



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufungen der S M., 1150 Wien, W-Gasse 11/10, vertreten durch Dr. Johannes Krauss, Rechtsanwalt, 1010 Wien, Parkring 12, vom 25. Juni 2009 gegen die Bescheide des Finanzamtes Wien 12/13/14 Purkersdorf, vertreten durch ADir. Rudolf Stifter, vom 27. Mai 2009 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum 1. Dezember 2006 bis 30. April 2009, vom 08.03.2010 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für die Monate Oktober 2006 bis November 2006 und gegen den Aufhebungsbescheid gem. § 299 BAO vom 25.06.2010 im Beisein der Schriftführerin Andrea Newrkla nach der am 21. September 2010 in 1030 Wien, Vordere Zollamtsstraße 7, durchgeführten Berufungsverhandlung entschieden:

Die Berufungen werden als unbegründet abgewiesen.

### **Entscheidungsgründe**

Die Berufungswerberin (=Bw.) ist bosnische Staatsbürgerin. Für ihren im Jahr 2003 in Wien geborenen Sohn bezog sie bis November 2006 Familienbeihilfe. Danach stellte das Finanzamt die Überweisung der Familienbeihilfe ein. Eine Reaktion der Bw. auf die Einstellung der Familienbeihilfe unterblieb vorerst. Erst mit Antrag vom 5. Dezember 2008 beantragte die Bw. für ihren Sohn rückwirkend ab 12/2006 die Familienbeihilfe. Dem Antrag schloss die Bw. eine Einreichbestätigung der Magistratsabteilung 35 vom 21.11.2008 an, in der dem minderjährigen Sohn der Bw. bestätigt wurde, am gleichen Tag einen Antrag auf Erteilung eines „Aufenthaltstitels beschränkt (Fam.Gem.)“ gestellt zu haben. Weiters wurden Kopien der Daueraufenthaltskarte der Bw., eine Finanzamtsbestätigung eines städtischen Kindergartens,

wonach der Sohn diesen ab 1.11.2008 regelmäßig besuchte und eine Zahlungsbestätigung über die anlässlich der Anmeldung zu einer Hortgruppe am 1. Juli 2008 geleistete Anzahlung für den Monat Juli für den Sohn beigeschlossen.

Aus einem vom Finanzamt beigeschafften Sozialversicherungsdatenauszug ergeben sich für die Bw. folgende Daten:

von	bis	„Art der Monate“	meldende Stelle
01.01.2004	27.01.2005	Bezug/Anspruch auf Kinderbetreuungsgeld	Gebietskrankenkasse Wien
01.01.2004	31.01.2007	vorläuf. Ersatzzeit wg. Kindererziehung	Pensionsversicherungsanstalt
03.04.2006	30.04.2006	PfIVers. freier DV § 4 Abs. 4 ASVG Ang.	BD
11.08.2008	17.08.2008	Arbeitslosengeldbezug	AMS Wien Schönbrunnerstr.
12.10.2008	18.10.2008	Arbeiter	CG
19.11.2008	laufend	Angestellter	Y Warenhandels-Aktiengesellschaft

Das **Finanzamt gab dem Antrag** mit Bescheid vom 27.05.2009 **keine Folge**.

„Zu M. L:

Gemäß § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) in der bis 31.12.2005 gültigen Fassung haben Personen, die nicht österreichischen StaatsbürgerInnen sind, Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet bei einer Dienstgeberin oder einem Dienstgeber beschäftigt sind und aus dieser Beschäftigung Einkünfte aus nichtselbstständiger 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 ArbeitnehmerInnen verstößt. Einkünfte aus selbstständiger Tätigkeit oder Gewerbebetrieb, Arbeitslosengeld, Notstandshilfe, AMFG-Beihilfe, Bezug von Kinderbetreuungsgeld, etc. vermitteln keinen Beihilfenanspruch.

Gem. § 3 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) in der bis 31.12.2005 gültigen Fassung haben nicht österreichischen StaatsbürgerInnen Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nicht seit mindestens sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten.

Eine Person hat den Mittelpunkt der Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat. Bei der Beurteilung, ob eine Person den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Bundesgebiet hat, sind nicht so sehr die wirtschaftlichen Interessen dieser Person, sondern vielmehr die persönlichen Beziehungen dieser Person, die sie zum Bundesgebiet hat, von ausschlaggebender Bedeutung.“

Die **Bw. erhob** durch ihren Vertreter **Berufung**:

„Mit dem bekämpften Bescheid wies die belangte Behörde den Antrag der Bw. auf Familienbeihilfe für den Zeitraum Dezember 2006 bis April 2009 ab.

In der Begründung des bekämpften Bescheides führte die Behörde lediglich aus, dass für L M. im verfahrensgegenständlichen Zeitraum kein Aufenthaltstitel vorhanden gewesen und daher der ständige Aufenthalt in Österreich nicht erwiesen sei.

Tatsächlich hatte die Bw. übersehen, dass der Aufenthaltstitel ihres Sohnes abgelaufen war, jedoch waren zur gesamten Zeit alle notwendigen Voraussetzungen zur Erteilung des Aufenthaltstitels vorhanden, sodass sich L M. über den ganzen Zeitraum hinweg rechtmäßig in Österreich aufgehalten hat. Dies beweist auch ein Auszug aus dem Melderregister, der zeigt, dass L M. seit 3.2.2003 aufrecht in Österreich gemeldet ist, wo er auch geboren ist. Daher hat auch der Anspruch auf Familienbeihilfe durchgehend bestanden.

Für den Zeitraum von Jänner 2003 bis November 2006 hat die Bw. auch laufend für ihren Sohn Familienbeihilfe bezogen.

Schon allein aus dem Alter des Kindes geht eindeutig hervor, dass dieser notwendigerweise bei seiner Mutter in Österreich gelebt hat, zumal auch die Familie der Bw. in Österreich lebt.

Aus diesen Gründen ergeht der Antrag, den bekämpften Bescheid aufzuheben und nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung dem Antrag der Bw. auf Familienbeihilfe für den Zeitraum Dezember 2006 bis April 2009 stattzugeben.“

Aus einer „**Behördenanfrage aus dem Zentralen Melderegister vom 02.02.2010** gehen folgende **Meldedaten für den Sohn der Bw.** hervor:

	Wohnsitze	
--	-----------	--

1.	Straße	R Straße 27/10	
	Postleitzahl	1120	
	Ortsgemeinde	Wien-Z	
	Unterkunftgeber	M. S	
	Gemeldet	03.02.2003 – 10.03.2003	Hauptwohnsitz
2.	Straße	V 1 – 13/20/3	
	Postleitzahl	1130	
	Ortsgemeinde	Wien (GKZ 90001)	
	Unterkunftgeber	M. S	
	Gemeldet	10.03.2003 – 26.09.2006	Hauptwohnsitz
3.	Straße	R Straße 27/10-11	
	Postleitzahl	1120	
	Ortsgemeinde	Wien (GKZ 90001)	
	Unterkunftgeber	O C	
	Gemeldet	10.06.2008 -	Hauptwohnsitz

Aus einem weiteren **Auszug aus dem Zentralen Melderegister für die Bw.**, ebenfalls vom 02.02.2010 ergeben sich folgende Daten:

	Wohnsitze		
1.	Straße	R Straße 27/10	
	Postleitzahl	1120	
	Ortsgemeinde	Wien-Z	
	Unterkunftgeber	O C	
	Gemeldet	03.07.2000 – 10.03.2003	Hauptwohnsitz
2.	Straße	V 1 – 13/20/3	

	Postleitzahl	1130	
	Ortsgemeinde	Wien (GKZ 90001)	
	Unterkunftgeber	WW	
	Gemeldet	10.03.2003 – 26.09.2006	Hauptwohnsitz
3.	Straße	R Straße 27/10-11	
	Postleitzahl	1120	
	Ortsgemeinde	Wien (GKZ 90001)	
	Unterkunftgeber	O C	
	Gemeldet	10.06.2008 -	Hauptwohnsitz

In der Zeit vom 27.09.2006 bis 09.06.2008 waren demzufolge weder die Bw. noch ihr Sohn im Bundesgebiet gemeldet.

In der Folge erließ das Finanzamt auch einen **Bescheid über die Rückforderung** zu Unrecht bezogener Beträge **an Familienbeihilfe** und Kinderabsetzbetrag **für den Zeitraum Oktober bis November 2006**.

Zur Begründung verwies das Finanzamt auf die Bestimmungen des § Abs. 1 FLAG 1967, des § 2 Abs.8 FLAG 1967 und des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 sowie auf die Begründung der gleichzeitig erlassenen Berufungsvorentscheidung betreffend den Zeitraum Dezember 2006 bis April 2009.

Mit der mit 4. Feb. 2010 datierten **Berufungsvorentscheidung** über die Berufung gegen den Abweisungsbescheid vom 27. Mai 2009 hinsichtlich Familienbeihilfe für den Zeitraum **Dezember 2006 bis April 2009** gab das Finanzamt der Berufung teilweise statt und hob den Bescheid über die Abweisung für den Zeitraum November 2008 bis April 2009 auf.

Die Berufungsvorentscheidung wurde folgendermaßen begründet:

„Gem. § 2 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, für minderjährige Kinder Anspruch auf Familienbeihilfe.“

Gemäß § 2 Abs. 8 FLAG haben Personen nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Bundesgebiet haben.

Gemäß § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz (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), BGBI. I Nr. 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürgerinnen sind, besteht gemäß § 3 FLAG 1967 nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Gemäß § 5 Abs. 3 FLAG 1967 besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

Beim Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels (21.11.2008) für Ihren Sohn L handelte es sich um einen so genannten Erstantrag, dieser hätte vom Ausland (österr. Vertretungsbehörde) aus beantragt werden müssen. Da dies nicht der Fall war, liegt erst ab Mai 2009, mit Ausstellung des Aufenthaltstitels, ein rechtmäßiger Aufenthalt vor.

Unabhängig vom Vorhandensein entsprechender Aufenthaltstitel ist aber von entscheidender Bedeutung für den Anspruch auf Familienbeihilfe, ob ein ständiger Aufenthalt im Bundesgebiet vorlag.

Lt. unseren Erhebungen waren weder Sie noch ihr Sohn L im Zeitraum Oktober 2006 bis Mai 2008 polizeilich in Österreich gemeldet, im Zeitraum Mai 2006 bis Juli 2008 können auch keine Zeiten einer Beschäftigung oder Ansprüche auf Leistungen aus der gesetzlichen Sozialversicherung festgestellt werden. Ein Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels für Ihren Sohn (August 2006) konnte nicht erledigt werden, weil Sie trotz mehrmaliger Aufforderungen Ihrer Mitwirkungspflicht nicht nachgekommen sind.

Es liegen somit keinerlei Beweismittel, die einen Aufenthalt in Österreich belegen würden, vor, folglich wird die **Berufung abgewiesen.**"

Die Bw. brachte daraufhin einen **Vorlageantrag** hinsichtlich der Berufung gegen die Abweisung des Anspruches auf Familienbeihilfe für den Zeitraum **Dezember 2006 bis Oktober 2008** und

eine **Berufung gegen den Rückforderungsbescheid** betreffend die Monate **Oktober bis November 2006** ein.

1. (Anmerkung: Vorlageantrag) „ Es trifft nicht zu, dass sich die Berufungswerberin und ihr Sohn, L M., vom Jänner 2003 bis April 2009 nicht in Österreich aufgehalten haben soll.

Vielmehr ist es so, dass beide seit der Geburt von L M. durchgehend in Österreich gelebt und hier auch ihren Lebensmittelpunkt haben.

Ebenfalls stimmt die Behauptung der Behörde nicht, wonach die Berufungswerberin von Mai 2006 bis Juli 2008 keiner Beschäftigung nachgegangen sei, weshalb angenommen werden muss, dass sie sich nicht in Österreich aufgehalten habe. Vielmehr trifft es aber zu, dass die Berufungswerberin in diesem Zeitraum bei Sr beschäftigt war und legt zum Beweis dafür ihren Lohnzettel vom Dezember 2008 vor. Da dieser Monat genau in den von der Behörde als beschäftigungsfreien Zeitraum genannte Zeit fällt, widerlegt es eindeutig die Annahme der Behörde, dass sich die Berufungswerberin und ihr Sohn in diesem Zeitraum nicht in Österreich aufgehalten hätten. Ferner legt die Berufungswerberin die Bestätigung der Meldung des L M., aus welchen hervorgeht, dass dieser seit 3.2.2003 in Österreich gemeldet war. Er war auch durchgehend im Kindertagesheim der Stadt Wien, 1120, Tkgasse 4 gemeldet und besuchte diesen auch regelmäßig.

Beweis: Einvernahme von S M. , Einvernahme von Ma C -M. , p.A. 1120 Wien, X 27/10, Einvernahme der Leiterin des Kindertagesheimes, p.A. 1120 Wien, Tkgasse 4, Kindergartenrechnung für Dezember 2008, Lohnzettel Dezember 2008, Bestätigung der Meldung für L M. .

Die Berufungswerberin beantragte auch einen Aufenthaltstitel für L M., welcher allerdings aufgrund mehrerer Schwierigkeiten letztendlich im April 2009 erstellt wurde. Der Berufungswerberin war es als Mutter eines Säuglings nicht möglich, mit diesem ins Ausland zu reisen, um dort einen Aufenthaltstitel zu beantragen. Dies überstieg sowohl ihre physischen als auch ihre finanziellen Möglichkeiten. Im Übrigen hätte sie dadurch den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen ins Ausland verlagern müssen, was wiederum ebenfalls zum Verlust der Berechtigung zum Bezug der Familienbeihilfe bedeutet hätte.

Damit steht fest, dass sich sowohl die Berufungswerberin selbst als auch ihr Sohn, L M. , zumindest seit Jänner 2003 durchgehend in Wien aufgehalten und hier ihren Lebensmittelpunkt hatten. Damit ist die Voraussetzung der §§ 2 und 3 FLAG erfüllt. Dass die Voraussetzungen der §§ 8 und 9 NAG nicht sofort erfüllt werden konnten, liegt nicht in der Sphäre der Berufungswerberin und wäre es unbillig, ihr die negativen Folgen aufzubürden.

Aus diesen Gründen stellt die Berufungswerberin den Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde 2. Instanz.

2. (Anmerkung: Berufung) In umseits rubrizierter Rechtssache hat die Behörde mit Bescheid vom 4. Februar 2010, dem Berufungswerber (Anmerkung: der Berufungswerberin) zugestellt am 10. Februar 2010, der (Anmerkung: die) Berufungswerberin aufgefordert, die für den

Zeitraum Oktober 2006 bis November 2006 zu Unrecht bezogene Familienbeihilfe zurückzuzahlen. Gegen diesen Bescheid erhebt die Berufungswerberin nachstehende Berufung und führt aus wie folgt: Zur Vermeidung von Wiederholungen verweist die Berufungswerberin auf ihre Ausführungen in Pkt. I und erhebt diese auch zum gegenständlichen Vorbringen. Sie beantragt, der Berufung Folge zu geben und den Bescheid ersatzlos aufzuheben.

Der Eingabe angeschlossen waren eine Kindergartenrechnung vom 23. Jänner 2009 über € 3,64, Zahlungsfrist 10.02.2009, eine Bestätigung der Meldung aus dem Zentralen Melderegister **vom 03.02.2003**, aus der die Meldung des Sohnes der Bw. an der Adresse X 27/10 ab 03.02.2003 als Hauptwohnsitz ersichtlich ist sowie ein Lohn-Gehaltsausweis X. für den Monat Dezember 2008, ausgestellt am 22.12.2008. Dem Lohn-Gehaltsausweis (für die Bw.) ist das **Eintrittsdatum: 19.11.2008** zu entnehmen.

Im auch der Bw. übermittelten Vorlagebericht führte das Finanzamt unter „Streitpunkte“ Folgendes aus:

„Besteht Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn für einen Zeitraum von mehr als zwei Jahren keine schlüssigen Nachweise für einen ständigen bzw. zumindest überwiegenden Aufenthalt in Österreich vorliegen, von Oktober 2006 bis Mai 2008 weder für die Mutter noch das Kind eine Anmeldung im Zentralen Melderegister aufscheinen und bei der Mutter von Mai 2006 bis Juli 2008 weder eine Beschäftigung im Inland noch der Bezug von Leistungen aus der Sozialversicherung (Krankengeld, Arbeitslosengeld usgl.) festgestellt werden können.“

Für das Kind L wurde ein Aufenthaltstitel erst im Mai 2009 ausgestellt!

Wesentlich erscheint auch, dass im Dezember 2006 die angewiesene Familienbeihilfe zwei Mal nicht behoben und folglich wegen fehlender Zustelladresse einbehalten wurde. Der vorher bereits bis zur Volljährigkeit des Kindes befristete Anspruch wurde auf November 2006 verkürzt. Obwohl auch 2007 keine Familienbeihilfenzahlungen mehr erfolgten, wurde erst im Dezember 2008 um rückwirkende Auszahlung ab Dezember 2006 angesucht, nachdem ua. am 21. November 2008 ein Aufenthaltstitel für das Kind beantragt worden war.“

Eine Reaktion der Bw. auf den ihr zugleich mit der Berufungsvorlage an den UFS erfolgte Übersendung des Vorlageberichtes blieb aus.

Nach Vorlage der Berufung an den UFS erließ das Finanzamt einen „**Aufhebungsbescheid gem. § 299 Bundesabgabenordnung**“.

Mit diesem Bescheid hob das Finanzamt seine Berufungsvorentscheidung vom 4. Februar 2010 insoweit, als mit dieser der Berufung vom 25. Juni 2009 teilweise stattgegeben worden

war und zwar hinsichtlich des Zeitraumes November 2008 bis April 2009 wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit, auf.

Aus der Begründung der Berufungsvorentscheidung gehe eindeutig hervor, dass der Familienbeihilfenanspruch für den gesamten Zeitraum, somit von Dezember 2006 bis April 2009 nicht zuerkannt werden konnte. Weiters wurde angemerkt, dass der UFS über den strittigen Zeitraum (Dezember 2006 bis April 2009) nochmals entscheiden werde.

Die Bw. erhob auch gegen den **Aufhebungsbescheid Berufung**:

„Der Bescheid wird zur Gänze angefochten.“

Die Behörde hebt die Berufungsvorentscheidung vom 4.2.2010 im Umfang der teilweisen Stattgabe betreffend die Gewährung der Familienbeihilfe für die Monate November 2008 bis April 2009 auf. Gem. § 299 BAO hätte die Behörde eine Rechtswidrigkeit des Spruches der Berufungsvorentscheidung bei geklärtem entscheidungsrelevanten Sachverhalt aufgreifen können. Dies verfehlt die Behörde aber, indem sie lediglich auf eine Begründung der Berufungsvorentscheidung verweist, ohne näher eine daraus abgeleitete Rechtswidrigkeit des Spruches darzulegen.

Die Berufungsvorentscheidung hält in der Begründung fest, dass der Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels als Erstantrag nach dem NAG aus dem Ausland gestellt hätte werden müssen und deshalb kein gültiger Aufenthaltstitel vor Mai 2009 des L M. vorlag. Tatsächlich wurde die Inlandsantragsstellung von der zuständigen Behörde als rechtmäßig beurteilt. Der in der Berufungsvorentscheidung zum Ausdruck kommende Schluss, es liege kein gültiger Aufenthaltstitel des L M. vor, da dieser nicht zur Inlandsantragsstellung befugt war, ist unrichtig.

Die Behörde zeigt also keine Rechtswidrigkeit des Spruches des Bescheides im Sinne einer Gewissheit der Rechtswidrigkeit auf (VwGH 5.8.1993, 91/14/0127).

Des Weiteren stellt die Berufungsvorentscheidung ausschließlich auf den tatsächlichen Aufenthalt des L M. ab und begründet den Spruch mit fehlenden Nachweisen – insbesondere fehlender polizeilicher Meldung – für den tatsächlichen Aufenthalt von Ende 2006 bis Mitte 2008. Tatsächlich wurde aber mit dem gegen diese Berufungsvorentscheidung gerichteten Vorlageantrag eine aufrechte Meldebestätigung des L M. seit 2003 vorgelegt. L M. war seit seiner Geburt in Wien wohnhaft. Da der ständige Aufenthalt des L M. weiterhin strittig ist, durfte die Behörde nicht von einem geklärten Sachverhalt ausgehen.

Auch aus diesem Grund war eine Berichtigung der Berufungsvorentscheidung mit dem angefochtenen Bescheid unstatthaft. Daher beantragt die Berufungsverwerberin die ersatzlose Aufhebung des angefochtenen Bescheides.“

Vor der am 21. September 2010 abgehaltenen Berufungsverhandlung wurde die namentlich angeführte Zeugin geladen. Bei der Zeugin handelt es sich um die Mutter der Bw., die trotz des Hinweises auf das ihr als Angehörige zustehende Aussageverweigerungsrecht sich bereit erklärte, als **Zeugin** auszusagen.

Im Jahr 1998 habe sie ihre Tochter S nach Österreich geholt. Sie hatte „häufig Probleme“ mit der Tochter, die oft von zu Hause weg war. Die Zeugin habe sich nach der Geburt um das Kind der Tochter gekümmert.

Auf die Frage, warum die Tochter von September 2006 bis Juni 2008 in Österreich nicht aufrecht gemeldet war, gab sie an, dass sie das nicht wisse. Die Tochter hatte nach der Geburt ihres Kindes eine Wohnung. Sie hatte keine Ahnung, was die Tochter jeweils unternommen habe. Sie habe auf das Kind aufgepasst. Das Kind war aber nicht die ganze Zeit bei ihr. Sie habe kein Sorgerecht. Die Tochter hat noch immer Schulden von der früheren Wohnung. Sie bezahle jetzt regelmäßig ihre Schulden. Die Tochter sei die ganze stttige Zeit in Österreich gewesen. Sie vermute, dass die Tochter sich und ihren Sohn wegen ihrer Schulden abgemeldet habe. Der Sohn sei insgesamt in drei Kindergärten gewesen. Der letzte besuchte Kindergarten war der in der Stranitzkygasse.

Der Referent übergab zu Beginn der **Berufungsverhandlung** dem steuerlichen Vertreter und dem Finanzamtsvertreter einen Ausdruck der Niederschrift über die Zeugeneinvernahme der Mutter der Bw.

Der Referent trug den Sachverhalt vor.

Die Parteien wiederholten ihre bisherigen Vorbringen.

Ergänzend wurde seitens des steuerlichen Vertreters vorgebracht, dass im Jahr 2006 ein unbefristeter Aufenthalt für die Tochter beantragt worden sei. Die von der Magistratsabteilung 35 verlangten Ergänzungen habe die Bw. deshalb nicht erbringen können, weil sie die Schriftstücke nicht erhalten habe; auch deshalb, weil sie ab Mitte 2006 keine gültige Zustelladresse mangels Meldung besaß. Die Voraussetzungen wären wohl vorgelegen gewesen. Darüber hinaus sei auch der Antrag auf Verlängerung des Aufenthaltstitels im Jahr 2006 eben auf eine Verlängerung gerichtet gewesen, da L M. einen Aufenthaltstitel ab seiner Geburt bis glaublich ins Jahr 2006 hatte. Den genauen Stichtag könne der rechtsfreundliche Vertreter allerdings nicht angeben.

Der rechtsfreundliche Vertreter habe nicht genau ermitteln können, ob der bis dahin geltende Aufenthaltstitel nach der alten Rechtslage nicht weiter gegolten hätte oder ob nur das Dokument befristet war.

Über Befragen, gab die Bw. an, dass der Aufenthaltstitel bis Mitte 2006 gegolten habe.

Der rechtsfreundliche Vertreter wies auf den Umstand hin, dass auf verschiedenen Dokumenten ihres Sohnes vermerkt war, dass er die österreichische Staatsbürgerschaft besessen habe. Welche Dokumente das waren, konnte die Bw. aber nicht angeben. Die österreichische Staatsbürgerschaft für L sei jedenfalls bisher nicht beantragt worden. Die Bw. „sei dabei“, die österreichische Staatsbürgerschaft zu beantragen.

Der Vertreter des Finanzamtes verwies auf eine Kopie einer Meldebestätigung aus 2003, worauf der Vermerk „Staatsbürgerschaft ungeklärt“ vermerkt ist. Auf dem aktuellen Auszug ist die „bosnische Staatsbürgerschaft“ angeführt.

Ergänzend führte der Amtsvertreter aus, dass die Befristung bis zur Großjährigkeit deshalb gewährt wurde, weil im Zuge der früheren Antragstellung (Anmerkung: auf Gewährung von Familienbeihilfe) darauf hingewiesen worden war, dass die österreichische Staatsbürgerschaft beantragt werde.

Die Bw. wies ergänzend darauf hin, dass sie früher die kroatische Staatsbürgerschaft besessen habe, aber nicht mehr besitze. Sie besitze wie im Antrag vom Dezember 2006 angeführt, die bosnische Staatsbürgerschaft.

Die restliche Familie, Vater Mutter der Bw. sowie zwei Brüder, hätten ca. im Jahr 2006 die österreichische Staatsbürgerschaft erhalten. Auf Grund ihrer mangelnden Mitwirkung erhielt die Bw. die österreichische Staatsbürgerschaft nicht. Die Bw. konnte sich nicht konkret daran erinnern, ob es auch für den Sohn ein Staatsbürgerschaftsverfahren gegeben habe.

Der Referent verwies auf die aktenkundige Kopie des Reisepasses, mit Gültigkeit vom 28. Jänner 2003 bis 23. Dezember 2010, aus dem sich die bosnische Staatsbürgerschaft des Sohnes ergibt.

Die Bw. wies darauf hin, dass sie sich die ganze Zeit in Österreich aufgehalten habe, dass sie verschiedene Schwierigkeiten verursacht habe und dass es schließlich Ende 2006 zur Delegierung gekommen sei.

Der Vertreter des Finanzamtes verwies ebenfalls auf die Ende 2006 erfolgte Delegierung der Bw., was offenbar auch für die Rücküberweisung der Beihilfe ausschlaggebend war.

Laut Auskunft der MA 35 sei kein rechtmäßiger Aufenthalt vor Mai 2009 vorgelegen, es hätte eben ein Erstantrag gestellt werden müssen, weitere Erhebungen wären bei der Fremdenpolizei notwendig gewesen. Im Frühjahr 2007 sei dann das Verfahren von der MA 35 eingestellt worden, wie sich aus telefonischen Auskünften der Magistratsabteilung ergeben habe.

Der rechtsfreundliche Vertreter wies darauf hin, dass die Bw. für den Erstantrag nach den fremdenrechtlichen Bestimmungen ins Ausland hätte reisen müssen um dort bei der österreichischen Vertretungsbehörde ordnungsgemäß den Antrag einbringen zu können.

Der Referent **schloss** um 9.50 Uhr **das Beweisverfahren** und verkündete den Beschluss, dass die Berufungsentscheidung der **schriftlichen Ausfertigung** vorbehalten bleibe.

Einige Zeit nach Ende der Verhandlung nahm der Vertreter mit dem Referenten telefonisch Kontakt auf um Ergänzungen anzubringen. Für allfällige Mitteilungen wurde ihm die ohnedies auf allen Schriftstücken angeführte E-Mail-Adresse genannt.

Es langte daraufhin eine E-Mail mit folgendem Inhalt ein.

„Wie soeben telefonisch besprochen beantragt die Bw. die folgende Protokollergänzung zur Verhandlung am 21.9.2010:

Während des Verfahrens über den Antrag aus dem Jahr 2006 auf Verlängerung des Aufenthaltstitels des L M., jedenfalls also bis zur Einstellung desselben Verfahrens Mitte 2007, kam L M. ein Aufenthaltstitel kraft Gesetzes zu.

Mit herzlichem Dank für die unkomplizierte Ergänzungsmöglichkeit und freundlichen Grüßen“

Eine „Zusage auf Protokollergänzung“ durch den Referenten erfolgte im Hinblick auf den Beschluss über die Schließung des Beweisverfahrens - im Gegensatz zur Behauptung in der E-Mail - nicht.

Der Vertreter des Finanzamtes teilte dem Referenten am Tag der Verhandlung per E-Mail mit, dass die Bw. und ihr Sohn - ohne dies in der Verhandlung zu erwähnen – mittlerweile verzogen seien und gab die neue Adresse lt ZMA-Mitteilung an.

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

##### **1. Aufhebungsbescheid gem. § 299 BAO vom 25.06.2010**

Der im Dezember 2008 von der Bw. gestellte Antrag um Gewährung von Familienbeihilfe für ihren Sohn ab Dezember 2006 wurde mit Bescheid vom 26. Mai 2009 für den Zeitraum Dezember 2006 bis April 2009 abgewiesen.

Der dagegen erhobenen Berufung gab das Finanzamt mittels Berufungsvorentscheidung für den Zeitraum Dezember 2006 bis Oktober 2008 keine Folge. Für den Zeitraum November 2008 bis April 2009 gab das Finanzamt der Berufung Folge und hob den angefochtenen Abweisungsbescheid, soweit er über diesen Zeitraum abspricht, auf.

Aus der Berufungsvorentscheidung ergibt sich jedoch keinerlei Begründung für die Aufhebung des Abweisungsbescheides für den Zeitraum November 2008 bis April 2009.

Im Zuge des Berufungsverfahrens erkannte das Finanzamt die Rechtswidrigkeit des (teilweise stattgebenden) Spruches der Berufungsvorentscheidung und hob die Berufungsvorentscheidung vom 04.02.2010 gemäß 299 Abs. 1 BAO hinsichtlich ihres Abspruches über den Anspruchszeitraum November 2008 bis April 2009, das heißt, soweit der Berufung gegen den Abweisungsbescheid mit der Berufungsvorentscheidung durch (ersatzlose) Aufhebung gem. § 276 BAO Folge gegeben worden war, auf.

Gegenstand bzw. Sache des Berufungsverfahren betreffend den Aufhebungsbescheid vom 25. Juni 2010 ist somit ausschließlich die Rechtmäßigkeit des Aufhebungsbescheides.

Zu Recht weist das Finanzamt im zitierten Aufhebungsbescheid vom 25.06.2010 darauf hin, dass es in der Begründung der Berufungsvorentscheidung den Anspruch auf Familienbeihilfe für den gesamten Zeitraum (Dezember 2006 bis April 2010) verneinte. Die – nach Überzeugung des UFS – offensichtlich versehentlich erfolgte teilweise Aufhebung des angefochtenen Abweisungsbescheides erwies sich schon aus diesem Grund als rechtswidrig. Ob eine Berichtigung gem. § 293 BAO zulässig gewesen wäre, (vergl. Ritz, Bundesabgabenordnung<sup>3</sup>, Kommentar, Tz 6 zu § 293), wofür der Widerspruch zwischen dem teilweise stattgebenden Spruch der Berufungsvorentscheidung und der anderslautenden Begründung spricht, kann dahingestellt bleiben.

Unstrittig lt. Aktenlage ist jedenfalls der Umstand, dass für das Kind der Bw. erst ab Mai 2009 ein Aufenthaltstitel vorlag. Da dies somit für den Zeitraum November 2008 bis April 2009 nicht der Fall war, erwies sich die insoweit der Berufung durch Aufhebung stattgebende Berufungsvorentscheidung als **rechtswidrig** im Sinne der Bestimmung des § 299 BAO.

Der Berufung gegen den Aufhebungsbescheid vom 25. Juni 2010 konnte daher keine Folge gegeben werden.

Durch die (teilweise) Aufhebung der Berufungsvorentscheidung hinsichtlich ihres Abspruches über den Anspruchszeitraum November 2008 bis April 2009 erweist sich die Berufung gegen den Abweisungsbescheid vom 26. Mai 2009 wiederum als unerledigt.

Es war daher auch über die Berufung gegen die Abweisung des Anspruches auf Familienbeihilfe für die Monate November 2008 bis April 2009 zu entscheiden.

**2. Zurückforderungsbescheid vom 3. Feber 2010 hinsichtlich Familienbeihilfe für den Zeitraum Oktober 2006 bis November 2006 und Abweisungsbescheid vom 26. Mai 2009 hinsichtlich Familienbeihilfe für den Zeitraum Dezember 2006 bis April 2009**

Gemäß § 2 Abs. 8 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) haben Personen nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Inland haben.

Gemäß § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG 1967) haben Personen, die nicht österreichische StaatsbürgerInnen 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 Kinder, die nicht österreichische StaatsbürgerInnen 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.

**2.1 Mittelpunkt der Lebensinteressen (§ 2 Abs. 8 FLAG 1967) im Streitzeitraum Dezember 2006 bis April 2009 im Inland?**

Für die Annahme des Finanzamtes, dass sich der Lebensmittelpunkt der Bw. und ihres Sohnes im Berufungszeitraum nicht in Österreich befunden hat, sprechen folgende Feststellungen:

a) Weder die Bw. noch ihr Sohn waren lt Zentralmelderegisterauszug vom 02.02.2010 in der Zeit von 27.09.2006 bis 09.06.2008 in Österreich polizeilich gemeldet. (Der von der Bw. vorgelegten Bestätigung der Meldung **vom 03.02.2003** kommt **für die Zeit danach Keinerlei Beweiswert** zu!) Auch die Kindergarten-, Hort- bzw.

Tagesheimbesuchsbestätigungen lassen nur auf eine Anwesenheit im Inland frühestens **ab Juli 2008** schließen.) Gründe dafür, warum die Bw. trotz der behaupteten Anwesenheit im Bundesgebiet im Jahr 2006 lt. aktuellem Auszug aus dem Zentralen Melderegister **abgemeldet und erst im Jahr 2008 wieder angemeldet** wurde, hat die Bw. bis zur Berufungsverhandlung keine genannt.

- b) Die offenbar alleinerziehende Bw. bezog lt. Versicherungsdatenauszug im Zeitraum 01.05.2006 bis 10.08.2008 in Österreich **weder Arbeitseinkünfte noch Krankengeld oder AMS-Bezüge**. (Die von der Bw. vorgelegte Lohnbestätigung für den Monat Dezember 2008 weist als **Eintrittsdatum** den **19.11.2008** auf und kann diese daher keineswegs eine durchgehende Beschäftigung der Bw. im Streitzeitraum nachweisen.)
- c) Die Bw. ließ die Feststellungen des Finanzamtes unwidersprochen, wonach sie bereits Mitte 2006 einen Aufenthaltstitel für ihren Sohn beantragte, der wegen Nichtbeantwortung der an die Bw. gerichteten Vorhaltsschreiben der zuständigen Magistratsabteilung 35 nicht erteilt werden konnte. Ebenso ließ die Feststellung des Finanzamtes im Vorlagebericht, wonach im Jahr 2006 die angewiesene Familienbeihilfe zweimal nicht behoben worden war und mangels Zustelladresse einbehalten werden musste, den Schluss zu, dass sich weder die Bw. noch ihr Sohn zu dieser Zeit in Österreich befanden. Auch der Umstand, dass die Bw. gegen die Einstellung der Familienbeihilfe bis Ende 2008 vorerst nichts unternahm, sprach für diese Annahme.

Für den durchgehenden Aufenthalt im Bundesgebiet spricht dagegen die glaubwürdige Aussage der Mutter, wonach sich die Tochter samt ihrem Kind – unter Verstoß gegen die Bestimmungen des Meldegesetzes – nur zum Schein abmeldete, um sich ihren Gläubigern zu entziehen. Die Bw. bestätigte die Aussage der Mutter im Zug der Berufungsverhandlung und wies darauf hin, dass sie mangels Zustelladresse dadurch auch die Schreiben der Magistratsabteilung 35 (im Zusammenhang mit der Beantragung eines Aufenthaltstitel für ihren Sohn) nicht erhalten habe.

Wenngleich nach dem Ergebnis der Zeugeneinvernahme der Mutter der durchgehende Aufenthalt der Bw. und ihres Kindes zumindest glaubhaft gemacht erscheint, genügt dieser Umstand angesichts der Tatsache, dass das Kind lt. Aktenlage im strittigen Zeitraum (Oktober 2006 bis April 2009) die bosnische Staatsbürgerschaft besaß bzw. besitzt nicht, um vom Vorliegen aller erforderlichen Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe ausgehen zu können.

Unverständlich erscheint in diesem Zusammenhang die in der Berufungsverhandlung gestellte Behauptung, sie sei auf Grund von (fälschlichen) Angaben auf - nicht näher genannten - Urkunden vom Vorliegen der österreichischen Staatsbürgerschaft ihres Sohnes ausgegangen, zumal sie nicht einmal behauptet hat, diese im Streitzeitraum beantragt zu haben.

## 2.2 Aufenthaltstitel der Bw. und ihres Sohnes gem. §§ 8 und 9 NAG

§ 3 Abs. 1 und 2 FLAG 1967 in der ab 1.1.2006 gültigen Fassung (BGBl. I 2005/100) verlangen neben dem Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet das **Vorliegen** von

**Aufenthaltstiteln** gem. §§ 8 und 9 NAG für die **Antragstellerin und das anspruchsvermittelnde Kind**.

Während die Bw. selbst über einen ab 06.03.2006 bis 06.03.2011 gültigen Aufenthaltstitel („Daueraufenthalt EG“) verfügt, war dies für ihren Sohn im Berufungszeitraum bis zur Ausstellung einer so genannten „Niederlassungsbewilligung beschränkt“ am 13.05.2009 mit Gültigkeit für ein Jahr ab Ausstellung lt. Aktenlage **nicht der Fall**. Mangels Mitwirkung der Bw. war das Verfahren im Zusammenhang mit der im August 2006 beantragten Aufenthaltsbewilligung für den Sohn von der MA 35 eingestellt worden. Den Umstand, dass der Sohn aus welchen Gründen auch immer bis zur Ausstellung am 13. Mai 2009 (und nicht wie im Vorlageantrag behauptet und im Widerspruch zur vorliegenden Ablichtung des Aufenthaltstitels schon im April 2009) über keinen in § 8 NAG abschließend angeführten Aufenthaltstitel verfügte, hat die Bw. nicht bestritten.

Der Hinweis der Bw. im Zuge der Berufungsverhandlung, wonach sie die Ergänzungsansuchen der MA 35 – mangels inländischer Zustelladresse überhaupt nicht erhalten habe, überzeugt deshalb nicht, weil die Bw. auch im Verfahren vor der MA 35 anwaltlich vertreten war und eine Zustellung an den rechtsfreundlichen Vertreter im Inland jedenfalls auch ohne inländische Zustelladresse möglich war.

Auf die Gründe für das Nichtvorliegen eines gültigen Aufenthaltstitels im Anspruchszeitraum (Vergessen, Verzögerungen etc.) kam es nach dem Willen des Gesetzgebers dagegen nicht an.

Zur per E-Mail an den Referenten erfolgten „Protokollergänzung“ ist folgendes anzumerken:

Wie bereits im Sachverhalt erwähnt, entspricht die Behauptung in der E-Mail, eine Protokollergänzung sei telefonisch zugelassen worden, nicht den Tatsachen, zumal das Beweisverfahren am Ende der Verhandlung ausdrücklich geschlossen worden war. Darüber hinaus ist gem. § 85 Abs. 1 BAO für Anbringen zur Geltendmachung von Rechten oder zur Erfüllung von Verpflichtungen grundsätzlich die Schriftform gesetzlich vorgesehen.

Eine Übermittlung von Anbringen mittels E-Mail ist in den auf Grund von § 86a BAO erlassenen Verordnungen des Bundesministers für Finanzen (noch) nicht vorgesehen, weshalb per E-Mail eingereichte Anbringen unbeachtlich sind (vgl. Ritz, BAO-Kommentar<sup>3</sup>, Tz 3 ff zu § 86a).

Aber auch in der rechtlich unbeachtlichen E-Mail wird nur **ohne nähere Begründung** und **ohne Bezugnahme auf eine gesetzliche Bestimmung** das Vorliegen eines

Aufenthaltstitels für den Sohn „kraft Gesetzes“ bis zur Einstellung des Verfahrens durch die MA 35 (Mitte 2007) behauptet.

Mangels Vorliegens eines **in § 8 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes**, BGBl. I 100/2005, und der zu dieser Bestimmung erlassenen Durchführungsverordnung, BGBl. II 451/2005, in der Fassung BGBl. II 498/2009, abschließend aufgezählten Aufenthaltstitels des Sohnes der Bw. im Berufungszeitraum Oktober 2006 bis April 2009 lagen die **Voraussetzungen** des § 3 Abs. 2 FLAG 1967 **nicht vor**, weshalb der Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe für den Zeitraum Dezember 2006 bis April 2009 zu Recht als **unbegründet abgewiesen** wurde.

Ebenso war die dem UFS ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung vorgelegte Berufung gegen die Rückforderung von Familienbeihilfe für Oktober und November 2006 aus den gleichen Gründen als unbegründet abzuweisen.

Wien, am 24. September 2010