



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des GSW, vom 23. April 2012 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 4/5/10 vom 04. April 2012 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab Jänner 2006 für seine Tochter CA, geboren am XX.XX.XXXX und ab Jänner 2007 für seine Tochter GS, geboren am YY.YY.YYYY, entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Der Berufungswerber (Bw) – beantragte mit Datum 08. September 2011 Familienbeihilfe ab Jänner 2007 für seine Tochter, GS, geboren am YY.YY.YYYY und ab Jänner 2006 für seine Tochter CA, geboren am XX.XX.XXXX.

Im Rahmen einer Vorsprache des Bw im zuständigen Finanzamt am 08. September 2011 wies er darauf hin, dass EU-rechtliche Bestimmungen die Gleichbehandlung der Adoptivkinder vorsehen würden und führte aus, dass er seine Tochter GS in Nigeria und seine Tochter CA in Wien adoptiert habe. Weiters verwies der Bw darauf, dass die MA 35 seine Freizügigkeit nach dem EU-Recht bestätigt habe, begründet mit seiner Tätigkeit in den Jahren 1996 und 1997 in England. Die einmal erworbene Freizügigkeit müsse nicht mehr erneuert werden, könne daher nicht verlustig geraten. Aufgrund der in der RL 38/2004 EG dargestellten europäischen Rechtsnorm ergebe sich ein de facto-Aufenthaltsrecht für Familienangehörige eines EU-

Bürgers aus dem EU-Vertrag, auch wenn die nationale Behörde das Niederlassungsrecht nicht verliehen. Der Bw vertrat die Meinung, dass er das Aufenthaltsrecht, abgeleitet aus seiner Staatsbürgerschaft als Österreicher (EU-Bürger) bzw der Freizügigkeit bezüglich der Rückkehr aus dem EU-Ausland nach Österreich auch auf seine Angehörigen übertrage. Die Bestimmung des § 3 Abs 1 und 2 FLAG sei – nach Meinung des Bw – EU-rechtswidrig, da sie die verschiedenen Formen des Aufenthaltsrechts für EU-Bürger von der Entscheidung der nationalen Behörden abhängig mache, wobei hier nationale Begriffsbestimmungen wie zB die NAG-Karte (die im EU-Recht als solche nicht definiert sei) taxativ aufliste und somit explizit andere Rechte der Niederlassung, wie sie das EU-Recht vorsehe, regelrecht ausschließe. Ein Antrag für die Daueraufenthaltskarte für die Wahlkinder sei bei der MA 35 eingebracht worden, jedoch innerhalb der Frist von sechs Monaten nicht entschieden worden.

Mit Vorhalt vom 02. März 2012 wurde der Bw ersucht, Schulbesuchsbestätigungen seit 2006 für CA und seit 2007 für GS sowie die Geburtsurkunde und den Adoptionsbeschluss von CA zu übermitteln. Da GS von Deutschland zugezogen ist, wurde der Bw gefragt, ob er in Deutschland berufstätig gewesen sei. Der Bw wurde ersucht, Nachweise bezüglich seiner Tätigkeiten in Großbritannien und Deutschland nachzureichen.

Der Bw übermittelte ua die nigerianische Geburtsurkunde und den Adoptionsvertrag sowie die Bewilligung der Annahme an Kindesstatt des Bezirksgerichts Leopoldstadt von CA und die Geburtsurkunde von GS..

In Beantwortung eines Auskunftersuchens des Finanzamtes teilte die Magistratsabteilung 35 (Einwanderung, Staatsbürgerschaft, Standesamt) des Magistrats der Stadt Wien mit E-Mail vom 09. Jänner 2012 mit, dass sich die beiden Kinder des Bw, nämlich GS, geboren am YY.YY.YYYY und CA, geboren am XX.XX.XXXX unrechtmäßig in Österreich aufhielten.

Mit Abweisungsbescheid vom 04. April 2012 wurde der Antrag des Bw vom 12.09.2011 auf Familienbeihilfe ab Jänner 2007 für seine Tochter, GS, geboren am YY.YY.YYYY und ab Jänner 2006 für seine Tochter CA, geboren am XX.XX.XXXX abgewiesen. Begründet wurde der Bescheid mit dem Hinweis auf § 3 Abs 2 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967, wonach für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger seien, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe bestehe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhielten. Da sich laut einer Auskunft der Magistratsabteilung 35 des Magistrats der Stadt Wien die beiden Töchter des Bw unrechtmäßig in Österreich aufhielten, wurde der Antrag auf Familienbeihilfe abgewiesen.

In der Berufung vom 23. April 2012 wies der Bw darauf hin, dass ihm die Behörde die Mitteilung der MA 35 hätte vorhalten müssen, um damit der Partei Gelegenheit zu geben,

allfällig fehlerhafte Ermittlungsergebnisse vor der Entscheidung der Sache richtigzustellen bzw richtigstellen zu lassen. Der Bw beantragte, den bekämpften Bescheid aufzuheben und die Mitteilung der MA 35 vorzuhalten.

Die Berufung wurde – ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung – der Abgabenbehörde zweiter Instanz vorgelegt.

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

Folgender Sachverhalt wird der Entscheidung zu Grunde gelegt:

- Der Bw beantragte Familienbeihilfe ab 2006 für CA, geboren am XX.XX.XXXX.
- Laut Zentralem Melderegister ist CA nigerianische Staatsangehörige und seit 15.11.2006 in Österreich gemeldet und war vom 14.09.2009 bis zum 30.08.2010 an der Wohnadresse des Bw gemeldet.
- Laut Schriftsatz vom 22.04.2008 bewilligte das Bezirksgericht Leopoldstadt auf Grund des schriftlichen Vertrages vom 23.08.2006 die Annahme an Kindesstatt der CA, als Wahlkind durch den Bw, als Wahlvater.
- Der Bw beantragte Familienbeihilfe ab 2007 für seine Tochter GS, geboren am YY.YY.YYYY.
- Laut Zentralem Melderegister ist GS nigerianische Staatsangehörige und seit 11.05.2007 in Österreich (an der Wohnadresse des Bw) gemeldet.
- Laut Auskunft der Magistratsabteilung 35 des Magistrats der Stadt Wien vom 09.01.2012 halten sich die beiden Töchter des Bw unrechtmäßig in Österreich auf.

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Antrag auf Familienbeihilfe ab 2006 für seine Tochter CA und dem Antrag auf Familienbeihilfe ab 2007 für seine Tochter GS vom 08.09.2011, dem Zentralen Melderegister, einem Schriftsatz des Bezirksgerichts Leopoldstadt vom 22.04.2008 und einer Auskunft der Magistratsabteilung 35 des Magistrats der Stadt Wien vom 09.01.2012.

Der Sachverhalt ist in folgender Weise rechtlich zu würdigen:

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

Die Richtlinie 2004/38/EG betrifft das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten. Dieses Recht gilt jedoch vorbehaltlich der im Vertrag und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen. Die in der Richtlinie näher bestimmten Rechte sowie die Einschränkungen werden im Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) umgesetzt (Herwig Aigner/Rudolf Wanke in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 3 Rz 122).

Wird Familienbeihilfe für ein Kind beantragt, das ein Fremder ist, muss für dieses Kind der rechtmäßige Aufenthalt im Bundesgebiet nach § 8 oder § 9 NAG gegeben sein (vgl aaO, Rz 222). Nach der geltenden Rechtslage kommt es nach Abs 2 des § 3 FLAG darauf an, ob für das anspruchsvermittelnde Kind ein aufrechter Aufenthaltstitel nach § 8 oder nach § 9 NAG besteht (vgl aaO, Rz 146).

Für Drittstaatsangehörige und Staatenlose bewirken die in § 8 NAG aufgezählten Aufenthaltstitel einen rechtmäßigen Aufenthalt im Bundesgebiet. Der Aufenthaltstitel nach § 8 NAG dokumentiert sich durch die NAG-Karte (vgl aaO, Rz 161).

Da sich laut Auskunft der Magistratsabteilung 35 des Magistrats der Stadt Wien vom 09.01.2012 beiden Töchter des Bw, CA und GS, unrechtmäßig in Österreich aufhalten und der Bw nie behauptet hat, dass seine beiden Töchter über einen aufrechten Aufenthaltstitel verfügen, wird davon ausgegangen, dass für CA, geboren am XX.XX.XXXX und für GS, geboren am YY.YY.YYYY der rechtmäßige Aufenthalt im Bundesgebiet nach § 8 oder § 9 NAG nicht gegeben ist.

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 Judikatur tritt die amtswegige Ermittlungspflicht gegenüber der Behauptungs- und Mitwirkungspflicht in den Hintergrund, wenn die Behörde nur auf Antrag tätig wird (VwGH vom 20.06.1990, 89/13/0107) (vgl Ritz, BAO<sup>4</sup>, § 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 (VwGH vom 16.04.1971, 1814/69 VwSlg 4215 F/1971).

Da Familienbeihilfe gemäß § 10 Abs 1 FLAG nur auf Antrag gewährt wird, lag es im Rahmen der Mitwirkungspflicht des Bw jene Umstände darzulegen, aus denen sich die Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug von Familienbeihilfe für seine Töchter ergeben hätten. Dem Vorbringen des Bw in seiner Berufung, wonach ihm die Behörde die Mitteilung der MA 35 hätte vorhalten müssen, um damit der Partei Gelegenheit zu geben, allfällig fehlerhafte Ermittlungsergebnisse vor der Entscheidung der Sache richtigzustellen bzw richtigstellen zu lassen ist, wird entgegnet, dass der Bw im Rahmen seiner Berufung die Möglichkeit gehabt hat, den rechtmäßigen Aufenthalt seiner beiden Töchter in Österreich nachzuweisen. Es liegt an der Partei, sich mit den Ausführungen im angefochtenen Bescheid auseinanderzusetzen, zu versuchen diese zu entkräften und Ermittlungsergebnisse zu widerlegen. Da die diesbezüglichen Feststellungen des angefochtenen Bescheides als Vorhalt gelten, vermögen sie auch im Ausmaß dieser als Gewährung des Parteiengehörs zu wirken.

Ein Anspruch auf Gewährung von Familienbeihilfe besteht somit nicht. Das Finanzamt hat daher die Gewährung der Familienbeihilfe zu Recht versagt.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 14. Juni 2012