestellt. Der angefochtene Bescheid war daher hinsichtlich dieses Zeitraumes aufzuheben.

Zeitraum Juni 2011 bis August 2014:

Für EU-Bürger besteht nur dann Anspruch auf die Familienbeihilfe, wenn die im § 3 Abs. 1 FLAG angeführten qualifizierten Voraussetzungen vorliegen. Diese Personen haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach § 9 NAG rechtmäßig in Österreich aufhalten. Sofern der Anspruch auf die Familienbeihilfe nicht zweifelsfrei wegen einer beruflichen Tätigkeit im Sinne der VO (EG) Nr. 883/2004 gegeben ist, ist der rechtmäßige Aufenthalt des Antragstellers und des Kindes durch Vorlage der Anmeldebescheinigung (bzw. eines Lichtbildausweises für EWR-Bürger oder allenfalls der Dauerkarte für Familienangehörige aus Drittstaaten) nachzuweisen.

Wenn bei „neu zugezogenen“ (bis rund 5 Jahre nach Einreise) EU-Bürgern die Anmeldebescheinigung nicht (komplett) vorliegt, so ist für den Anspruch auf die Familienbeihilfe der rechtmäßige Aufenthalt im Bundesgebiet durch Nachweis einer Krankenversicherung und von Existenzmitteln im Hinblick auf das Vorliegen des Mittelpunktes der Lebensinteressen zu prüfen.

Es ist Sache der Beschwerdewerbers, das Vorliegen der Voraussetzungen für den Anspruch auf Familienbeihilfe nachzuweisen bzw. glaubhaft und nachvollziehbar darzustellen. Die Pflicht zur amtswegigen Ermittlung des entscheidungswesentlichen Sachverhaltes findet dort ihre Grenze, wo nach Lage des Falles nur die Partei Angaben zum Sachverhalt machen kann (VwGH 25.10.1995, 94/15/0131, 94/15/0181). Nach der Judikatur tritt die amtswegige Ermittlungspflicht gegenüber der Behauptungs- und Mitwirkungspflicht auch dann in den Hintergrund, wenn die Behörde nur auf Antrag - wie es auf den vorliegenden Beschwerdefall zutrifft - tätig wird (VwGH 20.6.1990, 89/13/0107). Für antragsgebundene Verfahren besteht somit eine erhöhte Mitwirkungs- und Offenlegungspflicht der Partei. Liegt eine Verletzung der Mitwirkungspflicht vor, so hat die Behörde den maßgebenden Sachverhalt im Rahmen der freien Beweiswürdigung festzustellen.

Auf Grund der Aktenlage ergibt sich, dass erst ab September 2014 eine (zweifelsfreie) Beschäftigung iSd VO (EG) 883/2004 vorliegt. Die Anmeldebescheinigungen wurden erst im März 2015 ausgestellt. Existenzmittel wurden zwar behauptet, Nachweise darüber wurden aber nicht erbracht.

Ihre Beschwerde war daher hinsichtlich des Zeitraumes von Juni 2011 bis August 2014 als unbegründet abzuweisen.

Anspruch auf Familienbeihilfe besteht somit erst ab September 2014."

Dagegen brachte die Bf., nunmehr steuerlich vertreten, folgenden Vorlageantrag ein:

"Hinsichtlich der Begründung ihres Begehrens und der beantragten Änderung verweist die Antragstellerin auf die Beschwerde vom 21.01.2016 und ergänzt diese nun wie folgt:

Die Behörde hat der Beschwerde der nunmehrigen Antragstellerin nach anfänglicher gänzlicher Abweisung des Antrages vom 14.01.2016 mit der Beschwerdeentscheidung vom 13.07.2016 lediglich teilweise stattgegeben, wobei der angefochtene Abweisungsbescheid vom 14.01.2016 hinsichtlich der Abweisung des Antrags für das Kind O. F. S. für den Zeitraum Juni 2011 bis August 2014 unverändert blieb. Diese Entscheidungsfindung ist mit den Prinzipien der Fairness, Ausgewogenheit und Neutralität nicht in Einklang zu bringen.

Sollten aufgrund sprachlicher Barrieren fehlende Nachweise nicht erbracht worden sein, wird dies unter anderem hiermit nachgeholt und nachgereicht.

Gemäß § 2 Abs 1 lit a FLAG haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, für mj. Kinder Anspruch auf Familienbeihilfe. Nach Abs 2 leg. cit. hat jede Person Anspruch auf Familienbeihilfe für ein in Abs 1 genanntes Kind, zu deren Haushalt das Kind gehört. Darüber hinaus haben gemäß § 2 Abs 8 FLAG 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. Gemäß § 3 Abs 1 und Abs 2 FLAG haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich gemäß §§ 8 und 9 NAG rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Die Antragstellerin und ihr Ehemann sind rumänische Staatsbürger und haben diese seit dem Jahr 2011 ihren Lebensmittelpunkt in Österreich. Diese sind die Eltern des mj. O. F. S., der zu deren Haushalt gehört und sich gemeinsam mit diesen in Österreich niedergelassen hat. Diese verfügen allesamt über gültige Anmeldebescheinigungen. Der Mittelpunkt der Lebensinteressen, als auch der ständige Wohnsitz der Eltern, die ohnehin mit dem Minderjährigen im selben Haushalt wohnen, befindet sich somit seit dem Jahr 2011 im Inland. Allesamt sind diese derzeit in Wien behördlich gemeldet.

Beweis: PV;

Heiratsurkunde;

Mietvertrag vom 01.08.2012;

ZMR-Auskunft B. S.;

ZMR-Auskunft Z. S.;

ZMR-Auskunft O. F. S.;

Anmeldebescheinigungen.

In diesem Zusammenhang sind nicht nur die innerstaatlichen Bestimmungen des FLAG zu beachten, vielmehr ist die VO (EWG) Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige und deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern des Rates vom 14.06.1971 idgF. zu beachten. Diese hat allgemeine Geltung, ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt

unmittelbar in diesem Mitgliedsstaat („Durchgriffswirkung“). Diese Verordnung geht bekanntlich dem nationalen Recht in ihrer Anwendung vor („Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts“).

Gemäß Art 1 der VO ist „Arbeitnehmer“ unter anderem jede Person, die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den Zweigen eines System der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer oder Selbständige oder einem Sondersystem für Beamte erfasst werden, pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist.

Der Arbeitnehmerbegriff der VO hat einen gemeinsam spezifischen Inhalt und wird vom EuGH sozialversicherungsrechtlich und nicht arbeitsrechtlich definiert. Demnach ist ihre Person als Arbeitnehmer bzw. Selbständiger anzusehen, die, unabhängig davon, ob sie eine Erwerbstätigkeit ausübt oder nicht, die versicherten Eigenschaften nach dem für die soziale Sicherheit geltenden Rechtsvorschriften eines oder mehreren Mitgliedsstaaten besitzt.

Entscheidend ist, ob jemand in einem für Arbeitnehmer oder Selbständige geschaffenen System der sozialen Sicherheit pflicht- oder freiwillig versichert ist (EuGH, RS C-543/03, Dodl und Oberhollenzer, Slg 2005, I-05049).

Art 2 der obigen Verordnung regelt den persönlichen Geltungsbereich. Demnach gilt diese Verordnung nach Abs 1 für Arbeitnehmer, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedsstaaten gelten und galten, soweit die Staatsangehörige eines Mitgliedstaates sind oder Staatenlose, Flüchtlinge im Gebiet eines Mitgliedsstaates wohnen, sowie für deren Familienangehörige und Hinterbliebene.

Gemäß Art 3 der genannten Verordnung haben Personen, die im Gebiet eines Mitgliedsstaates wohnen und für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschrift eines Mitgliedsstaats, für die Staatsangehörigen dieses Staates, soweit besondere Bestimmungen dieser Verordnung nichts anderes vorsehen.

Gemäß Art 4 der Verordnung gilt diese Verordnung für alle Rechtsvorschriften, über Zweige der sozialen Sicherheit, unter anderem die, die Familienleistungen betreffen.

Laut der Behörde vorliegendem Versicherungsdatenauszug war die Antragstellerin vom 01.09.2014 bis 30.09.2015 als Arbeiterin mit 11 Std/Woche beschäftigt. Im Anschluss darauf hat die Antragstellerin Arbeitslosengeld und seit 03.06.2016 bis laufend Notstandshilfe bezogen. Darüber hinaus sind vom November 2012 bis August 2014 mehrere kurzzeitige geringfügige Beschäftigungsverhältnisse bereits aktenkundig. Weiters aktenkundig ist, dass der Ehemann der Antragstellerin und somit der Kindesvater des mj. O. F. S. vom April 2011 bis September 2014 als gewerblich selbständiger Erwerbstätiger gemeldet war. Von Mai 2015 bis Oktober 2015 und seit Mai 2016 bis laufend ist der Kindesvater als Arbeiter beschäftigt. Die Kindeseltern des mj. O. F. S. waren somit Arbeitnehmer seit zumindest dem Jahr 2011 (Kindesvater) bzw. seit dem Jahr 2012 (Kindesmutter) im Sinne der obigen Verordnung und daher auch pflichtversichert. Der Kindesvater und seine Familienangehörigen waren seit April 2011, die Kindesmutter

seit September 2014 bei der WGKK pflichtversichert. Diese sind Staatsangehörige Rumäniens, somit eines Mitgliedsstaates. Die Familienbeihilfe fällt unter den Begriff der „Familienleistungen“ im Sinne der Verordnung. Demnach ist die Verordnung sowohl in persönlicher als auch in sachlicher Hinsicht im vorliegenden Fall sehr wohl anwendbar.

Beweis: PV;

Dienstvertrag und Lohn- und Gehaltsbestätigungen B. S.;

Teilrechnungen Z. S..

Nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH ist die Frage, ob für einen bestimmten Zeitraum Familienbeihilfe zusteht, anhand der rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten im Anspruchszeitraum zu beurteilen. Der gesetzlich festgelegte Anspruchszeitraum für die Familienbeihilfe ist, wie sich dies den Regelungen des § 10 Abs 2 und 4 FLAG entnehmen lässt, der Monat. Das Bestehen des Familienbeihilfeanspruches für ein Kind kann somit je nach dem Eintritt von Änderungen der Sach- und/oder Rechtslage von Monat zu Monat anders zu beurteilen sein (vgl. VwGH 08.02.2007, 2006/15/0098-Erkenntnis). Unter Bedachtnahme, dass die Prüfung der einzelnen der Monate des Streitzeitraumes von September 2011 bis August 2014 und laufend ohnehin einen Anspruch auf Gewährung der Familienleistungen resultiert, ist es für die Familie S. nicht nachvollziehbar, wie die Behörde zu einem anderen Ergebnis kommen könnte.

Unabhängig von den behördlichen Meldungen im Zentralen Melderegister war der Lebensmittelpunkt der Familie S. seit März 2011 unbestritten im Bundesgebiet. Die Behörde führt zwar richtigerweise ins Treffen, dass es gewisse Lücken in den behördlichen Meldungen der Antragstellerin existieren, übersieht diese jedoch, dass die Antragstellerin lückenlos den Schulbesuch des mj. O. F. S. seit dem 05.09.2011 bis dato mit notwendigen Unterlagen dargelegt hat und geht naturgemäß insbesondere der Anspruchsverlust der Familienbeihilfe in Rumänien seit dem 01.09.2011, eben mit der Verlegung des Lebensmittelpunktes im Bundesgebiet einher. Auch beziehen die Eltern des Minderjährigen keine steuerpflichtigen Einkünfte aus Rumänien und verfügen über keine beweglichen oder unbeweglichen Güter in Rumänien.

Beweis: PV;

Bestätigung vom 14.04.2014;

Schulbesuchbestätigungen.

Gemäß § 5 Abs 3 FLAG besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten. Gemäß § 5 Abs 4 besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, für die Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe besteht. Dass der mj. O. F. S. sich seit März 2011 ständig im Bundesgebiet aufhält und daher ein Anspruch auf Familienbeihilfe seit dem 01.09.2011 im Inland besteht, ergibt sich e contrario aus der zuvor genannten Bestimmungen.

Beweis: PV;

wie bisher.

Wenn die Behörde vermeint, dass im Zeitraum Juni 2011 bis Juli 2012 kein Mietvertrag vorgelegt werden konnte, wird hiermit darauf hingewiesen, dass die Familie S. samt dem mj. O. F. S. unentgeltlich bei der Unterkunftgeberin ... wohnen konnten. Die Familie S. lebte in dieser Zeit von ihren Ersparnissen die naturgemäß nicht mehr nachweisbar sind.

Beweis: PV;

Bestätigung vom 14.08.2016;

wie bisher."

Im Vorlagebericht führte das Finanzamt aus:

"Sachverhalt:

Die Beschwerdeführerin (Bf.) ist rumänische Staatsbürgerin und beantragte erstmalig am 22.01.2015 die Familienbeihilfe für ihren Sohn O., geb. ...2000 ab Juni 2011. Weder für die Bf. selbst noch für den Sohn noch für den Gatten liegt eine durchgehend amtliche Meldung vor. Erst ab dem 08.11.2012 sind die Bf. und ihr Sohn und ab 09.11.2012 der Gatte laufend gemeldet. Ein Mietvertrag wurde ab 01. August 2012 abgeschlossen, davor wohnte die Familie laut den vorgelegten Unterlagen unentgeltlich bei einer Bekannten. Die Bf. übte im Zeitraum November 2011 bis August 2014 mehrere kurzfristige geringfügige Beschäftigungen aus und war ab September 2014 im Ausmaß von 11 Wochenstunden angestellt. Der Gatte übte das Gewerbe „Verspachteln von Gipskartonplatten" von April 2011 bis August 2014 aus und lukrierte daraus laut Einkommensteuerbescheiden im Jahr 2012 2.115 €, im Jahr 2013 940,50 € und im Jahr 2014 5.188,98 €. Familienleistungen wurden in Rumänien bis 30.11.2011 bezogen. Der Sohn besucht seit 05. September 2011 in Österreich die Schule. Die Anträge auf Ausstellung von Anmeldebescheinigungen wurden am 05. Mai 2014 gestellt. Die Anmeldebescheinigungen wurden am 17.03.2015 ausgestellt. Der Antrag auf Familienbeihilfe wurde mit Bescheid vom 14.01.2016 ab März 2011, dem lesbar angenommenen Antragsmonat, abgewiesen. Dagegen wurde am 22.01.2016 eine Beschwerde eingebracht. Der Beschwerde wurde mit Beschwerdeverentscheidung vom 13.07.2016 teilweise stattgegeben. Der Bescheid wurde hinsichtlich des Zeitraumes März bis Mai 2011 aufgehoben und der Beschwerde ab September 2014 stattgegeben. Die Beschwerde hinsichtlich des Zeitraumes Juni 2011 bis August 2014 wurde abgewiesen. Am 18.08.2016 wurde ein Vorlageantrag hinsichtlich des Abweisungszeitraumes eingebracht.

Beweismittel: Siehe Inhaltsverzeichnis.

Stellungnahme:

Auch wenn sich die ganze Familie im Streitzeitraum ständig in Österreich aufgehalten haben mag, ist nach Ansicht des Finanzamtes dieser Aufenthalt kein rechtmäßiger gem. § 9 NAG gewesen. Gemäß § 51 Abs. 1 NAG sind auf Grund der Freizügigkeitsrichtlinie EWR-Bürger zum Aufenthalt für mehr als drei Monate berechtigt, wenn sie in Österreich Arbeitnehmer oder Selbstständige sind bzw. 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. Gemäß § 53 Abs. 1 NAG haben EWR-Bürger, denen das unionsrechtliche Aufenthaltsrecht zukommt (§§ 51 und 52), wenn sie sich länger als drei Monate im Bundesgebiet aufhalten, dies binnen vier Monaten ab Einreise der Behörde anzuzeigen. Bei Vorliegen der Voraussetzungen (§§ 51 oder 52) ist von der Behörde auf Antrag eine Anmeldebescheinigung auszustellen. Der Antrag auf Ausstellung einer Anmeldebescheinigung wurde erst am 5. Mai 2014, also fast 3 Jahre nach behauptetem ständigen Aufenthalt in Österreich gestellt. Das Finanzamt nimmt an, dass die Familie ihren Wohnsitz für mehrere Monate nur deshalb abmeldete, um den Bestimmungen des NAG genüge zu tun. Auch verfügte die Familie, soweit dem Finanzamt offengelegt, über keine ausreichenden Existenzmittel. Somit ist es nachvollziehbar, dass es der Bf. sehr wohl bewusst gewesen sein muss, dass die Voraussetzungen für den Familienbeihilfenbezug nicht vorgelegen waren und sie daher den Antrag auf Familienbeihilfe erst im Jänner 2015 stellte, nachdem die Familie über ausreichende Existenzmittel verfügte und somit die Voraussetzungen des rechtmäßigen Aufenthaltes erfüllte. Die Voraussetzungen für den Familienbeihilfenbezug sind Monat für Monat zu prüfen, daher begründen die ab September 2014 vorliegenden Anspruchsvoraussetzungen keinen Anspruch für davorliegende Zeiträume."

In einem Schreiben an die Bf. zu Händen Ihres Rechtsvertreters wies das Bundesfinanzgericht auf die Stellungnahme des Finanzamtes in seinem Vorlagebericht hin, wonach der Aufenthalt der Bf. in Österreich im Streitzeitraum mangels ausreichender Existenzmittel kein rechtmäßiger iSd § 9 NAG gewesen sei, und räumte ihr Gelegenheit zur Stellungnahme ein.

Das Schreiben wurde wie folgt beantwortet:

"Wie bereits im Vorlageantrag vom 18.08.2016 ausgeführt, war die Antragstellerin laut der Behörde vorliegendem Versicherungsdatenauszug vom 01.09.2014 bis 30.09.2015 als Arbeitnehmerin mit 11 Stunden pro Woche beschäftigt. Im Anschluss darauf hat die Antragstellerin Arbeitslosengeld und seit 03.06.2016 bis laufend Notstandshilfe bezogen. Darüber hinaus sind vom November 2012 bis August 2014 mehrere kurzzeitige geringfügige Beschäftigungsverhältnisse bereits aktenkundig.

Weiters aktenkundig ist, dass der Ehemann der Antragstellerin und somit der Kindesvater des mj. O. F. S. vom April 2011 bis September 2014 als gewerblich selbständiger Erwerbstätiger gemeldet war. Vom Mai 2015 bis Oktober 2015 und seit Mai 2016 bis aktuell ist der Kindesvater als Arbeiter beschäftigt.

Die Kindeseltern des mj. O. F. S. waren somit Arbeitnehmer seit zumindest 2011 (Kindesvater) bzw. seit 2012 (Kindesmutter) im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige unter deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern des Rates vom 14.06.1971 in der geltenden Fassung und daher auch pflichtversichert. Der Kindesvater und seine Familienangehörigen waren somit seit April 2011, die Kindesmutter seit September 2014 bei der Wiener Gebietskrankenkasse

pflichtversichert. Diese sind Staatsangehörige Rumäniens, somit eines Mitgliedstaates. Die Familienbeihilfe fällt unter dem Begriff der „Familienleistungen“ im Sinne der obigen Verordnung. Demnach ist die Verordnung sowohl in persönlicher als auch in sachlicher Hinsicht im vorliegenden Fall sehr wohl anwendbar.

Wenn nunmehr die Behörde in ihrer Stellungnahme vorbringt, dass der rechtmäßige Aufenthalt in Österreich im Streitzeitraum mangels ausreichender Existenzmittel kein rechtmäßiger im Sinne des § 9 NAG gewesen ist, dann wird dies bestritten. Die Behörde übersieht, dass wenn bei neu zugezogenen EU-Bürgern die Anmeldebescheinigung nicht komplett vorliegt, für den Anspruch auf die Familienbeihilfe der rechtmäßige Aufenthalt im Bundesgebiet durch Nachweis einer Krankenversicherung und von Existenzmitteln im Hinblick auf das Vorliegen des Mittelpunktes der Lebensinteressen zu prüfen ist.

Diese Umstände, dass der rechtmäßige Lebensmittelpunkt der Familie S. seit März 2011 im Bundesgebiet war, wurden durch die Vorlage sämtlicher aktenkundiger Unterlagen bereits unter Beweis gestellt.

Beizupflichten ist der Behörde, wenn diese vermeint, dass die Antragstellerin lückenlos den Schulbesuch des mj. O. F. S. seit 05.09.2011 bis dato unter Beweis stellen konnte. Der Beginn des Schulbesuches des Minderjährigen schloss darüber hinaus nahtlos mit dem Anspruchsverlust der Familienbeihilfe aus Rumänien vom 01.09.2011 an. Entgegen der behördlichen Annahme und der vorgelegten Urkunde wurden Familienleistungen nicht bis 30.11.2011 sondern bis 01.09.2011 bezogen (vgl. bereits vorgelegte Bestätigung Nr. 8359 vom 03.10.2012).

Zur Untermauerung des Vorbringen der Antragstellerin werden weitere Urkunden vorgelegt, die zum einen den rechtmäßigen Aufenthalt bei der Unterkunftgeberin Frau K. E. im Zeitraum 05.09.2011 bis September 2014 bescheinigen sollen, als auch eine Bestätigung der Klassenlehrerin Frau T. U..

B e w e i s: PV;

Bestätigung Unterkunftgeberin K. E.;

Bestätigung Frau T. U.;

wie bisher.

In Ansehung des oben Gesagten hält die Antragstellerin ihren Antrag der Beschwerde vom 21.08.2016 zur Gänze stattzugeben und die Familienbeihilfe auch hinsichtlich des Zeitraumes September 2011 bis August 2014 und laufend im gesetzlichen Umfang zu gewähren weiterhin aufrecht."

Die Unterkunftgeberin - nach ihren Angaben die beste Freundin der Bf. - bestätigt, dass die Bf. mit ihrem Sohn und ihrem Ehegatten vom 5.9.2011 bis September 2014 in Österreich gelebt hat.

Die Klassenlehrerin bestätigt, dass der Sohn der Bf. in den Schuljahren 2012/13 bis 2015/16 den Unterricht regelmäßig besucht hat und wiederkehrend Elterngespräche,

an denen die Eltern teilgenommen haben, stattfanden. Im Akt liegt weiters eine Schulbesuchsbestätigung auch für das Schuljahr 2011/2012.

Ferner ist aus dem am 22.1.2015 im Finanzamt eingebrachten Antrag auf Familienbeihilfe ersichtlich, dass Familienbeihilfe rückwirkend ab Juni 2011 begehrt wird. Überdies hat der Ehemann der Bf. hierin zugunsten seiner Gattin gem. § 2a Abs. 2 FLAG 1967 auf die Familienbeihilfe verzichtet.

II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

1. Sachverhaltsfeststellungen

Der entscheidungsrelevante Sachverhalt ist für den nunmehr angefochten verbleibenden Zeitraum Juni 2011 bis August 2014 unstrittig.

Familienleistungen in Rumänien wurden bis 31.08.2011 ausbezahlt. Der Schulbesuch des Kindes der Bf. in Österreich ist seit 5.9.2011 nachgewiesen. Die Anmeldebescheinigungen für EWR-Bürger/-innen der ganzen Familie wurden am 17.3.2015 ausgestellt.

Österreichische Hauptwohnsitzmeldungen liegen für die Zeiträume 30.6.-12.12.2011, 5.3.-26.6.2012 und ab 8.11.2012 vor.

Von November 2012 bis August 2014 war die Bf. mehrfach wie folgt geringfügig beschäftigt:

04.12.2012 - 31.12.2012: geringfügige Beschäftigung wegen Dienstleistungsscheck
17.01.2013 - 31.01.2013: geringfügige Beschäftigung wegen Dienstleistungsscheck
06.02.2013 - 28.02.2013: geringfügige Beschäftigung wegen Dienstleistungsscheck
07.03.2013 - 31.03.2013: geringfügige Beschäftigung wegen Dienstleistungsscheck
05.04.2013 - 30.04.2013: geringfügige Beschäftigung wegen Dienstleistungsscheck
07.05.2013 - 31.05.2013: geringfügige Beschäftigung wegen Dienstleistungsscheck
01.01.2014 - 31.08.2014: geringfügig beschäftigte Arbeiterin

Die hieraus bezogenen Einkünfte haben betragen: 2012 84 €, 2013 462,86 € und 2014 2.811,01 €.

Der Kindesvater war von April 2011 bis September 2014 als gewerblich selbständiger Erwerbstätiger gemeldet. Aus dieser Tätigkeit wurden für den gesamten Zeitraum von 2011 bis 2014 acht Rechnungen vorgelegt. Laut den Einkommensteuerbescheiden für die Jahre 2012 bis 2014 (das Jahr 2011 wurde nicht veranlagt) betrug das Einkommen des Kindesvaters 2012 2.115 €, 2013 940,50 € und 2014 5.188,98 €. Er hat zugunsten seiner Gattin eine Verzichtserklärung nach § 2a Abs. 2 FLAG 1967 abgegeben.

Der Sohn der Bf. hat durchgehend ab dem Schuljahr 2011/2012 eine Schule im Inland besucht.

Da der hier dargestellte Sachverhalt auch seitens der Bf. unbestritten geblieben ist, waren ihre Beweisanträge nach § 183 Abs. 3 BAO abzulehnen, da die unter Beweis zu stellenden Tatsachen als richtig anerkannt werden.

2. Rechtliche Würdigung

2.1 Innerstaatliche Rechtslage

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

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.

§ 2a FLAG 1967 lautet:

"(1) Gehört ein Kind zum gemeinsamen Haushalt der Eltern, so geht der Anspruch des Elternteiles, der den Haushalt überwiegend führt, dem Anspruch des anderen Elternteiles vor. Bis zum Nachweis des Gegenteils wird vermutet, daß die Mutter den Haushalt überwiegend führt.

(2) In den Fällen des Abs. 1 kann der Elternteil, der einen vorrangigen Anspruch hat, zugunsten des anderen Elternteiles verzichten. Der Verzicht kann auch rückwirkend abgegeben werden, allerdings nur für Zeiträume, für die die Familienbeihilfe noch nicht bezogen wurde. Der Verzicht kann widerrufen werden."

Gemäß § 3 Abs. 1 FLAG haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG), BGBl I Nr. 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Gemäß § 3 Abs. 2 FLAG 1967 besteht der Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des NAG rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Gemäß § 53 Abs. 1 FLAG 1967 sind Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt. Hierbei ist der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraums nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten.

§ 9 Abs. 1 NAG bestimmt, dass zur Dokumentation des gemeinschaftsrechtlichen Aufenthaltsrechtes für mehr als drei Monate über Antrag eine Anmeldebescheinigung für EWR-Bürger, die sich länger als drei Monate in Österreich aufhalten, ausgestellt werden kann.

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

- 1. in Österreich Arbeitnehmer oder Selbständige sind;*
- 2. für sich oder ihre Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel und einen umfassenden Krankenversicherungsschutz verfügen, sodass sie während ihres*

Aufenthaltes weder Sozialleistungen 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."

3.2 Gemeinschaftsrechtliche Rechtslage

Festzuhalten ist zunächst, dass im Beschwerdefall die VO (EWG) 1408/71 nicht mehr anwendbar ist, sondern die mit 1.5.2010 in Kraft getretene und somit den gesamten Streitzeitraum umfassende VO (EG) 883/2004.

Eine „Beschäftigung“ iSd VO (EG) 883/2004 ist gemäß Art. 1 lit. a jede Tätigkeit oder gleichgestellte Situation, die für Zwecke der Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit des Mitgliedsstaates, in dem die Tätigkeit ausgeübt wird oder die gleichgestellte Situation vorliegt, als solche gilt.

"Beschäftigte" sind nicht nur Arbeitnehmer, geringfügig Beschäftigte und mit Dienstleistungsscheck Beschäftigte, sondern insbesondere auch freie Dienstnehmer iSd § 4 Abs. 4 ASVG (Csaszar in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 53 Tz 74).

Gemäß Art 1 lit. b der VO (EG) 883/2004 bezeichnet für Zwecke dieser Verordnung der Ausdruck "selbständige Erwerbstätigkeit" jede Tätigkeit oder gleichgestellte Situation, die für die Zwecke der Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit des Mitgliedstaats, in dem die Tätigkeit ausgeübt wird oder die gleichgestellte Situation vorliegt, als solche gilt.

Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38/EG (Freizügigkeitsrichtlinie) vom 29.4.2004 bestimmt:

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

a) Arbeitnehmer oder Selbstständiger im Aufnahmemitgliedstaat ist oder

b) für sich und seine Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel verfügt, so dass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen müssen, und er und seine Familienangehörigen über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz im Aufnahmemitgliedstaat verfügen ..."

3.3 Rechtlich folgt daraus:

Die Anmeldebescheinigungen für EWR-Bürger/-innen der ganzen Familie, an die die Beihilfenbehörden und auch das Bundesfinanzgericht gebunden sind (sh. Wanke in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 3 Tz 157), wurden erst im März 2015 ausgestellt. Davor hat das Bundesfinanzgericht daher eigenständig zu beurteilen, ob ein rechtmäßiger Aufenthalt nach § 9 NAG vorliegt.

Aus Randnr. 47 des Urteils des EuGH 19.9.2013 C-140/12, Brey, ergibt sich, aus Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2004/38 sei zu entnehmen, dass die Mitgliedstaaten verlangen können, dass die Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaats, die das

Aufenthaltsrecht in ihrem Hoheitsgebiet für einen Zeitraum von über drei Monaten wahrnehmen wollen, ohne eine wirtschaftliche Tätigkeit auszuüben, für sich und ihre Familienangehörigen über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz im Aufnahmemitgliedstaat und über ausreichende Existenzmittel verfügen, so dass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen müssen (vgl. auch EuGH 23.2.2010, C-480/08, Teixeira, Randnr. 42).

Diese Grundsätze müssen wohl auch für Familienleistungen gelten.

Allerdings übersieht die belangte Behörde, dass Art. 7 Abs. 1 lit. a einerseits und lit. b andererseits der Richtlinie 2004/38/EG - ebenso wie der daraus abgeleitete § 51 Abs. 1 Z 1, 2 und 3 NAG - nicht kumulativ, sondern alternativ zur Anwendung kommen; für einen Unionsbürger hängt das Recht auf Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats für einen Zeitraum von über drei Monaten also nur dann von ausreichenden Existenzmitteln und einem umfassenden Krankenversicherungsschutz im Aufnahmemitgliedstaat ab, wenn er **nicht** Arbeitnehmer oder Selbständiger im Aufnahmemitgliedstaat ist.

Dass die Höhe der bezogenen Einkünfte hierbei von Relevanz ist, ist aus der zitierten Bestimmung nicht ersichtlich (sofern nicht Art. 13 der VO (EG) 883/2004 zur Anwendung kommt); sh. hierzu etwa auch VwGH 27.9.2012, 2011/16/0224, in dem der Gerichtshof Einkünfte aus Gewerbebetrieb in der Höhe von 3.756,50 € nicht beanstandet hat. Somit ist bei Arbeitnehmern und Selbständigen jedenfalls von einem rechtmäßigen Aufenthalt im Inland nach § 9 NAG auszugehen.

Schon die Bf. selbst war zumindest für Teile des Streitzeitraums Arbeitnehmerin iSd Art. 1 lit. a VO (EG) 883/2004. Es kann aber dahingestellt bleiben, ob für die Zeiten, in denen sie nicht beschäftigt war, eine Überprüfung von ausreichenden Existenzmitteln erforderlich wäre. Da der Ehegatte und Kindesvater - der nach § 2a Abs. 2 FLAG 1967 auf seinen Anspruch auf Familienbeihilfe verzichtet hat - den gesamten Streitzeitraum hindurch unstrittigerweise selbständig erwerbstätig war, stünde jedenfalls ihm Familienbeihilfe zu. Für die Zeiträume, für die die Bf. (allenfalls) keinen Anspruch auf Familienbeihilfe hätte, ginge somit der Anspruch ihres Ehegattens auf sie über.

Der Beschwerde war daher Folge zu geben und der angefochtene Bescheid aufzuheben.

4. Zulässigkeit einer Revision

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Diese Voraussetzung liegt im Beschwerdefall nicht vor, da aus dem Wortlaut des Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38/EG und aus § 51 Abs. 1 NAG klar hervorgeht, dass bei

Arbeitnehmern und Selbständigen ausreichende Existenzmittel nicht gefordert werden.
Dass die Höhe der bezogenen Einkünfte hierbei ohne Relevanz ist, ergibt sich aus VwGH
27.9.2012, 2011/16/0224.

Wien, am 14. Februar 2018