



UNABHÄNGIGER
FINANZSENAT

Außenstelle Wien
Senat 1

GZ. RV/3220-W/10

Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch Binder, Grösswang, Rechtsanwälte, 1010 Wien, Sterngasse, vom 4. April 2007 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 12/13/14 Purkersdorf, vertreten durch Claudia Thaler, vom 9. März 2007 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab 1.

September 2005 entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

Entscheidungsgründe

Die, die polnische Staatsbürgerschaft besitzende Bw., ist allein erziehende Mutter eines im Jahr 2000 geborenen Sohnes.

Ihrem, am 26. Jänner 2006 übermittelten Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe ab dem September 2005 legte die Bw. unter anderem, das die alleinige Obsorge für ihren Sohn aussprechende Scheidungsurteil, einen Bescheid der Sozialhilfestelle, mit welchem die Einstellung der polnischen Familienbeihilfe, wegen der Übersiedlung, respektive Aufnahme einer gewerblichen Tätigkeit im Ausland verfügt worden ist, eine Besuchsentgelts- und Besuchszeitbestätigung für den Kindergartenbesuch ihres Sohnes sowie einen Auszug aus dem Gewerberegister, wonach die Bw. ab dem 16. September 2005 am Standort Wien, H-Straße (Haus 5/2) das Gewerbe der Hausbetreuung, bestehend in der Durchführung einfacher

Reinigungstätigkeiten einschließlich objektbezogener einfacher Wartungstätigkeiten auf Grundlage von Werk- und freien Dienstverträgen, unter Ausschluss von Tätigkeiten reglementierter Gewerbe ausübt.

Mit Vorhalt vom 10. Jänner 2007 wurde die Bw. aufgefordert ein Bestätigung, wonach sie und ihr Sohn ab dem September 2005 im Inland krankenversichert seien vorzulegen, respektive Auskunft darüber zu geben, inwieweit die ab dem September 2005 erzielten Einnahmen die Lebenshaltungskosten übersteigen haben.

In weiterer Folge wurde eine Bestätigung der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft nachgereicht, der gemäß ab September 2005 Versicherungsschutz in der Krankenversicherung sowohl für die Bw. als auch deren Sohn bestehe.

Darüber hinaus ermittelte die Abgabenbehörde erster Instanz, dass die Bw. und ihr Sohn ab dem 14. Dezember 2006 den Hauptwohnsitz nach 1130 Wien, PGasse verlegt hätten.

Aus einer Mitteilung an des BV Team des Wohnsitzfinanzamtes sei zur gewerblichen Tätigkeit der Bw. ausgeführt worden, dass diese über drei Auftraggeber verfüge und ihre Rechnungen aus eigenem erstelle.

Die Bw. werbe für ihre Aufträge selbst und sei diese über ein Handy erreichbar.

Persönliche Abhängigkeiten bestünden nicht und trage die Bw. ebenso das Unternehmerrisiko. Was die Einkommensverhältnisse der Bw. anlange, so habe diese betreffend das Jahr 2005 Einkünfte im Ausmaß von 722 € erklärt.

Mit Bescheid vom 9. März 2007 wurde der Antrag der Bw. auf Gewährung der Familienbeihilfe ab September 2005 abgewiesen und begründend ausgeführt, dass in Anbetracht des § 3 Abs. 1 und 2 FLAG und unter Berücksichtigung der für EU/EWR Bürger anzuwendenden VO Nr. 1408/71 Anspruch auf Familienleistungen für ihre Freizügigkeit geltend machende EU/EWR Bürger nur dann bestehe, wenn diese nachgewiesenermaßen über ausreichende Existenzmittel verfügen.

In Ansehung des Umstandes, dass die Bw. vor angeführte Beweisführung schuldig geblieben sei, sei vice versa dem Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe nicht näher zu treten gewesen.

Mit Schriftsatz vom 4. April 2007 wurde gegen den Abweisungsbescheid Berufung erhoben und seitens des rechtsfreundlichen Vertreters repliziert, dass die Bw. das angemeldete Gewerbe bereits seit September 2005 ausübe, wobei der Standort desselben mit 25. Jänner 2007 nach 1130 Wien, PGasse verlegt worden sei.

Die Einkünfte seien in Form einer Einnahmen- Ausgabenrechnung ermittelt worden, wobei zwecks Veranschaulichung die Saldenliste des Jahrs 2006 vorgelegt werde (hierzu sei angemerkt, dass in dieser Liste für das Jahr 2006 Einnahmen von 3.097 € Ausgaben von

916,82 € gegenüber gestellt worden sind , wobei sich diese überwiegend aus Fahrtaufwendungen von 192 € sowie Aufwendungen für Telefon von 492 € rekrutiert haben). In Ansehung der ebenfalls beigelegten Versicherungsbestätigung könne unzweifelhaft von der Entfaltung einer selbständigen Tätigkeit der Bw. ausgegangen werden.

Die Ansicht des Finanzamtes, dass der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Bw. nicht im Inland befindet, finde ob vorhandener persönlicher Beziehung (inländischer Wohnsitz, Besuch des Kindergartens durch den Sohn) weder Deckung in den tatsächlichen Verhältnissen, noch sei dem Umstand Beachtung geschenkt worden, dass hinsichtlich des § 3 Abs. 1 und 2 FLAG die neue Rechtslage zum Tragen komme, der gemäß sowohl die Bw. als auch ihr Sohn als EU-Bürger rechtmäßig im Sinne des § 9 NAG im Inland aufhalten.

Zusammenfassend werde daher die Aufhebung des bekämpften Bescheides beantragt.

Mit Vorhalt vom 20. September 2007 wurde die Bw. angesichts des Umstandes, dass den bis dato vorgelegten Unterlagen ein Monatsverdienst von durchschnittlich 180 € bis 200 € errechnet habe werden können, aufgefordert eine Aufstellung der ab dem September 2005 angefallenen Lebenshaltungskosten nachzureichen, respektive die Monatseinnahmen des Jahres 2007 bekannt zu geben.

Im Antwortschreiben vom 10. Oktober 2007 führte der rechtsfreundliche Vertreter der Bw. aus, dass die Aufstellung der Lebenshaltungskosten keinen tauglichen Nachweis für die Ge- bzw. Verwehrung der Familienbeihilfe darstelle, zumal weder das NAG, noch das FLAG eine derartige Beweisführung fordere.

Im übrigen sei hinsichtlich der Deklarierung der Einnahmen für das Jahr 2006 ein Irrtum unterlaufen, welcher demnächst einer Berichtigung durch die Steuerberaterin zugeführt werde.

Exemplarisch werde auf die beigelegten, monatliche Einnahmen von 1.225 € bzw. 665 € ausweisenden Saldenlisten für die Monate September 2006 und Dezember 2006 hingewiesen. Die Einnahmen des Jahres 2007 seien über jenen des Vorjahres angesiedelt und belaufen sich diese auf durchschnittlich 800 € pro Monat.

Summa summarum erweise sich, dass die Bw. im Inland eine intensive berufliche Tätigkeit ausübe.

Aus den beigelegten Rechnungen ergebe sich außerdem, dass die Bw. für mehrere Auftraggeber tätig geworden sei.

Die Vorlage einer Arbeitserlaubnis sei in Anbetracht der seit längerem ausgeübten selbständigen Tätigkeit im Inland obsolet, respektive sei durch diese der in § 9 NAG angeführte Aufenthaltstitel ausreichend dokumentiert.

In Ansehung obiger Ausführungen werde der Antrag auf Aufhebung des bekämpften Bescheides aufrecht erhalten.

Mittels fermündlichen Vorhalts der Abgabenbehörde zweiter Instanz wurde die Bw. ersucht, nachstehende Fragen zu beantworten, respektive die dazu gehörenden Unterlagen nachzureichen:

- a. Unterlagen betreffend die Art und Weise der Geschäftsanbahnung
- b. Liste der Auftraggeber
- c. Verträge betreffend das zeitliche Ausmaß der Reinigungstätigkeit
- d. Unterlagen betreffend die Kalkulation des Honorars
- e. Modalitäten im Verhinderungsfall (Stellung eines Vertreters etc.)

In seinem Antwortschreiben vom 2. Juni 2008 gab der rechtsfreundliche Vertreter der Bw. bekannt, dass die Geschäftsanbahnung der Bw. derzeit auf Mundpropaganda basiere, wobei weitere Schritte in Überlegung stünden.

Betreffend das Jahr 2007 sei die Bw. für nachstehend angeführte Auftraggeber wie folgt tätig geworden:

FAKEG Gesamtumsatz 7.880 € (ganzjährige Tätigkeit)

Dr. IH Gesamtumsatz 1.363 € (tätig in 7 Monaten)

Dr. IS Gesamtumsatz 1.700 € (tätig in 11 Monaten)

Was die Abrechnung des Werklohn anbelange, so erfolge dieser pro Projekt bzw. nach der Häufigkeit der Tätigkeit.

In Relation der Gesamtumsätze zur aufgewendeten Zeit errechne sich ein Durchschnittsstundensatz von 10 €.

Die, je nach Arbeitsanfall telefonisch vereinbarte Leistung müsse auch im Krankheitsfall erbracht werden, wobei die Bestimmung über die Vertretung nicht bei den einzelnen Auftraggebern liege.

Abschließend gab die Bw. bekannt, dass bei Krankheit die Arbeit zu einem späteren Zeitpunkt nachgeholt werde, wobei dieser Umstand bei den Auftraggebern bislang keine Schwierigkeit dargestellt habe.

Mit Berufungsentscheidung vom 25. Juni 2008, RV/0477-W/08 wurde das Rechtsmittel der Bw. mit der Begründung, dass die Bw. einerseits im Zeitraum vom 1. September 2005 bis zum 31. Dezember 2005 gemessen an den Kriterien des § 47 Abs. 2 EStG 1988 eine nichtselbständige, und sohin gegen das Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) verstößende Tätigkeit entfaltet habe, andererseits diese ab dem 1. Jänner 2006 über keinen gültigen Aufenthaltstitel nach den §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005 verfüge, abgewiesen.

Einer gegen diese Berufungsentscheidung erhobenen Beschwerde war Erfolg beschieden und hat der Verwaltungsgerichtshof den Bescheid der Abgabenbehörde zweiter Instanz mit

Erkenntnis vom 29. September 2010, 2008/13/0160 wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts aufgehoben.

In der höchstgerichtlichen Begründung wurde hierbei ausgeführt, dass für den Zeitraum ab dem 1. Jänner 2006 für EWR-Bürger, die sich bereits vor dem 1. Jänner 2006 rechtmäßig im Bundesgebiet niedergelassen haben und nach dem Meldegesetz 1991 gemeldet sind, gemäß der Übergangsbestimmung des § 81 Abs. 4 NAG ihre aufrechte Meldung nach dem Meldegesetz 1991 als Anmeldebescheinigung im Sinne des § 53 NAG und somit - gemäß § 53 Abs. 1 letzter Satz NAG in der bei Erlassung des angefochtenen Bescheides maßgeblichen Fassung - als Dokument zur Bescheinigung des Daueraufenthaltes des EWR-Bürgers gilt.

Angesichts der Feststellungen der Abgabenbehörde, wonach die Beschwerdeführerin laut Zentralmelderegister zusammen mit ihrem Sohn seit dem 17. Jänner 2005 einen inländischen Hauptwohnsitz inne habe, gehe Hinweis, die Beschwerdeführerin habe "keinen Aufenthaltstitel nach der neuen gesetzlichen Regelung nachweisen" können, daher im Hinblick auf die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 und 2 FLAG in der ab Jänner 2006 anzuwendenden Fassung ins Leere.

Was den Zeitraum vom 1. September 2005 bis zum 31. Dezember 2005 anlange, so sei der Bescheid mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet, da die Behörde den angenommenen Verstoß gegen das AusIBG nicht nach den in der Rechtsprechung zu § 2 Abs. 2 und 4 leg. cit. entwickelten Kriterien, sondern nach ertragsteuerlichen Aspekten beurteilt hat.

Soweit sich der angefochtene Bescheid auf die Annahme eines Verstoßes gegen das AusIBG stütze, sei daher unabhängig davon, ob ein solcher Verstoß bedeuten würde, dass der Beschwerdeführerin die unmittelbare Anwendbarkeit der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 nicht zugute komme, mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet.

Über die Berufung wurde erwogen:

Im vorliegenden Fall legt die Abgabenbehörde zweiter Instanz ihrer Entscheidung nachstehenden Sachverhalt zu Grunde:

Die Bw., eine polnische Staatsbürgerin, welche nach eigenen Angaben am 6. April 2004 in Österreich eingereist ist, respektive laut Zentralmelderegister zusammen mit ihrem, nunmehr die Volksschule besuchenden Sohn seit dem 17. Jänner 2005 einen inländischen, nunmehr an nämlicher Adresse ihres Hauptauftraggebers der FAKEG befindlichen Hauptwohnsitz inne hat, übt via Gewerbeschein Reinigungstätigkeiten aus.

Die Bw. selbst wird je nach Arbeitsanfall und auf telefonische Order tätig, wobei im Krankheitsfall die Arbeit zu einem späteren Zeitpunkt nachzuholen ist.

Die Bw., ist ebenso wie ihr Sohn bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft seit dem 1. September 2005 bis laufend in der Krankenversicherung pflichtversichert.

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich hinsichtlich des Anspruches der Bw. auf Familienbeihilfe sich unter Hinweis auf die Berufungsentscheidung des UFS vom 9. Dezember 2010, RV/0828-W/10 nachstehende rechtliche Würdigung:

1. Für den Zeitraum 1. September 2005 bis zum 31. Dezember 2005

Gemäß § 3 Abs. 1 FLAG 1967 in der für den Streitzeitraum geltenden Fassung haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, 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.

§ 3 Abs. 2 leg. cit zufolge gilt Abs. 1 nicht für Personen, die sich seit mindestens sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten, sowie für Staatenlose und Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 1997 gewährt wurde.

Im Hinblick darauf, dass die Bw. ihren Angaben zufolge nicht nichtselbständig tätig war, eine nichtselbständige Tätigkeit aber auch mangels Genehmigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz zweifellos gegen das Beschäftigungsverbot verstoßen hätte, kann aus den zitierten gesetzlichen Bestimmungen kein Anspruch auf Gewährung von Familienbeihilfe abgeleitet werden.

Gemäß § 53 Abs. 1 FLAG idF des Budgetbegleitgesetzes 2001, BGBl. I Nr. 142/2000 sind jedoch Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt.

Die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, in der konsolidierten Fassung ABIEG Nr. L 28 vom 30. Jänner 1997 (Verordnung Nr. 1408/71), die gemäß Artikel 96 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 der Europäischen Parlamente und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die

Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit erst mit Wirkung vom 1. Mai 2010 aufgehoben wurde und daher im Streitzeitraum noch zur Anwendung kommt, gilt nach ihrem Art. 4 Abs. 1 Buchstabe h für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, welche Familienleistungen betreffen.

Unter Familienleistungen sind nach Art. 1 Buchstabe u sublit. i der Verordnung Nr. 1408/71 alle Sach- oder Geldleistungen zu verstehen, die zum Ausgleich von Familienlasten im Rahmen der in Art. 4 Abs. 1 Buchstabe h genannten Rechtsvorschriften bestimmt sind, jedoch mit Ausnahme der in Anhang II aufgeführten besonderen Geburts- oder Adoptionsbeihilfen.

Familienbeihilfen sind nach Art. 1 Buchstabe u sublit. ii der Verordnung Nr. 1408/71 regelmäßige Geldleistungen, die ausschließlich nach Maßgabe der Zahl und gegebenenfalls des Alters von Familienangehörigen gewährt werden.

Die Verordnung Nr. 1408/71 gilt Artikel 2 Abs.1 zufolge für Arbeitnehmer, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, soweit sie Staatsangehörige eines Mitgliedstaats sind oder als Staatenlose oder Flüchtlinge im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen, sowie für deren Familienangehörige und Hinterbliebene.

Als Arbeitnehmer wird in Artikel 1 lit. a der Verordnung Nr. 1408/71 jede Person definiert,

i) die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den Zweigen eines Systems der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer erfasst werden, pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist, und zwar vorbehaltlich der Einschränkungen in Anhang V;

ii) die im Rahmen eines für alle Einwohner oder die gesamte erwerbstätige Bevölkerung geltenden Systems der sozialen Sicherheit gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken pflichtversichert ist, die von den Zweigen erfasst werden, auf die diese Verordnung anzuwenden ist,

- wenn diese Person auf Grund der Art der Verwaltung oder der Finanzierung dieses Systems als Arbeitnehmer unterschieden werden kann oder

- wenn sie bei Fehlen solcher Kriterien im Rahmen eines für Arbeitnehmer errichteten Systems gegen ein anderes in Anhang V bestimmtes Risiko pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist;

iii) die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den unter diese Verordnung fallenden Zweigen erfasst werden, im Rahmen eines für Arbeitnehmer, für alle Einwohner eines Mitgliedstaats oder für bestimmte Gruppen von Einwohnern geschaffenen Systems der sozialen Sicherheit eines Mitgliedstaats freiwillig versichert ist, wenn sie früher im Rahmen

eines für die Arbeitnehmer desselben Mitgliedstaats errichteten Systems gegen das gleiche Risiko pflichtversichert war;

Gemäß § 2 Abs. 1 Z 1 des Gewerblichen Sozialversicherungsgesetzes (GSVG) sind auf Grund dieses Bundesgesetzes die Mitglieder der Kammern der gewerblichen Wirtschaft, soweit es sich um natürliche Personen handelt, in der Krankenversicherung und in der Pensionsversicherung pflichtversichert.

Mitglieder der Wirtschaftskammern und Fachorganisationen sind gemäß § 2 Abs. 1 Wirtschaftskammergesetz 1998 alle physischen und juristischen Personen sowie sonstige Rechtsträger, die Unternehmungen des Gewerbes, des Handwerks, der Industrie, des Bergbaues, des Handels, des Geld-, Kredit- und Versicherungswesens, des Verkehrs, des Nachrichtenverkehrs, des Rundfunks, des Tourismus und der Freizeitwirtschaft sowie sonstiger Dienstleistungen rechtmäßig selbständig betreiben oder zu betreiben berechtigt sind.

Zu den Mitgliedern gemäß Abs. 1 leg. cit. zählen Abs. 2 zufolge jedenfalls Unternehmungen, die der Gewerbeordnung unterliegen sowie insbesondere solche, die in der Anlage zu diesem Gesetz angeführt sind.

Da die Bw. - wie dem Auszug aus dem Gewerberegister zu entnehmen ist, - mit dem von ihr angemeldeten Gewerbe der Gewerbeordnung unterliegt und damit Mitglied der Kammer der Gewerblichen Wirtschaft ist, ist sie auch - wie von der Versicherungsanstalt der Gewerblichen Wirtschaft bestätigt - bei dieser pflichtversichert.

Da die Bw. über die Berechtigung zur Ausübung des genannten der Gewerbeordnung unterliegenden Gewerbes verfügte, fällt sie, in Anbetracht obiger Ausführungen in den persönlichen Geltungsbereich der Verordnung Nr. 1408/71.

Die Personen, die im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen und für die diese Verordnung gilt, haben gemäß Artikel 3 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71 die gleichen Rechte und Pflichten auf Grund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie Staatsangehörige dieses Staates, soweit besondere Bestimmungen dieser Verordnung nichts anderes vorsehen.

Da die Bw. in den Geltungsbereich der Verordnung Nr. 1408/71 fällt und im Inland wohnt, sind auf sie die gleichen rechtlichen Vorschriften wie auf österreichische Staatsbürger anzuwenden. Es sind dementsprechend für sie die Vorschriften des FLAG 1967 in der gleichen Weise wie für einen österreichischen Staatsbürger maßgeblich.

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

Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 hat Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört.

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.

Im Hinblick darauf, dass die Bw., die im gemeinsamen Haushalt mit ihrem minderjährigen Sohn lebt, im Bundesgebiet ihren Wohnsitz hat, und sich hier eine Existenz aufbauen will, ist davon auszugehen, dass sie den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Jahr 2005 in das Inland verlegt hat.

Daher erfüllte die Bw. im Zeitraum vom 1. September 2005 bis zum 31. Dezember 2005 sämtliche für österreichische Staatsbürger geltenden Anspruchsvoraussetzungen für die Gewährung von Familienbeihilfe und hat daher entsprechend dem in Artikel 3 der Verordnung Nr. 1408/71 verankerten Gleichheitsgrundsatz ebenso wie eine österreichischer Staatsbürger Anspruch auf Familienbeihilfe.

2. Für den Zeitraum ab dem 1. Jänner 2006

Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben gemäß § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) 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 leg. cit. für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.

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

1. eine "Anmeldebescheinigung" (§ 53 NAG) für EWR-Bürger, die sich länger als drei Monate in Österreich aufhalten, und

2. eine "Aufenthaltskarte für Angehörige eines EWR-Bürgers" (§ 54 NAG) für Drittstaatsangehörige, die Angehörige von gemeinschaftsrechtlich aufenthaltsberechtigten EWR-Bürgern sind.

Gemäß § 9 Abs. 2 NAG werden zur Dokumentation des gemeinschaftsrechtlichen Daueraufenthaltsrechts auf Antrag ausgestellt:

1. eine "Bescheinigung des Daueraufenthalts" (§ 53a) für EWR-Bürger, die das Daueraufenthaltsrecht erworben haben, und
2. eine "Daueraufenthaltskarte" (§ 54a) für Drittstaatsangehörige, die Angehörige eines EWR-Bürgers sind und das Recht auf Daueraufenthalt erworben haben.

Inhabern von Anmeldebescheinigungen (§ 3 Abs. 1 Z 1 NAG) oder Bescheinigungen des Daueraufenthalts (§ 3 Abs. 2 Z 1 NAG) kann gemäß § 9 Abs. 3 NAG auf Antrag ein "Lichtbildausweis für EWR-Bürger" mit fünfjähriger Gültigkeitsdauer ausgestellt werden. Der Lichtbildausweis für EWR-Bürger, die Aufenthaltskarte und die Daueraufenthaltskarte gelten als Identitätsdokumente. Form und Inhalt der Anmeldebescheinigung, der Bescheinigung des Daueraufenthalts, des Lichtbildausweises für EWR-Bürger, der Aufenthaltskarte und der Daueraufenthaltskarte legt der Bundesminister für Inneres durch Verordnung fest.

EWR-Bürger, denen das gemeinschaftsrechtliche Aufenthaltsrecht zukommt (§§ 51 und 52 NAG), haben gemäß § 53 Abs. 1 NAG, wenn sie sich länger als drei Monate im Bundesgebiet aufhalten, dies binnen vier Monaten ab Einreise der Behörde anzugeben. Bei Vorliegen der Voraussetzungen (§§ 51 oder 52 NAG) ist von der Behörde auf Antrag eine Anmeldebescheinigung auszustellen.

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 Selbstständige sind;
2. für sich und ihre Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel und einen umfassenden Krankenversicherungsschutz verfügen, so dass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen 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.

Die Erwerbstätigeneigenschaft als Arbeitnehmer oder Selbständiger gemäß Abs. 1 Z 1 NAG bleibt § 51 Abs. 2 NAG zufolge dem EWR-Bürger, der diese Erwerbstätigkeit nicht mehr ausübt, erhalten, wenn er

1. wegen einer Krankheit oder eines Unfalls vorübergehend arbeitsunfähig ist;
2. sich als Arbeitnehmer bei ordnungsgemäß bestätigter unfreiwilliger Arbeitslosigkeit nach mehr als einjähriger Beschäftigung der zuständigen regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice zur Verfügung stellt;
3. sich als Arbeitnehmer bei ordnungsgemäß bestätigter unfreiwilliger Arbeitslosigkeit nach Ablauf seines auf weniger als ein Jahr befristeten Arbeitsvertrages oder bei im Laufe der ersten zwölf Monate eintretender unfreiwilliger Arbeitslosigkeit der zuständigen regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice zur Verfügung stellt, wobei in diesem Fall die Erwerbstätigeneigenschaft während mindestens sechs Monaten erhalten bleibt, oder
4. eine Berufsausbildung beginnt, wobei die Aufrechterhaltung der Erwerbstätigeneigenschaft voraussetzt, dass zwischen dieser Ausbildung und der früheren beruflichen Tätigkeit ein Zusammenhang besteht, es sei denn, der Betroffene hat zuvor seinen Arbeitsplatz unfreiwillig verloren.

Gemäß § 51 Abs. 3 NAG hat der EWR-Bürger zur Wahrung seines Rechts diese Umstände, wie auch den Wegfall der in Abs. 1 Z 1 bis 3 NAG genannten Voraussetzungen der Behörde unverzüglich, längstens jedoch binnen einem Monat, bekannt zu geben. Der Bundesminister für Inneres ist ermächtigt, die näheren Bestimmungen zur Bestätigung gemäß § 51 Abs. 2 Z 2 und 3 NAG mit Verordnung festzulegen.

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.

Der Tod des zusammenführenden EWR-Bürgers, sein nicht bloß vorübergehender Wegzug aus dem Bundesgebiet, die Scheidung oder Aufhebung der Ehe sowie die Auflösung der eingetragenen Partnerschaft mit ihm berühren gemäß § 52 Abs. 2 NAG nicht das Aufenthaltsrecht seiner Angehörigen gemäß § 52 Abs. 1 NAG.

Gemäß § 53 Abs. 2 NAG sind zum Nachweis des gemeinschaftsrechtlichen Aufenthaltsrechts ein gültiger Personalausweis oder Reisepass sowie folgende Nachweise vorzulegen:

1. nach § 51 Abs. 1 Z 1 NAG: eine Bestätigung des Arbeitgebers oder ein Nachweis der Selbständigkeit;
2. nach § 51 Abs. 1 Z 2 NAG: Nachweise über ausreichende Existenzmittel und einen umfassenden Krankenversicherungsschutz;
3. nach § 51 Abs. 1 Z 3 NAG: Nachweise über die Zulassung zu einer Schule oder Bildungseinrichtung und über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz sowie eine Erklärung oder sonstige Nachweise über ausreichende Existenzmittel;
4. nach § 52 Abs. 1 Z 1 NAG: ein urkundlicher Nachweis des Bestehens der Ehe oder eingetragenen Partnerschaft;
5. nach § 52 Abs. 1 Z 2 und 3 NAG: ein urkundlicher Nachweis über das Bestehen einer familiären Beziehung sowie bei Kindern ab Vollendung des 21. Lebensjahres und Verwandten des EWR-Bürgers, seines Ehegatten oder eingetragenen Partners in gerader aufsteigender Linie ein Nachweis über die tatsächliche Unterhaltsgewährung;
6. nach § 52 Abs. 1 Z 4 NAG: ein Nachweis des Bestehens einer dauerhaften Beziehung mit dem EWR-Bürger im Herkunftsstaat;
7. nach § 52 Abs. 1 Z 5 NAG: ein urkundlicher Nachweis einer zuständigen Behörde des Herkunftsstaates der Unterhaltsleistung des EWR-Bürgers oder des Lebens in häuslicher Gemeinschaft oder der Nachweis der schwerwiegenden gesundheitlichen Gründe, die die persönliche Pflege durch den EWR-Bürger zwingend erforderlich machen.

Für EWR-Bürger und Schweizer Bürger, die bereits vor dem In-Kraft-Treten dieses Bundesgesetzes rechtmäßig im Bundesgebiet niedergelassen und nach dem Meldegesetz 1991 gemeldet sind, gilt gemäß der Übergangsbestimmung des § 81 Abs. 4 NAG ihre aufrechte Meldung nach dem Meldegesetz 1991 als Anmeldebescheinigung im Sinne des § 53 NAG und somit als Dokument zur Bescheinigung des Daueraufenthaltes des EWR-Bürgers .

Nachdem die Bw. und ihr minderjähriger Sohn zum 1.1.2006 über eine aufrechte Meldung nach dem Meldegesetz verfügten, gilt dies als Anmeldebescheinigung im Sinne des § 53 NAG.

Die Bw. und ihr Sohn halten sich daher nach § 9 NAG rechtmäßig in Österreich auf und erfüllen daher die in § 3 Abs. 1 und 2 FLAG 1967 in der derzeit geltenden Fassung festgelegten Voraussetzungen für die Gewährung von Familienbeihilfe.

Eine Beurteilung der von der Bw. tatsächlich ausgeübten Tätigkeit ist im Hinblick darauf, dass die zitierten gesetzlichen Bestimmungen des FLAG 1967 in der derzeit geltenden Fassung dieser keine Bedeutung beimessen, nicht erforderlich.

In Ansehung der unter den Punkten 1 und 2 getroffenen rechtlichen Erwägungen erweist sich der in Berufung gezogene Abweisungsbescheid des Finanzamtes vom 9. März 2007 als inhaltlich rechtswidrig und war dieser aufzuheben.

Wien, am 3. Februar 2011