

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin R in der Beschwerdesache Bf, vertreten durch V, über die Beschwerde vom 28.03.2013 gegen den Bescheid der belangten Behörde Finanzamt Wien 3/6/7/11/15 Schwechat Gerasdorf vom 28.02.2013, betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung von Familienbeihilfe ab Jänner 2008, zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird gemäß § 279 BAO teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird abgeändert. Die Familienbeihilfe wird für das Kind L ab Oktober 2011 gewährt.

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

## Entscheidungsgründe

Der Beschwerdeführer (Bf.) ist serbischer Staatsangehöriger.

Er stellte am 10.1.2013 den Antrag auf Zuerkennung der Familienbeihilfe für seine Tochter L (geboren am xx.xx.2002) ab 2008 und seine Tochter M (geboren am xx.x.2012) ab April 2012.

Die Töchter sind ebenfalls serbische Staatsangehörige.

Als Nachweis für den rechtmäßigen Aufenthalt der Töchter waren dem Antrag vom 10.1.2013 Aufenthaltstitel für die Töchter (jeweils Rot-Weiß-Rot-Karte Plus, ausgestellt am 27.12.2012, gültig bis 27.12.2013) angeschlossen.

Mit Schreiben vom 28.1.2013 ersuchte das Finanzamt den Bf. um Nachweise für seinen rechtmäßigen Aufenthalt sowie um Nachweise für den rechtmäßigen Aufenthalt seiner Ehegattin (ebenfalls serbische Staatsangehörige) und der Tochter L ab 2008.

Der Bf. legte dem Finanzamt folgende Unterlagen vor:

- Aufenthaltstitel Niederlassungsnachweis (ausgestellt am 3.5.2004, gültig bis 2.5.2014) für sich selbst
- Aufenthaltstitel Rot-Weiß-Rot-Karte Plus (ausgestellt am 27.12.2012, gültig bis 27.12.2013) für seine Ehegattin

- Aufenthaltstitel Rot-Weiß-Rot-Karte Plus (ausgestellt am 27.12.2012, gültig bis 27.12.2013) für seine Tochter L
- Europäische Krankenversicherungskarten (ecards) für sich selbst, seine Ehegattin und die Tochter L.

Mit Bescheid vom 28.2.2013 wies das Finanzamt die Anträge auf Familienbeihilfe für die Tochter L für den Zeitraum Jänner 2008 bis November 2012 und für die Tochter M für den Zeitraum April 2012 bis November 2012 ab.

In der Begründung wurde ausgeführt, dass gemäß § 3 Abs. 1 FLAG 1967 Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe haben, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Der Bf. erhab gegen den Abweisungsbescheid vom 28.2.2013 wegen der Nichtgewährung der Familienbeihilfe für die Tochter L für den Zeitraum Jänner 2008 bis November 2012 Berufung (nunmehr: Beschwerde) mit folgender Begründung:

Die belangte Behörde übersehe, dass für nachgeborene Kinder von Fremden mit Aufenthaltstitel nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) rückwirkend ab dem Zeitpunkt der Geburt die Familienbeihilfe ausbezahlt werden kann, wenn schließlich für die Kinder der Nachweis des Aufenthaltsrechtes erbracht werde. Nachgeboren seien jene Kinder, die nach dem Zeitpunkt der Erteilung der Aufenthaltsberechtigung an den zusammenführenden Fremden (Elternteil), d.h. Ausstellung des Aufenthaltstitels geboren werden (vgl. z.B. UFS 7.8.2008, RV/0364-K/08 u.v.a.).

Dem Bf. sei erstmals am 22.5.2001 die Bewilligung zum Aufenthalt in Österreich erteilt worden. Dieser Aufenthaltstitel sei in der Folge immer wieder erneuert worden. Der Antragsteller hielte sich somit seit 22.5.2001, somit nahezu 12 Jahre lang, rechtmäßig in Österreich auf.

Die Tochter L sei seit dem Jahr 2003 mit kurzen Unterbrechungen in Österreich aufhältig und besuche seit dem Schuljahr 2008/2009 die öffentliche Volksschule, G-Gasse, 1030 Wien. Gegenwärtig besuche sie die 4. Klasse der Volksschule.

Aufgrund der geltenden und zuvor dargestellten Rechtslage sei für die nachgeborene Tochter L rückwirkend - jedenfalls fünf Jahre lang – Familienbeihilfe auszubezahlen.

Der Berufung (Beschwerde) waren die an den Bf. ab 22.5.2001 erteilten Aufenthaltstitel angeschlossen.

Mit Schreiben vom 9.8.2013 ersuchte das Finanzamt den Bf. um Vorlage der Geburtsurkunde der Tochter L sowie einer schriftlichen Bestätigung, wo sich L im Zeitraum 1-8/2008 aufgehalten hat, da für diesen Zeitraum keine Meldung vorliege.

Der Bf. legte in der Folge eine Kopie der Geburtsurkunde der Tochter L vor und gab die schriftliche Erklärung ab, dass sich seine Tochter L im Zeitraum 1-8/2008 bei ihm und seiner Ehefrau in Österreich aufgehalten habe.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 8.11.2013 wies das Finanzamt die Berufung (Beschwerde) mit folgender Begründung ab:

*"Für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger/innen sind, besteht gemäß § 3 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten."*

*Gemäß § 3 Abs. 5 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 gelten als nachgeborene Kinder jene, die nach dem Zeitpunkt der Erteilung des Aufenthaltstitels oder der Zuerkennung des Status des Asylberechtigten oder subsidiär Schutzberechtigten an den zusammenführenden Fremden geboren werden (BGBI. I 2006/168 ab 1.7.2006).*

*Es wurde laut schriftlicher Bestätigung vom Bundesministerium für Inneres erstmalig am 8.3.2012 ein Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels für Ihre Kinder gestellt. Ihre Kinder haben ab 17.12.2012 einen gültigen Aufenthaltstitel erhalten. Daher besteht gemäß den obigen gesetzlichen Bestimmungen kein Anspruch auf Familienbeihilfe für den Zeitraum 1/2008-11/12."*

Gegen die Berufungsvorentscheidung stellte der Bf. einen Vorlageantrag.

Am 16.12.2016 erging an den Bf. ein Vorhalt des Bundesfinanzgerichtes, in welchem Folgendes ausgeführt war:

*"Bezugnehmend auf Ihre Beschwerde gegen den Abweisungsbescheid vom 28.2.2013 wird Ihnen Folgendes mitgeteilt:*

*Da Sie nach der Aktenlage im Zeitpunkt der Geburt des Kindes L (xx.xx.2002) über einen Aufenthaltstitel verfügt haben, ist das Kind L ein nachgeborenes Kind im Sinne des § 3 Abs. 5 FLAG 1967, für welches eine rückwirkende Gewährung von Familienbeihilfe möglich ist. Dies jedoch nur für Zeiträume, in denen auch alle übrigen Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe erfüllt sind (vgl. VwGH 29.5.2013, 2010/16/0175).*

*Nach § 2 Abs. 2 FLAG 1967 hat Anspruch auf Familienbeihilfe die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.*

*Laut Zentralem Melderegister ist Ihre Tochter L erst seit 31.10.2011 an Ihrem Wohnsitz in 1030 Wien, A-Gasse gemeldet. Zuvor (von 12.8.2008 bis 3.11.2008 und 27.4.2009 bis 18.4.2011) war sie an der Adresse 1090 Wien, B-Gasse (Wohnsitz Ihrer Ehegattin KM, die damals noch mit Herrn N verheiratet war) gemeldet.*

*Nach der Aktenlage wäre somit davon auszugehen, dass das Kind L erst ab Oktober 2011 in Ihrem Haushalt gelebt hat. Anspruch auf Familienbeihilfe hätten Sie demnach ab Oktober 2011. Ein etwaiger früherer Zeitpunkt wäre von Ihnen nachzuweisen oder zumindest glaubhaft zu machen.*

*Anspruch auf Familienbeihilfe für Zeiträume vor Ihrer gemeinsamen Haushaltungsführung mit dem Kind hätten Sie nur dann, wenn Sie nachweisen, dass Sie im betreffenden Zeitraum die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend getragen haben (belegmäßiger Nachweis, insbesondere durch Belege über die Überweisung der Unterhaltskosten).*

*Um Stellungnahme und Vorlage allfälliger Beweismittel innerhalb von 4 Wochen wird ersucht."*

Der Vorhalt vom 16.12.2016 blieb unbeantwortet.

### **Über die Beschwerde wurde erwogen:**

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

Nach § 2 Abs. 2 FLAG hat Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.

§ 3 FLAG lautet:

"§ 3. (1) Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben 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.

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

(3) Abweichend von Abs. 1 haben Personen, denen Asyl ..... gewährt wurde, .....

(4) Abweichend von Abs. 1 haben Personen, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten ..... zuerkannt wurde, .....

(5) In den Fällen des Abs. 2, Abs. 3 letzter Satz und Abs. 4 letzter Satz wird für nachgeborene Kinder die Familienbeihilfe rückwirkend gewährt. Gleiches gilt für Adoptiv- und Pflegekinder, rückwirkend bis zur Begründung des Mittelpunktes der Lebensinteressen im Bundesgebiet (§ 2 Abs. 8) durch den Elternteil und das Kind. Als nachgeborene Kinder gelten jene Kinder, die nach dem Zeitpunkt der Erteilung des Aufenthaltstitels oder der Zuerkennung des Status des Asylberechtigten oder subsidiär Schutzberechtigten an den zusammenführenden Fremden geboren werden."

Da der Bf. im Zeitpunkt der Geburt des Kindes L (xx.xx.2002) über einen Aufenthaltstitel verfügt hat, ist das Kind L ein nachgeborenes Kind im Sinne des § 3 Abs. 5 FLAG 1967, für welches eine rückwirkende Gewährung von Familienbeihilfe möglich ist. Dies jedoch nur für Zeiträume, in denen auch alle übrigen Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe erfüllt sind (vgl. VwGH 29.5.2013, 2010/16/0175).

Laut Zentralem Melderegister ist die Tochter L erst seit 31.10.2011 am Wohnsitz des Bf. in 1030 Wien, A-Gasse gemeldet. Zuvor (von 12.8.2008 bis 3.11.2008 und 27.4.2009 bis 18.4.2011) war sie an der Adresse 1090 Wien, B-Gasse (Wohnsitz der Ehegattin des Bf., die damals noch mit Herrn N verheiratet war) gemeldet.

Nach der Aktenlage ist somit davon auszugehen, dass das Kind L erst ab Oktober 2011 im Haushalt des Bf. gelebt hat. Anspruch auf Familienbeihilfe hat der Bf. demnach ab Oktober 2011.

Ein etwaiger Anspruch auf Familienbeihilfe für Zeiträume vor der gemeinsamen Haushaltsführung mit dem Kind infolge einer überwiegenden Tragung der Unterhaltskosten für das Kind wurde vom Bf. nicht nachgewiesen.

Die Familienbeihilfe für die Tochter L ist daher ab Oktober 2011 zu gewähren.

### **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 das Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 29.5.2013, 2010/16/0175) folgt.

Wien, am 23. Februar 2017