



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat durch die Vorsitzende Dr. Judith Leodolter und die weiteren Mitglieder Mag. Andrea Müller-Dobler, Mag. Franz Josef Gross und Mag. Heinrich Witetschka im Beisein der Schriftführerin Andrea Newrkla über die Berufung der Bw., vertreten durch Mag. Martin Kranich, Neubaugasse 68, 1070 Wien, vom 16. Februar 2012 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 12/13/14 Purkersdorf, vertreten durch Mag. Patric Flament, vom 18. Jänner 2012 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum ab 1. Jänner 2006 nach der am 5. Dezember 2012 in 1030 Wien, Vordere Zollamtsstraße 7, durchgeführten mündlichen Berufungsverhandlung entschieden:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.

Für das Kind V steht ab Oktober 2011 Familienbeihilfe zu.

### **Entscheidungsgründe**

Die Berufungswerberin (Bw.) stellte am 6. Oktober 2011, eingelangt beim Finanzamt am 11. Oktober 2011, einen Antrag auf Zuerkennung der Familienbeihilfe für ihren Sohn V, geboren im April 1992. Der Sohn ist Schüler an der Schule, die voraussichtlich mit Schuljahr 2011/12 beendet wird.

Als Beruf gibt die Bw. selbständig erwerbstätig an, der Beruf ihres Ehemannes ist Hausmann. Laut Sozialversicherungsdatenbank liegen bis September 2011 keine Versicherungsdaten vor, ebenso hat die Bw. weder Einkünfte aus selbständiger noch nichtselbständiger Tätigkeit erklärt.

Die Bw. ist seit August 2003 bis September 2006, sowie wieder seit Februar 2008 in Österreich gemeldet. Gleiches gilt für ihren Sohn.

Laut Zentralem Melderegister ist die Bw. an folgenden Adressen gemeldet:

04.08.2003 – 20.10.2003	w12
20.10.2003 – 22.09.2006	W16
14.02.2008 – 19.09.2008	W16
19.09.2008 -	W13

Laut Zentralem Melderegister ist der Gatte der Bw. an folgenden Adressen gemeldet:

23.04.2002 – 20.10.2003	w12
20.10.2003 – 19.09.2008	W16
19.09.2008 - 25.03.2011-	W13

Der Gatte der Bw. und Kindesvater ist im April 2002 in Österreich eingereist und war in den Jahren 2006 bis 2010 bei der Österreichischen Sozialversicherung mit seinen Einkünften als gewerblich selbständiger Erwerbstätiger gemeldet. Laut Einkommensteuererklärungen aus den Jahren 2006 bis 2008 wurde zunächst im Jahr 2006 ein Einkommen von 78.000 € festgesetzt. Dieses Ergebnis resultiert aus einer Schätzung im Zuge einer abgabenrechtlichen Prüfung. Im März 2007 wurde der Konkurs eröffnet und im Zuge dieses Verfahrens wurden alle Steuerschulden gelöscht. Seit dem Jahr 2007 hat der Kindesvater keine Einkünfte erklärt. Laut Einkommensteuerbescheid 2007 wurde das Einkommen im Schätzungswege mit 440 € festgesetzt.

Laut Zentralem Melderegister ist der Sohn der Bw. an folgenden Adressen gemeldet:

07.10.2003 – 20.10.2003	w12
20.10.2003 – 22.09.2006	W16
14.02.2008 – 19.09.2008	W16
19.09.2008 -	W13

Der Sohn war analog mit der Bw. im Zeitraum 23. September 2006 bis 13. Februar 2008 nicht in Österreich gemeldet.

Mit Vorhalt vom 11. November 2011 wurde die Bw. seitens des Finanzamtes aufgefordert ihr Visum, jenes ihres Gattens sowie ihres Sohnes bis Dezember 2006, den Nachweis von Existenzmitteln und einer Krankenversicherung ab dem Jahr 2006 vorzulegen.

Mit Bescheid vom 18. Jänner 2012 wurde der Antrag auf Familienbeihilfe vom Finanzamt mangels Vorlage der abverlangten Unterlagen und Verletzung der Mitwirkungspflichten gemäß § 115 BAO ab Jänner 2006 abgewiesen.

Gegen diesen Bescheid erhob die Bw. Berufung und führte als Begründung aus, dass es ihr nicht möglich war, die abverlangten Unterlagen innerhalb der vorgeschriebenen Frist zu besorgen. Die Bw. kündigt in ihrem Schreiben die Beilage ihres Visums und jenes ihres Sohnes bis 12/2006 an (Anmerkung: diese Unterlagen sind nicht Akteninhalt!). Die Bw. habe für diesen Zeitraum einen Antrag auf Niederlassungsbewilligung für ihren Sohn und sich gestellt.

Am 1.1.2007 trat Bulgarien der Europäischen Union bei. Die Bw. vertritt die Meinung, dass ihr Sohn und sie über den gesamten Zeitraum - von der Antragstellung am 31. März 2005 bis zum EU-Beitritt - über einen rechtmäßigen Aufenthalt verfügen.

Die Bw. legte weiters folgende Unterlagen der Berufung bei:

- ) Tätigkeitsnachweis des Ehegatten (nicht im Akt), sowie die Einkommensteuerbescheide für die Jahre 2006, 2007 und 2008.
- ) Krankenversicherung: letzter Krankenversicherungsauszug der SVA; der Sohn sei derzeit (Anmerkung Februar 2012) bei der Bw. krankenversichert.
- ) Jahreszeugnisse des Sohnes für die Jahre 2007 – 2010.
- ) Antrag auf Kontenvertrag, wobei die Bw. keine Bankomatkarte besitze.

Abschließend beantragte die Bw. die Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie die Entscheidung durch einen Senat.

Mit Vorhalt vom 20. Februar 2012 wurde die Bw. nochmals aufgefordert, ihre Existenzmittel nachzuweisen, da ansonsten kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestehe, weil der bloße Aufenthalt in Österreich keinen Anspruch auf Familienbeihilfe begründe.

Begründend wurde ausgeführt, dass die Bw. in Österreich laut Sozialversicherungsdatenbank nie beschäftigt war, und ihr Ehemann nur bis zum Jahr 2006 Einkünfte aus selbständiger Arbeit erzielte. Im Jahr 2007 ging das Unternehmen ihres Ehemannes in Konkurs und er erklärte keine Einnahmen mehr aus dieser Tätigkeit.

Anspruch bestehe für EU-Bürger nur, wenn sie in Österreich selbständig oder nichtselbständig tätig sind oder über ausreichende Existenzmittel und eine Krankenversicherung verfügen.

Mit diesem Vorhalt wurde die Bw. nochmals aufgefordert, ihre Existenzmittel für den verfahrensgegenständlichen Zeitraum nachzuweisen.

Mit Schreiben vom 12. März 2012 führte die Bw. betreffend Krankenversicherung aus, dass ihr Sohn im Zeitraum 18. Dezember 2003 bis 30. April 2010 beim Ehemann der Bw. und ab dem 7. Oktober 2011 bei der Bw. selbst mitversichert war.

Betreffend der finanziellen Existenzmittel führte die Bw. aus, dass der Ehemann hohe Einkünfte in den Jahren vor 2008, wie beispielsweise im Jahr 2007 ca. 78.000 € erzielte. Danach waren sie auf Zahlungen der Großeltern (MS und SS) angewiesen. Diese hätten ihre Eigentumswohnung veräußert, um den Lebensunterhalt der Bw. und deren Familie zu finanzieren.

Betreffend den Mittelpunkt der Lebensinteressen führte die Bw. aus, dass sie und ihre Familie seit dem Jahr 2002 in Österreich leben. Ihr Sohn besucht seit dem Jahr 2003 eine österreichische Schule, er ist in Österreich aufgewachsen. Ihre Familie pflege lediglich in Österreich private Beziehungen. Seit dem Jahr 2003 war der Sohn in Österreich auch krankenversichert (mit Ausnahme von 17 Monaten, in welchen keine Krankenversicherung bestand). In diesen 17 Monaten kam es zu keiner Verlagerung der Lebensinteressen, da nur wenig Kontakt mit Bulgarien gepflegt wurde.

Beigelegt wurden folgende Unterlagen:

- ) Versicherungsbestätigung des Sohnes von 7.10.2011
- ) Versicherungsbestätigung von 18.12.2003 bis 30.4.2010
- ) Schulzeugnis des Sohnes 2007
- ) Schulzeugnis des Sohnes 2011
- ) Schreiben der MA 35 über Einstellung des Aufenthaltsverfahrens (Eingangsdatum 31.3.2005, Einstellung 26.11.2007)

Diese Berufung wurde dem Unabhängigen Finanzsenat direkt vorgelegt.

Im Zuge eines Telefonates der Referentin vom 5. November 2012 mit dem zuständigen Bearbeiter der MA 35 hinsichtlich der „Bestätigung über erteilte Aufenthaltstitel“ führte XY zur Frage, wie diese Bestätigung zu verstehen ist, ob ein aufrechter Aufenthaltstitel der Bw. vorliegt oder nicht, wie folgt aus:

„Das Verfahren wurde von Amts wegen eingestellt, da die Antragstellerin für die MA 35 nicht greifbar war. Dem Antrag wurde nicht stattgegeben, weil die Antragstellerin die Fristen nicht eingehalten hat, es wurden Nachfristen gesetzt, die wiederum nicht eingehalten wurden, sie war nicht in Österreich gemeldet.

Mit 31. März 2005 wurde ein Antrag auf Anmeldebescheinigung gemäß § 9 NAG gestellt. Für die Behörde war dieser Antrag frühzeitig gestellt, da Bulgarien erst mit 1.1.2007 EU-Mitgliedsstaat wurde. Dieses Verfahren wurde per 24. Oktober 2007 aus den o.a. Gründen eingestellt. Die Antragstellerin verfügt folglich über keinen rechtmäßigen Aufenthaltstitel.

Ein Antrag gemäß § 8 NAG wurde nicht gestellt. Es gibt auch keinen neuen Antrag.“

Ergänzend wurde erwähnt, dass seitens der MA 35 bei Einschränkung der Freizügigkeit (für Rumänien und Bulgarien gilt dies bis 2014) die Erhaltungsfähigkeit des Antragsstellers überprüft werden muss.

In der am 5. Dezember 2012 abgehaltenen mündlichen Berufungsverhandlung wurde ergänzend ausgeführt:

Vorgehalten wird von der Referentin im Zusammenhang mit der aktenkundigen Bestätigung über erteilte Aufenthaltstitel vom 9. März 2012 die Auskunft des zuständigen Sachbearbeiters, XY, von der MA 35, wonach das Verfahren eingestellt wurde, weil der Antrag zu einem Zeitpunkt, wo Bulgarien noch Drittstaat war, eingebracht wurde, und die Bw. "nicht greifbar" war.

Der Vertreter der Bw. führt aus, dass eine formale Bewilligung eines Aufenthaltstitels im gegenständlichen Fall nicht erforderlich ist und verweist hierzu auf die Berufungsentscheidung des UFS Wien vom 9. Dezember 2012, RV/0828-W/10, wonach EU-Bürger, die über eine Anmeldebescheinigung und darüber hinaus über einen Titel gemäß § 9 NAG verfügen, die Voraussetzungen des § 3 FLAG erfüllen.

Weiters führt der steuerliche Vertreter aus, dass aus dem Schreiben der MA 35 vom 9. März 2012 nicht ersichtlich ist, dass der Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels abgewiesen wurde.

Der Finanzamtsvertreter wendet ein, dass die Bw. über einen gültigen Aufenthaltstitel nach § 9 NAG bzw. § 8 NAG nicht verfügt hat und nicht verfügt. Dem Einwand des steuerlichen Vertreters, wonach ein Aufenthaltstitel nicht erforderlich sei, wird entgegengehalten, dass in der vom Vertreter herangezogenen Berufungsentscheidung die rechtmäßige Niederlassung und Meldung im Sinne des § 8 NAG Voraussetzung ist. Weiters wird vorgebracht, dass die Bw.

im Zeitraum vom Oktober 2006 bis Februar 2008 in Österreich nicht gemeldet war und insoweit die Auskunft des XY, wonach die Bw. nicht auffindbar war, im Einklang damit steht.

Darüber hinaus ist nach Ansicht des Finanzamtes für jene Zeiten, zu welchen die Bw. überhaupt in Österreich aufhältig war, der Nachweis von ausreichenden Existenzmitteln im Sinne des § 51 NAG erforderlich.

Der steuerliche Vertreter führt aus, dass es sich seiner Auffassung nach bei dem Schreiben vom 9. März 2012 um eine rechtswidrige Bestätigung handelt. Ein Bescheidwille dahingehend, dass der Antrag der Bw. auf Erteilung eines Aufenthaltstitels abgewiesen wird, ist daraus nicht ersichtlich. Die Bestätigung konnte daher auch nicht in Rechtskraft erwachsen.

Die Abmeldung der Bw. im Oktober 2006 erfolgte nicht durch die Bw. sondern seitens der Meldebehörde "ex offio".

Vorgelegt und zum Akt genommen wird ein diesbezüglicher Aktenvermerk des steuerlichen Vertreters vom 4. Dezember 2012.

Weiters wird vorgelegt ein ergänzender Schriftsatz incl. Beilagen, wie der Mietvertrag betreffend ds, welcher mit den Ehegatten HI abgeschlossen wurde, ein weiterer Mietvertrag, welcher mit der Bw. als Mieterin betreffend die xy abgeschlossen wurde, ein Grundbuchsauszug betreffend den Ankauf einer Eigentumswohnung durch den Ehegatten der Bw. laut Kaufvertrag vom 25. Mai 2005, Auszüge aus dem Zentralen Melderegister, Rechnungen der Wien-Energie, eine Kopie des Reisepasses der Bw., eine Bestätigung der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft vom 8. März 2012, die Einkommensteuerbescheide betreffend des Ehegatten für die Jahre 2006 und 2007 sowie eine eidesstattliche Erklärung des Vaters der Bw., wonach er im Laufe von 10 Jahren seine Tochter finanziell unterstützt hat.

Der Finanzamtsvertreter wendet ein, dass nach Rechtsansicht des Finanzamtes nur dann von ausreichenden Existenzmitteln auszugehen ist, wenn diese selbst erwirtschaftet werden, hingegen genügt es nicht, wenn die Bw. finanziell unterstützt wird. Zur Vorlage der beiden Mietverträge wird eingewendet, dass der Abschluss eines Mietvertrages nichts darüber aussagt, dass jemand tatsächlich körperlich anwesend ist und diese Wohnung auch tatsächlich bewohnt. In diesem Zusammenhang erscheint es dem Finanzamt nicht stimmig zu sein, dass in Anbetracht des Erwerbes einer Eigentumswohnung im Jahr 2005 dennoch im Jahr 2008 ein Mietvertrag abgeschlossen wurde. Weiters ist festzuhalten, dass der Mietvertrag betreffend das Objekt in der xy keine Unterschrift der Mieterin aufweist, ebenso fehlt das Datum des Abschlusses.

Zum Mietvertrag, betreffend das Objekt in der ds ist festzuhalten, dass dieses Mietverhältnis zu einem Zeitpunkt begründet wurde, wo ein Aufenthaltstitel nicht vorgelegen ist und ein solcher auch noch nicht einmal beantragt war.

Bei dem Erwerb der Eigentumswohnung handelt es sich um die Wohnung in der ds.

Der steuerliche Vertreter führt aus, dass die Bw. seit November 2011 als Kinderbetreuerin selbstständig erwerbstätig ist. Zur Einsicht vorgelegt wird ein Rechnungsheft betreffend die einzelnen Abrechnungen durch die Bw.

Vom Finanzamtsvertreter wird vorgelegt ein aktueller Versicherungsdatenauszug vom 5. Dezember 2012, in welchem keine Versicherungsdaten der Bw. aufscheinen.

Die laut Rechnungsheft nachgewiesenen Einnahmen erfüllen nach Auffassung des Finanzamtsvertreters nicht die vom Verwaltungsgerichtshof geforderten Voraussetzungen. Demnach verfügt man nur dann über ausreichende finanzielle Mittel, wenn das Ausmaß dieser Mittel höher ist, als der Grenzwert, unter welcher Sozialhilfe gewährt wird.

Der steuerliche Vertreter führt aus, dass die Bw. nach wie vor durch ihre Eltern unterstützt wird und daher sehr wohl ausreichende Existenzmittel vorhanden sind. Dies ist bereits dadurch evident, dass die Bw. bis heute keine Sozialhilfe in Anspruch genommen hat.

Der Finanzamtsvertreter wendet ein, dass unabhängig davon, ob die Bw. Sozialhilfe in Anspruch genommen hat, ihre nachgewiesenen Einnahmen unter den genannten Beträgen liegen.

Der steuerliche Vertreter beantragt die zeugenschaftliche Einvernahme des XY, zum Beweis dafür, dass der Aufenthaltstitel der Bw. rechtmäßig ist. Weiters wird auf die Beweisanträge in den bisher eingebrachten Schriftsätzen verwiesen. Der Vertreter ersucht abschließend, der Berufung Folge zu geben.

Der Finanzamtsvertreter beantragt die Abweisung der Berufung.

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

Der Entscheidung wurde nachstehender Sachverhalt zugrunde gelegt:

Die Bw. ist bulgarische Staatsbürgerin und im August 2003 nach Österreich eingereist. Sie war ab diesem Zeitraum bis 22. September 2006 in Österreich polizeilich gemeldet, sowie wieder ab 14. Februar 2008. Ihr Sohn war in den gleichen Zeiträumen wie die Bw. in Österreich polizeilich gemeldet.

Seit Oktober 2011 ist die Bw. als Kinderbetreuerin selbständig tätig und laut Auskunft der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft krankenversichert.

Dieser Sachverhalt ist rechtlich wie folgt zu würdigen:

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

Gemäß § 3 Abs. 1 (FLAG) 1967 in der Fassung BGBl. I Nr. 100/2005 haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG) rechtmäßig in Österreich aufhalten. Nach Abs. 2 leg. cit. besteht Anspruch für Familienbeihilfe für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 NAG rechtmäßig in Österreich aufhalten.

§ 3 idgF stellt hinsichtlich nicht österreichischer Personen auf einen rechtmäßigen Aufenthalt in Österreich ab, um Familienbeihilfe zu erhalten.

§ 3 FLAG 1967 idF BGBl 2005/100 (Fremdenrechtspaket) enthält Regelungen für den Familienbeihilfenbezug durch Fremde und für Fremde, also jeweils durch und für Personen, die nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzen. Dabei ist zwischen Unionsbürgern (Angehörige von Mitgliedsstaaten der EU) und anderen ausländischen Staatenangehörigen (Drittstaatsangehörige) zu unterscheiden. Aus diesem Grund ist hinsichtlich der rechtlichen Ausführungen betreffend den Anspruch auf Familienbeihilfe einerseits in den Zeitraum Jänner 2006 bis Dezember 2006 (Bulgarien ist ein Drittstaat) und andererseits in den Zeitraum ab Jänner 2007 (Bulgarien ist Mitgliedsstaat der EU) zu differenzieren, in dem Unionsrecht (§ 53 FLAG) anzuwenden ist.

Danach ist weiters die Tatsache einzubeziehen, dass die Bw. im Zeitraum 23.9.2006 bis 14.2.2008 laut Auskunft des Zentralen Melderegisters über keinen ordentlichen Wohnsitz in Österreich verfügte.

§ 8 NAG idF BGBl. 100/2005 lautet:

§ 8 (1) Aufenthaltstitel werden erteilt als:

1. "Niederlassungsbewilligung" für eine nicht bloß vorübergehende befristete Niederlassung im Bundesgebiet zu einem bestimmten Zweck (Abs. 2) mit der Möglichkeit, anschließend einen Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt - EG" (Z 3) zu erlangen;
2. Aufenthaltstitel "Familienangehöriger" für die befristete Niederlassung mit der Möglichkeit, anschließend einen Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt - Familienangehöriger" (Z 4) zu erhalten;



3. Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt - EG" für die Dokumentation des unbefristeten Niederlassungsrechts, unbeschadet der Gültigkeitsdauer des Dokuments;
4. Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt - Familienangehöriger" für die Dokumentation des unbefristeten Niederlassungsrechts, unbeschadet der Gültigkeitsdauer des Dokuments;
5. "Aufenthaltsbewilligung" für einen vorübergehenden befristeten Aufenthalt im Bundesgebiet zu einem bestimmten Zweck (§§ 58 bis 69 und § 72) mit der Möglichkeit, anschließend eine Niederlassungsbewilligung zu erlangen, sofern dies in diesem Bundesgesetz vorgesehen ist.

(2) Niederlassungsbewilligungen gemäß Abs. 1 Z 1 werden erteilt als:

1. "Niederlassungsbewilligung - Schlüsselkraft", die zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, für die eine schriftliche Mitteilung oder ein Gutachten nach §§ 12 Abs. 4 oder 24 AuslBG erstellt wurde, berechtigt;
2. "Niederlassungsbewilligung - ausgenommen Erwerbstätigkeit", die zur befristeten Niederlassung ohne Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt;
3. "Niederlassungsbewilligung - unbeschränkt", die zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit und einer unselbständigen Erwerbstätigkeit gemäß § 17 AuslBG berechtigt;
4. "Niederlassungsbewilligung - beschränkt", die zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer selbständigen und einer unselbständigen Erwerbstätigkeit, für die eine entsprechende Berechtigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz gilt, berechtigt;
5. "Niederlassungsbewilligung - Angehöriger", die zur befristeten Niederlassung ohne Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt;

die Ausübung einer Erwerbstätigkeit ist nur auf Grund einer nachträglichen quotenpflichtigen Zweckänderung erlaubt.

(3) Der Bundesminister für Inneres legt das Aussehen und den Inhalt der Aufenthaltstitel nach Abs. 1 durch Verordnung fest. Die Aufenthaltstitel haben insbesondere Name, Vorname, Geburtsdatum, Lichtbild, ausstellende Behörde und Gültigkeitsdauer zu enthalten; sie gelten als Identitätsdokumente.

(4) Die Aufenthaltsbewilligung (Abs. 1 Z 5) von Ehegatten und minderjährigen unverheirateten Kindern hängt während der Frist nach § 27 Abs. 1 vom Bestehen der Aufenthaltsbewilligung des Zusammenführenden ab (§ 69).

(5) Inhaber einer Aufenthaltsbewilligung, ausgenommen Fälle von Sozialdienstleistenden (§ 66), dürfen während der Geltungsdauer dieser Bewilligung im Inland um eine Aufenthaltsbewilligung mit anderem Zweckumfang oder um eine Niederlassungsbewilligung ansuchen. Ein solcher Antrag schafft bis zur Zustellung der Entscheidung der Behörde erster Instanz ein über die Geltungsdauer der ursprünglichen Aufenthaltsbewilligung hinausgehendes Bleiberecht.

§ 9 (1) NAG lautet:

Zur Dokumentation eines gemeinschaftsrechtlichen Aufenthalts- und Niederlassungsrechts werden

1. für EWR-Bürger, die sich in Österreich niedergelassen haben, über Antrag eine "Anmeldebescheinigung" (§ 53) und
  2. für Angehörige von EWR-Bürgern, die Drittstaatsangehörige sind, über Antrag eine "Daueraufenthaltskarte" (§ 54), wenn der EWR-Bürger das Recht auf Freizügigkeit in Anspruch genommen hat,
- ausgestellt.

(2) Inhabern von Anmeldebescheinigungen kann auf Antrag ein "Lichtbildausweis für EWR-Bürger" ausgestellt werden. Der Lichtbildausweis für EWR-Bürger und die Daueraufenthaltskarte gelten als Identitätsdokument. Form und Inhalt der Anmeldebescheinigung, des Lichtbildausweises für EWR-Bürger und der Daueraufenthaltskarte legt der Bundesminister für Inneres durch Verordnung fest.

Gemäß § 53 Abs. 1 FLAG 1967 idF des Budgetbegleitgesetzes 2001, BGBl. I Nr. 142/2000 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 Wirtschaftsraumes nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten.

Im Europäischen Wirtschaftsraum werden grundsätzlich die vier Grundfreiheiten der Europäischen Union, das sind der freie Warenverkehr, die Freiheit des Personenverkehrs sowie der freie Dienstleistungs- und Kapitalverkehr, verwirklicht. Die Soziale Sicherheit stellt dabei einen wesentlichen Bestandteil des freien Personenverkehrs dar.

1) Zeitraum Jänner bis September 2006

Gemäß § 10 Abs. 3 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 wird die Familienbeihilfe höchstens für fünf Jahre rückwirkend vom Beginn des Monats der Antragstellung gewährt. Die Bw. hat am 11. Oktober 2011 einen Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe für ihren Sohn rückwirkend ab Jänner 2006 gestellt. Die gemäß § 10 Abs. 3 FLAG 1967 geregelte Rückwirkungsfrist reicht sohin bis 1. Oktober 2006 zurück. Damit liegt der begehrte Nachzahlungszeitraum Jänner bis September 2006 außerhalb der Fünfjahresfrist, weshalb die Berufung für diesen Zeitraum als unbegründet abzuweisen ist.

## 2) Zeitraum Oktober 2006 – Dezember 2006

Bulgarien ist bis 31. Dezember 2006 Drittland.

Gemäß § 3 Abs. 1 FLAG 1967 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.

Für Bürger aus Drittstaaten gelten die Aufenthaltstitel des § 8 NAG, weshalb der rechtmäßige Aufenthalt der Bw. im Sinne des § 8 NAG zu prüfen ist.

Die Bw. legte zum Beweis ihres rechtmäßigen Aufenthaltes in Österreich dem Finanzamt eine „Bestätigung über einen erteilten Aufenthaltstitel“ vor. Der Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung wurde zwar zu einem Zeitpunkt gestellt (31. März 2005), als Bulgarien noch Drittland war, hat sich jedoch bereits auf Ausstellung eines Aufenthaltstitel nach § 9 NAG (Anmeldebescheinigung) bezogen. Die Bw. hat nämlich den Antrag auf Ausstellung einer Anmeldebescheinigung, die zur Dokumentation eines gemeinschaftsrechtlichen Aufenthalts- und Niederlassungsrechts ausgestellt wird, bei der zuständigen Behörde (MA 35) eingereicht. Bei der vermeintlichen Bestätigung über die Erteilung eines Aufenthaltstitels handelt es sich nach Auskunft des zuständigen Sachbearbeiters der MA 35 um die Einstellung des Verfahrens.

Sohin liegt ein dem NAG entsprechender Aufenthaltstitel im Sinne des § 3 FLAG nicht vor und ist kein rechtmäßiger Aufenthalt der Bw. und ihres Sohnes im Bundesgebiet gegeben.

Nachdem sich die Bw. nicht und folglich nicht rechtmäßig in Österreich aufgehalten hat, ist kein Anspruch auf Familienbeihilfe für diesen Zeitraum entstanden.

Die Berufung war für diesen Zeitraum als unbegründet abzuweisen.

## 3. Zeitraum ab Jänner 2007

Durch den Beitritt Bulgariens am 1. Jänner 2007 zur EU können sich bulgarische Staatsbürger ab 1.1.2007 aufgrund des Unionsrechtes als Unionsbürger in einem Hoheitsgebiet eines Mitgliedsstaates frei bewegen und aufhalten (Art 20 Abs. 2 sowie Art 21 Abs. 1 AEUV).

EU-Bürger und Bürgerinnen und deren Angehörige, die ihr Recht auf Freizügigkeit ab 1. Jänner 2006 in Anspruch nehmen und sich länger als drei Monate im Bundesgebiet aufhalten, haben ihre rechtmäßige Niederlassung bei der Behörde anzuzeigen.

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, dass jeder Unionsbürger das Recht auf Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats für einen Zeitraum von über drei Monaten hat, 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 Buchstaben a, b, oder c erfüllt, begleitet oder ihm nachzieht.

Eine rechtmäßige Niederlassung des EU/EWR/Bürgers ist in Umsetzung der EU-Richtlinie 2004/38/EG über die Freizügigkeit von Unionsbürgern dann gegeben, wenn der EU/EWR/Bürger selbständig oder unselbständig erwerbstätig ist oder (sonst) über Existenzmittel und eine ausreichende Krankenversicherung verfügt.

Bei rechtmäßigem Aufenthalt in Österreich erhalten EU/EWR/Bürger die so genannte „Anmeldebescheinigung“. Dem Vorbringen des steuerlichen Vertreters ist insoweit zuzustimmen, dass im Falle einer Einreise nach Österreich vor dem 1. Jänner 2006 die Anmeldebescheinigung durch die rechtmäßige Niederlassung im Bundesgebiet nach dem Meldegesetz ersetzt wird (Verweis auf UFS vom 9.12.2010, RV/0828-W/10).

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. Gerade diese Voraussetzungen treffen aber im vorliegenden Fall nicht zu. Nachdem sich die Bw. und ihr minderjähriger Sohn weder vor dem 1.1.2007 rechtmäßig in Österreich aufgehalten haben noch zum 1.1.2007 über eine aufrechte Meldung nach dem Meldegesetz verfügten, kann § 53 NAG nicht angewendet werden.

Die Bw. und ihr Sohn halten sich daher nach § 9 NAG nicht rechtmäßig in Österreich auf, weshalb der Verweis auf diese Berufungsentscheidung des UFS für das gegenständliche Verfahren irrelevant ist.

EU/EWR Bürger, die ab 1. Jänner 2006 einreisen und sich länger als drei Monate aufhalten, sind zur Niederlassung berechtigt, wenn sie

- ) eine selbständige oder unselbständige Tätigkeit ausüben oder
- ) über Existenzmittel und eine ausreichende Krankenversicherung in Österreich verfügen.

Diese Personen sind verpflichtet, sich zur Dokumentation ihres Niederlassungsrechtes von der Fremdenbehörde eine Anmeldebescheinigung (bzw. eine Daueraufenthaltskarte für ihre Familienangehörigen aus Drittstaaten) ausstellen zu lassen.

#### a) Zeitraum ab Jänner 2007 bis Jänner 2008

Unstrittig ist, dass die Bw. während dieses Zeitraumes laut Zentralem Melderegister nicht in Österreich polizeilich nach dem Meldegesetz gemeldet war. Die Bw. ist erst ab 14. Februar 2008 mit einem Hauptwohnsitz registriert.

Wie bereits oben ausgeführt kann die Übergangsbestimmung des § 81 Abs. 4 NAG nicht angewendet werden, weil sich die Bw. weder vor dem 1.1.2007 rechtmäßig in Österreich niedergelassen hat noch eine gültige aufrechte Meldung nach dem Meldegesetz 1991 zum 1.1.2007 vorgelegen ist.

Auch aus den beiden vom steuerlichen Vertreter vorgelegten Mietverträgen kann kein Rückschluss auf einen rechtmäßigen Aufenthalt der Bw. gezogen werden.

Aus diesen Gründen ist die Berufung für diesen Zeitraum als unbegründet abzuweisen.

#### b) Zeitraum Februar 2008 bis Jänner 2012

Ab Februar 2008 ist die Bw. in Österreich polizeilich gemeldet, und um ihren rechtmäßigen Aufenthalt in Österreich nachzuweisen, hat die Bw. dem Finanzamt eine „Bestätigung über erteilte Aufenthaltstitel“ von der MA 35 vorgelegt.

Nach telefonischer Rücksprache mit der MA 35 bekundet dieses Dokument die Einstellung des Verfahrens mit 24. Oktober 2007. Der Antrag der Bw. bezog sich bereits auf die „Ausstellung einer Anmeldebescheinigung“, das ist der Aufenthaltstitel nach § 9 NAG und betrifft das gemeinschaftsrechtliches Aufenthalts- oder Niederlassungsrecht. Dieser Antrag wurde am 31. März 2005, zu einem Zeitpunkt, als Bulgarien noch Drittland war, eingebracht.

Nachdem die Bw. nach telefonischer Auskunft des zuständigen Magistrates „nicht greifbar“ und kein Wohnsitz der Bw. in Österreich feststellbar war, wurde das Verfahren ohne Ausstellung eines Aufenthaltstitels von Amts wegen eingestellt. Ein neuer Antrag wurde von der Bw. nicht gestellt. Durch die Einstellung des Aufenthaltsverfahrens verfügte die Bw. über keine Anmeldebescheinigung.

Aufgrund der Nichtvorlage der Anmeldebescheinigung ist für den Anspruch auf die Familienbeihilfe der rechtmäßige Aufenthalt der Bw. in Österreich durch Nachweis einer Krankenversicherung und von Existenzmitteln seitens des Finanzamtes zu prüfen.

Da sich die Voraussetzungen (Wohnsitz in Österreich, Krankenversicherung bei der SVA) für die Gewährung von Familienbeihilfe während dieses Zeitraumes geändert haben, wird bei der rechtlichen Würdigung nach diesen Zeiträumen unterschieden.

#### ba) Zeitraum Februar 2008 bis September 2011

Ab Februar 2008 hat die Bw. als Unionsbürgerin einen Wohnsitz in Österreich, geht jedoch keiner Beschäftigung nach und liegt auch keine Krankenversicherung vor.

Im Hinblick darauf, dass die Bw. in diesem Zeitraum einen Wohnsitz in Österreich hat, jedoch weder eine selbständige noch eine unselbständige Tätigkeit ausübt, ist in Umsetzung der EU-Richtlinie 2004/38/EG nach Art 7 Abs. 1 lit. a das Vorliegen einer Krankenversicherung und von Existenzmitteln zu prüfen. Da die Bw. aktenkundig für diesen Zeitraum über eine Krankenversicherung in Österreich nicht verfügt (Art 7 Abs. 1 lit. b RL 2004/38/EG), erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob sie über ausreichende Existenzmittel verfügte. Aus diesem Grund ist nicht näher auf die vom Vater der Bw. abgegebene und notariell beglaubigte Erklärung über eine finanzielle Unterstützung an die Bw. einzugehen.

Die Berufung wird für diesen Zeitraum als unbegründet abgewiesen.

#### bb) Zeitraum Oktober 2011 bis Jänner 2012 (Bescheiddatum 18.1.2012)

Die Bw. bringt in der mündlichen Verhandlung vor, dass sie seit Oktober 2011 einer selbständigen Tätigkeit als Kinderbetreuerin nachgeht. Zum Beweis dafür legt sie ein Rechnungsheft vor, aus dem die zu betreuenden Kinder und die erhaltenen Beträge für ihre

Tätigkeit ersichtlich sind. Zudem ist die Bw. seit Oktober 2011 bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft krankenversichert.

Dem Einwand des Finanzamtsvertreters, dass die nachgewiesenen Einnahmen nicht ausreichend im Sinne der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind, ist entgegenzuhalten, dass die Richtlinie nach Abs. 1 lit. a leg. cit. als Voraussetzungserfordernis für den Anspruch der Familienbeihilfe nur auf die Ausübung einer selbständigen oder unselbständigen Tätigkeit abzielt. Lediglich für den Fall, dass eine selbständige oder unselbständige Tätigkeit nicht ausgeübt wird, ist über das Vorhandensein ausreichender Existenzmittel abzusprechen.

In Anwendung der Richtlinie RL 2004/38/EG, wonach ein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht, wenn eine selbständige oder unselbständige Tätigkeit ausgeübt wird, sind die Erfordernisse für die Gewährung der Familienbeihilfe ab Oktober 2011 erfüllt und war daher die Familienbeihilfe ab dem 1. Oktober 2011 zuzuerkennen.

#### Antrag auf Zeugeneinvernahme

Der Antrag auf Zeugeneinvernahme des XY von der MA 35 wird abgewiesen, weil durch die Einstellung des Aufenthaltsverfahrens nachweislich kein Aufenthaltstitel vorliegt. Ob die Voraussetzungen für einen rechtmäßigen Aufenthalt im Bundesgebiet vorliegen, wurde im Zuge dieses Verfahrens überprüft.

Die Einvernahme der übrigen vom steuerlichen Vertreter beantragten Zeugen zum Beweis für einen durchgehenden Aufenthalt der Bw. und ihres Sohnes im Bundesgebiet erübrigte sich insofern, weil der unabhängige Finanzsenat deren Aufenthalt in Österreich nicht bezweifelt. Wie bereits ausgeführt, fehlt es jedoch an den übrigen, im Einzelnen oben näher dargestellten Voraussetzungen für einen rechtmäßigen Aufenthalt.

Ergänzend ist hinzuzufügen, dass der Sohn im Jahr 2012 das zwanzigste Lebensjahr vollendet. Durch die Vorlage einer Schulbestätigung hat die Bw. nachgewiesen, dass er sich bis Juni 2012 in Berufsausbildung befindet.

Das Finanzamt wird daher als Abgabebehörde erster Instanz einen etwaigen weiteren Anspruch auf Familienbeihilfe zu überprüfen haben, insbesondere ob sich der Sohn der Bw. noch in einer Berufsausbildung befindet.

Insgesamt war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 13. Dezember 2012