

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin R. in der Beschwerdesache ***Bf1***, ***Bf1-Adr***, über die Beschwerde vom 27. Jänner 2021 gegen den Bescheid des Finanzamtes Österreich vom 19. Jänner 2021 betreffend Familienbeihilfe ab Juli 2019 zu Recht erkannt:

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben.

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

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang

Die Beschwerdeführerin (Bf.) ***Bf1***, rumänische Staatsbürgerin, beantragte die Zuerkennung der Familienbeihilfe für ihr Kind ***1*** ***2***, geb. 2008, rumänische Staatsbürgerin, ab Juli 2019, mit **Antrag vom 25.06.2020**.

Laut vorgelegter ZMR war die Bf. seit 24.02.2014 bis 25.11.2019 in der ***3*** mit ihren Nebenwohnsitz, ab 25.11.2019 mit ihren Hauptwohnsitz gemeldet.

Laut ZMR war ihr Kind seit 22.07.2019 im gemeinsamen Haushalt in der ***3***, mit Hauptwohnsitz gemeldet.

Die Bf. legte für das Kind einen Ausweis der Öffentlichen Neuen Mittelschule am 1060 vom 03.09.2019, mit einer Bestätigung betreffend das Schuljahr 2019/2020 vor.

Das Finanzamt ersuchte die Bf. um folgende Ergänzungen (**02.07.2020**):

"Nachweis, dass kein bzw. für welchen Zeitraum Anspruch auf eine der österr. Familienbeihilfe gleichzusetzenden ausländische Beihilfe bestand/besteht"

*ab 07/2019 aus Rumänien mit Übersetzung
Obsorgebeschluss f. ***2*** und Geburtsurkunde und
Schulnachricht/Jahreszeugnis,
Anmeldebescheinigung von Ihnen und Kind
Einkommensnachweis von Ihnen"*

Die Bf. führte in einem Schreiben (v. 12.08.2020) wie folgt aus:

"Sehr geehrtes Finanzamt!

Tieferstehend fristgerecht ein Teil der von Ihnen angeforderten Unterlagen sowie ein Antrag auf Befreiung des Obsorgebeschlusses, verfaßt wunschgemäß auf der Rückseite Ihres Schreibens vom 02. Juli 2020. Für die restlichen Unterlagen beantrage ich Fristerstreckung bis zur Vorlage, wie tieferstehend ausgeführt.

- Kopie, daß ab 07.2019 keine Familienbeihilfe in Rumänien bezogen wurde, samt Übersetzung*
- Geburtsurkunde von ***2*** ***1****
- Schulnachricht / Jahreszeugnis - Vermerk: Covid-19 bedingt wurde das Schulzeugnis nicht abgeholt - es wird zu Schulbeginn im September behoben und umgehend nachgereicht*
- Anmeldebescheinigung (Meldezettel) von mir und meinem Kind lagen der Einreichung vom 25.06.2020 bei - siehe Kopie der 1. Seite des Antrags*
- Einkommensnachweis von mir - ich verfüge über kein Einkommen - siehe Kopie der 2. Seite des Antrags vom 25.06.2020 - „In Ausbildung (WIFI)“*

Antrag auf Verzicht der Beibringung eines Obsorgebeschlusses aus Rumänien

*Mit dem Kindesvater habe ich nie zusammengelebt und auch nie Alimente von diesem erhalten. Außer seinem Namen hat meine Tochter nichts von ihm. Dem Vernehmen nach ist dieser derzeit im Gefängnis. Einen Obsorgebeschuß kann man nicht einfach per Post bestellen, sondern muß diesen bei Gericht beantragen. Dafür sind mehrfache persönliche Vorsprachen - sprich mehrere Reisen nach der Bezirksverwaltungsstadt ***4*** erforderlich. Bedingt durch die Covid-19 Pandemie ist dies derzeit, und sehr wahrscheinlich auch bis Mitte nächsten Jahres, nicht möglich. (Rumänien ist auf der Liste der Staaten mit Reisewarnungen). Auch ohne Covid-19 ist die Beschaffung eines derartigen Dokumentes eine sich über Monate erstreckende Angelegenheit.*

Aus vorgenannten nachvollziehbaren Begründungen sowie der Tatsache, daß meine Tochter anfangs September 2020 ihr zweites Schuljahr in Wien (Aufstieg aus der Klasse 1C in die Klasse 2C) beginnt, beantrage ich, meinem Antrag aus den genannten Erschwernisgründen stattzugeben."

*Die Bf. legte eine beglaubigte Übersetzung aus der rumänischen Sprache der Bestätigung der Gemeinde ***5*** vom 17.07.2020 vor, dass die Bf. für ihr Kind keine rumänische Familienbeihilfe seit 01.07.2019 mehr bezogen habe und die Geburtsurkunde des Kindes.*

Auf Grund eines weiteren **Ergänzungsersuchens des Finanzamtes vom 27.08.2020** legte die Bf. eine Schulbesuchsbestätigung vom 03.07.2020 betreffend das Schuljahr 2019/2020 (1.C Klasse), eine Kopie des Schülersausweises für das Schuljahr 2020/2021 und Kopien der Meldezettel ihrer Tochter und von ihr vor.

Betreffend der Anfrage zu ihrem Einkommen erklärte die Bf., dass sie über keinerlei Einkommen verfüge, da sie seit 2019 eine Ausbildung beim Wifi Wien für Nageldesignerin begonnen habe. Die theoretische Prüfung habe sie erfolgreich abgelegt, Covid bedingt wurde die praktische Prüfung (angesetzt im April 2020) auf unbestimmte Zeit verschoben. Erst nach erfolgreicher Ablegung der praktischen Prüfung werde ein Wifi-Diplom ausgehändigt, mit dem sie auf Arbeitssuche gehen könne. Sie habe davor in einigen Küchenbetrieben gearbeitet, allerdings keine zusammenhängende Tätigkeit, daher beziehe sie keine Unterstützung vom AMS. Sie beantragte dem Antrag stattzugeben, zumal der Bezug des Kindergeldes einkommensunabhängig sei.

Am **17.09.2020** stellte das Finanzamt ein weiteres Ergänzungsersuchen mit folgenden Ergänzungspunkten:

"Bestätigung von MA 35 wann Anmeldebescheinigung eingereicht und ausgestellt wurde von Ihnen und Kind

Bei 1. Antrag vom 25.06.2020 wurden keine Anmeldebescheinigungen vorgelegt.

Einkommensnachweis von Ihnen

Womit bestreiten Sie den Lebensunterhalt von Ihnen und Kind? Nachweis.

Wo ist der Lebensmittelpunkt von Ihnen und Kind?"

In dem Schreiben vom **05.10.2020** stellte die Bf. einen Antrag auf Fristerstreckung zwecks Nachreichung der Anmeldebescheinigung (coronabedingter eingeschränkter Parteienverkehr der MA35).

Weiters führte die Bf. aus, dass sie ihre Ausbildung im Wifi noch nicht abgeschlossen habe. Für sie und ihre Tochter bestreitet derzeit ihr Freund die Kosten der Miete und des Essens.

Der Lebensmittelpunkt von ihrem Kind und ihr sei, bedingt durch den fortgesetzten Schulbesuch – 1. Klasse NMS wurde ohne Fehlstunden abgeschlossen und in der 2. Klasse ist das Kind laut vorgelegten Schülersausweis integriert, sowie dem Hauptwohnsitz für die Tochter und mich, nachvollziehbar in Wien gegeben.

Das Finanzamt wies den Antrag der Bf. vom 25.06.2020 auf Familienbeihilfe für das Kind *1*** **2*** geb. 2008 ab Juli 2019 mit Abweisungsbescheid vom 19.01.2021 ab.**

Begründend führte das Finanzamt aus, da die Bf. trotz Aufforderung die abverlangten Unterlagen nicht eingebracht habe, sei sie dadurch ihrer Mitwirkungspflicht nach § 115 BAO nicht nachgekommen. Es müsse daher angenommen werden, dass im oberen Zeitraum kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestanden habe und bestehe.

Die Bf. brachte fristgerecht Beschwerde ein und führte aus, dass nach Erhalt der Aufforderung, eine Anmeldebescheinigung seitens der MA35 vorzulegen, sie einen diesbezüglichen Antrag bei der MA35 gestellt habe. Ein für den 10.11.2020 vorgeschlagener Termin, bei welchem sie ihren Freund zwecks Klärung und Bestätigung offener Fragen mitnehmen wollte, habe sie ob des zweiten Lockdowns nach reiflicher Überlegung mit der Begründung abgesagt, da ihr Freund zur Hochrisikogruppe gehöre sowie sei sie den Empfehlungen der Bundesregierung (ca. 8.000 Neuinfektionen pro Tag) gefolgt. Auf die schriftliche und begründete Terminabsage bei der sie die Vorlage von den notwendigen Unterlagen in digitaler Form angeboten habe, kam eine Antwort der MA35, dass sie Geduld haben möge, da auf Grund der derzeitigen Situation nur ein eingeschränkter Parteienverkehr erfolge.

Die MA35 habe Sie um Geduld gebeten deshalb habe sie der Mitwirkungspflicht nicht nachkommen können. Sie ersuche daher der Beschwerde stattzugeben, zumal mit einer schnellen Normalisierung der bestehenden Situation, wie in den Medien verfolgt werden könne, nicht zu rechnen sei.

Am 21. Oktober 2021 brachte die Bf. das folgende Schreiben ein:

"Am 27. Jänner 2021 wurde fristgemäß Beschwerde gegen den Abweisungsbescheid vom 19.01.2021 mit einer detaillierten Begründung eingelegt.

Unabhängig davon wurde der bereits am 05. Oktober 2020 bei der MA35 eingereichte Antrag auf die von Ihnen geforderte Anmeldebescheinigung fortgeführt. Dieser Vorgang konnte am 19.10.2021 nach erfolgter schriftlicher Terminvorgabe zur Abholung der Urkunde (vor 2 Tagen) erfolgreich zu Ende geführt werden.

Anbei die Anmeldebescheinigung - ausgestellt am 04.10.2021 – in Kopie.

Somit steht der Auszahlung der Familienbeihilfe für meine Tochter ab dem Stichtag 22.07.2019 (Anmeldung zu Hauptwohnsitz) nichts mehr im Wege."

Vorgelegt wurde die Anmeldebescheinigung datiert mit 04.10.2021.

Das Finanzamt erließ ein weiteres Auskunftersuchen vom 27.10.2021 und ersuchte die Bf. um Vorlage von folgenden Unterlagen:

- "1) Bitte um Vorlage der Einreichbestätigungen d. Antrages zwecks Ausstellung der Anmeldebescheinigungen von Ihnen und vom Kind ***2***.
- 2) Vorlage der Anmeldebescheinigung vom Kind ***2***, geb. am 2008.
- 3) Vorlage einer Bestätigung der MA35 aus der hervorgeht, ob der Aufenthalt in Österreich von Ihnen und vom Kind ***2*** ab 22.7.2019 bis zur Ausstellung der Anmeldebescheinigungen nach § 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig war.
- 4) Vorlage des Jahreszeugnisses d. Schuljahres 2020/21 in Kopie.
- 5) Vorlage einer aktuellen Schulbesuchsbestätigung"

Die Bf. ersuchte das Finanzamt mit Schreiben vom 08.11.2021 um Fristverlängerung:

"Da erfahrungsgemäß die Bearbeitungszeiten der MA35 aus von mir nicht beeinflussbaren Gründen sehr lange sind, wird vorsorglicher Weise eine Fristverlängerung beantragt. Dies bis zu dem Zeitpunkt, bis zu welchem die MA35 den zeitnah eingebrachten Antrag bearbeitet hat. (Beilage 1: Seite 12 vom 27.07.2021 aus der „Heute Zeitung“ - hier wird von Bearbeitungszeiten bis zu 18 Monaten seitens der MA35 berichtet).

Zu 1: Antrag zur Anmeldebescheinigung vom 05.10.2020 für mich und meine Tochter. Eine Einreichbestätigung gibt es nicht, da der Antrag mittels Einschreibebriefes eingebracht wurde. (Beilage 2)

Zu 2.: Bei der persönlichen Vorsprache am 09. August 2021 erklärte die Sachbearbeiterin, dass erst mein Antrag genehmigt werden müsste bevor der Antrag meiner Tochter bearbeitet werden kann. Ein neu ausgefüllter Antrag für meine Tochter wurde am 09.08.2021 vor dem Verlassen der MA35 in den innerhalb der Räumlichkeiten befindlichen Amtsbriefkasten geworfen. Hier wird die MA35 schriftlich an die weitere Bearbeitung erinnert.

Zu 3.: Diese Bestätigung wird zeitgleich angefordert. Hinweis: Mein sowie der Aufenthalt meiner Tochter sind während der gesamten Aufenthaltszeit in Österreich legal. Begründung: Für EWR Bürgerinnen ist ein Aufenthalt bis zu 3 Monaten in einem anderen EWR-Land genehmigungsfrei. Da sich meine Tochter und ich immer weniger als 3 Monate in einem in Österreich aufgehalten haben, war und ist unser Aufenthalt legal.

Zu 4.: Vorlage des Schulzeugnisses 2020/21 (Beilage 3)

Zu 5.: Vorlage des Schülerscheines samt Schulstempel für 2021/2022 (Beilage 4)"

Mit einem Ergänzungsschreiben vom **30.12.2021** legte die Bf. die Anmeldebescheinigung ihrer Tochter, ausgestellt am 27.12.2021 von der Magistratsabteilung 35 dem Finanzamt vor.

Auf Grund eines neuerlichen Auskunftersuchens des Finanzamtes vom **11.01.2022** um Vorlage einer Bestätigung der MA 35, dass der Aufenthalt ihrer Tochter in Österreich bis zur Ausstellung des Anmeldebescheinigung rechtmäßig war, führte die Bf. aus, dass sich ihre Tochter in Österreich legal aufgehalten habe, da für EWR-Bürgerinnen der Aufenthalt bis zu 3 Monaten in einem anderen EWR-Land genehmigungsfrei sei. Da sich ihre Tochter und sie immer weniger als 3 Monate in einem in Österreich aufgehalten hätten, der Aufenthalt legal gewesen sei und sei.

Das Finanzamt gab der Beschwerde mit BVE vom 28.02.2023 teilweise statt und führte begründend aus:

"Begründung

§ 3 Abs. 1 und Abs. 2 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 lautet wie folgt:

(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, oder nach § 54 des Asylgesetzes 2005 (AsylG 2005), BGBl. I Nr. 100/2005 idF BGBl. I Nr. 87/2012, rechtmäßig in Österreich aufhalten.

(2) Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 NAG oder nach § 54 AsylG 2005 rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Für Bürger aus den Mitgliedstaaten der EU und des EWR kommen die Aufenthaltstitel nach § 9 NAG in Betracht.

Der Aufenthaltstitel (Anmeldebescheinigung) für die Antragstellerin wurde am 4.10.2021 ausgestellt.

Der Aufenthaltstitel für das Kind ***2*** wurde am 27.12.2021 ausgestellt.

Somit kann unter Hinweis auf die oben angeführte gesetzliche Bestimmung die Familienbeihilfe ab Dezember 2021 zuerkannt werden.

Für den Zeitraum von Juli 2019 bis November 2021 war die Beschwerde als unbegründet abzuweisen, da trotz wiederholter Anfragen (Wortlaut: Vorlage einer Bestätigung der MA 35 aus der hervorgeht, ob der Aufenthalt in Österreich von Ihnen und vom Kind ***2*** ab 22.7.2019 bis zur Ausstellung der Anmeldebescheinigungen nach § 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig war) keine diesbezügliche Bestätigung der MA 35 übermittelt werden konnte.

Der Beschwerde konnte teilweise stattgegeben werden."

Die Bf. stellte den Antrag die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht vorzulegen und führte begründend aus:

"Begründung: In oben angeführten Schreiben zitieren Sie unter anderem den § 3 Abs. 1 & 2 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967. Kernpunkt ist der rechtmäßige Aufenthalt in Österreich. Dieser rechtmäßige Aufenthalt in Österreich ist für meine Tochter als EU-Bürgerin immer dann gegeben, sofern sie sich nicht länger als 3 Monate ununterbrochen in Österreich aufhält. Auf diesen Umstand wurde bereits in den früheren Eingaben hingewiesen und festgehalten, dass diese Regelung eingehalten wurde.

Weiters zitieren Sie den § 9 NAG. Nach (nicht rechtsverbindlicher) telefonischer Auskunft des BKA, Sektion VI, Familie und Jugend, handelt es sich beim NAG um österreichisches (nationales Recht).

Über österreichischen (nationalem) Recht steht EU-Recht. Gemäß EU-Recht ist - wie weiter oben angeführt - der Aufenthalt meiner Tochter in Österreich somit rechtmäßig und daher auch legal. Anders formuliert: EU-Recht schlägt nationales Recht!

Abgesehen davon liegt der Mittelpunkt des Lebensinteresses eindeutig in Österreich, begründet durch den Haupt- und einzigen Wohnsitz in Wien, sowie dem regelmäßigen und ohne Fehlzeiten erfolgenden Schulbesuch einer Wiener Pflichtschule.

Wird dieser Argumentation nicht gefolgt, ist in weiterer Folge der Instanzenweg in Österreich auszuschöpfen, bevor sich die für diese Angelegenheit zuständige EU-Institution damit auf

Antrag befasst wird.

Bemerkung: Der MA 35 wurde nachweislich mit Schreiben vom 08.11.2021 wortgetreu die vom Finanzamt gewünschte Formulierung mitgeteilt.

Da auf dieses Schreiben seitens der MA 35 keine Reaktion erfolgte, wurde am 03.02.2022 mittels einem neuerlichen Schreiben wiederum nachweislich „expressis verbis“ auf die vom Finanzamt geforderte Bestätigung hingewiesen.

Auf die von der MA 35 gewählte Antwort habe ich als Antragstellerin keinen Einfluss.

Hinweis / Zusammenfassung: Dem am 25.06.2020 gestellten Antrag um Familienbeihilfe folgte am 02.07.2020 ein Ersuchen um Ergänzung. Diesem wurde fristgerecht nachgekommen.

Am 27.08.2020 kam ein weiteres Ersuchen um Ergänzung. Auch dieses wurde innerhalb der vorgesehenen Frist mit Unterlagen beantwortet.

Am 17.09.2020 wurde mittels eines weiteren Ersuchens um Ergänzung erstmals die Einreichung und Vorlage der Aufenthaltsbestätigung erwähnt.

Der Antrag auf eine Aufenthaltsbestätigung wurde am 05.10.2020 bei der MA35 eingereicht. Pandemiebedingt war Österreich bereits wieder bzw. kurz danach in etlichen Lockdowns, welche sowohl den Parteienverkehr als auch die Bearbeitung von Anträgen seitens der MA35 der Antragstellerin einschränkte."

Das Finanzamt legte den Vorlageantrag dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vor.

Das Bundesfinanzgericht beauftragt die Bf. den Mietvertrag betreffend die Wohnung Ziegelofengasse, Zahlungsbelege betreffend Miete und Stromzahlungen vorzulegen. Weiters wurde die Bf. befragt, wie sie für die Kosten der Lebenshaltung aufkomme, ob sie derzeit erwerbstätig sei und wo sich der Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen befinde.

Die Bf. führte dazu aus, dass sie und ihre Tochter bei ihrem Freund kostenfrei wohnten und dass ihr Lebensunterhalt sehr bescheiden sei. Sie habe die Weiterbildung Diplom-Nageldesignerin nach der Pandemie nicht weiterverfolgt, da sie nochmals den (teuren) Gesamtkurs machen hätte müssen.

Sie sei mehrmals kurzfristig erwerbstätig gewesen.

Der Lebensmittelpunkt ihrer Lebensinteressen befinde sich durch ihren Hauptwohnsitz in Wien. Hier gehe ihre sehr gut integrierte Tochter seit 2019 in die Pflichtschule. Auch habe sie in Österreich etliche Freunde gewonnen.

Das Finanzamt führte in der Stellungnahme aus, dass ein Anspruch auf Familienbeihilfe für den Zeitraum 2019 bis November 2021 mangels Nachweis des rechtmäßigen Aufenthaltes in Österreich nicht bestünde.

II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt

Die Bf. ist rumänische Staatsbürgerin. Sie war lt. ZMR von 24.02.2014 bis 25.11.2019 mit ihrem Nebenwohnsitz in der ***3*** gemeldet. Ab 25.11.2019 ist sie mit ihrem Hauptwohnsitz in der Wohnung gemeldet.

Ihre Tochter, geb. 2008, ist lt ZMR seit 27.07.2019 mit ihrem Hauptwohnsitz in der ***3*** gemeldet.

Seit dem Schuljahr 2019/2020 ist das Kind in der Öffentlichen Neuen Mittelschule, 1060 gemeldet.

Laut der Schulbesuchsbestätigung vom 03.07.2020 und dem Schülerausweis besuchte das Kind die 1. Klasse dieser Schule im Schuljahr 2019/2020 vom 02.09.2019 bis 03.07.2020.

Laut dem Jahreszeugnisses für das Schuljahr 2020/2021 vom 02.07.2021 besuchte die Tochter die zweite Klasse dieser Schule.

Am 05.10.2020 stellte die Bf. beim Amt der Wiener Landesregierung Magistratsabteilung 35 den Antrag auf eine Anmeldebescheinigung und Bescheinigung des Daueraufenthaltes für Personen mit EWR – oder Schweizer Staatsbürgerschaft.

Laut einem Schreiben des MA 35 vom 8.11.2020 wurde die Bf. um Geduld bei der Ausstellung der Anmeldebescheinigung ersucht auf Grund der Corona bedingten Situation.

Laut einer beglaubigten Übersetzung aus der rumänischen Sprache wird vom Bürgermeister der Gemeinde ***5***/Rumänien bestätigt, dass die Bf. seit 01.07.2019 keine Familienbeihilfe für das mj. Kind ***2*** ***1***, beziehe.

Die Bf. legte die Geburtsurkunde des Kindes vor.

Laut Sozialversicherungs-Auskunft vom 20.09.2022 war/ist die Bf. wie folgt gemeldet:

von 01-01.2017 -23.09.2021 KV-PfIVers. § 2 71/4 GWSVG Sachleistung

Arbeiterin von 05.02.2018 -15.02.2018

Arbeiterin von 24.09.2021 – 15.10.2021

Urlaubsabfindung, Urlaubsentschädigung 16.10.2021 – 18.10.2021

KV-PfVers. § 2/1/4/GSVG Sachleistung 18.10.2021 – laufend

Beweiswürdigung

Der vorstehend angeführte Sachverhalt ergibt sich aus dem vorgelegten Verwaltungsakt und ist unstrittig.

Das Bundesfinanzgericht legte ihn der Entscheidung zu Grunde.

2. Rechtliche Beurteilung

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

Gemäß § 2 Abs. 8 FLAG 1967 haben Personen nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben. Eine Person hat den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.

§ 2a FLAG 1967 lautet:

"(1) Gehört ein Kind zum gemeinsamen Haushalt der Eltern, so geht der Anspruch des Elternteiles, der den Haushalt überwiegend führt, dem Anspruch des anderen Elternteiles vor. Bis zum Nachweis des Gegenteils wird vermutet, daß die Mutter den Haushalt überwiegend führt.

(2) In den Fällen des Abs. 1 kann der Elternteil, der einen vorrangigen Anspruch hat, zugunsten des anderen Elternteiles verzichten. Der Verzicht kann auch rückwirkend abgegeben werden, allerdings nur für Zeiträume, für die die Familienbeihilfe noch nicht bezogen wurde. Der Verzicht kann widerrufen werden."

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 Aufenthaltsgesetz (NAG), BGBl I Nr. 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhalten.

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

Gemäß § 53 Abs. 1 FLAG 1967 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 Wirtschaftsraums nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten.

§ 9 Abs. 1 NAG bestimmt, dass zur Dokumentation des gemeinschaftsrechtlichen Aufenthaltsrechtes für mehr als drei Monate über Antrag eine Anmeldebescheinigung für

EWR-Bürger, die sich länger als drei Monate in Österreich aufhalten, ausgestellt werden kann.

Gemäß § 51 Abs. 1 NAG sind auf Grund der Freizügigkeitsrichtlinie "EWR-Bürger zum Aufenthalt für mehr als drei Monate berechtigt, wenn sie

1. in Österreich Arbeitnehmer oder Selbständige sind;
2. für sich oder ihre Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel und einen umfassenden Krankenversicherungsschutz verfügen, sodass sie während ihres Aufenthaltes weder Sozialleistungen noch die Ausgleichszulage in Anspruch nehmen müssen, oder...."

Unionsbürger ist, wer die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates besitzt (Art 20 Abs. 1 AEUV). Die Unionsbürger haben die in den Verträgen vorgesehenen Rechte und Pflichten. Die Unionsbürger haben unter anderem das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (Art 20 Abs. 2 lit a sowie Art 21 Abs. 1 AEUV).

Ein Unionsbürger hat das Recht auf Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats für einen Zeitraum von bis zu drei Monaten, wobei er lediglich im Besitz eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses sein muss und ansonsten keine weiteren Bedingungen zu erfüllen oder Formalitäten zu erledigen braucht (Art 6 Abs. 1 RL 2004/38/EG).

Die Bf. und ihre Tochter sind als rumänische Staatsbürger Unionsbürger.

Die Richtlinie 2004/38/EG vom 29.04.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ist im ggstl Fall verbindlich anzuwenden und verdrängt dazu im Widerspruch stehendes innerstaatliches Recht. Nach den Erwägungsgründen dieser Richtlinie erwächst das elementare und persönliche Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, den Unionsbürgern unmittelbar aus dem Vertrag und hängt nicht von der Einhaltung von Verwaltungsvorschriften ab. Dieses Recht gilt jedoch vorbehaltlich der im Vertrag und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen. Dieses Recht der Unionsbürger soll auch den Familienangehörigen ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit gewährt werden. Die Richtlinie 2004/38/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, regelt dies zusammenfassend. Die darin näher bestimmten Rechte sowie die Einschränkungen werden innerstaatlich im NAG umgesetzt.

Durch das Fremdenrechtspaket 2005 wurden für Unionsbürger und deren Angehörige deklaratorische Dokumentationsformen ihres kraft Gemeinschaftsrechts originär bestehenden Aufenthalts- und Niederlassungsrechts durch Anmeldebescheinigungen und Daueraufenthaltskarten geschaffen (vgl. ErläutRV Fremdenrechtspaket 2005, NR: XXII. GP RV 952).

Jeder Unionsbürger hat das Recht auf Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats für einen Zeitraum von über drei Monaten, unter anderem, wenn er –

Arbeitnehmer oder Selbständiger im Aufnahmemitgliedstaat ist oder –

für sich und seine Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel verfügt, sodass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen müssen und er und seine Familienangehörigen über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz im Aufnahmemitgliedstaat verfügen (vgl Art 7 Abs 1 RL 2004/38/EG).

Jeder Unionsbürger, der sich rechtmäßig fünf Jahre lang ununterbrochen im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten hat, hat das Recht, sich dort auf Dauer aufzuhalten (vgl Art 16 Abs 1 RL 2004/38/EG).

Bei Erwerbstätigen dürfen die Mitgliedstaaten für die Ausstellung der Anmeldebescheinigung nur „die Vorlage eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses, einer Einstellungsbestätigung des Arbeitgebers oder einer Beschäftigungsbescheinigung oder eines Nachweises der Selbständigkeit“ verlangen (vgl Art 8 Abs 3 RL 2004/38/EG).

Die Mitgliedstaaten dürfen die Freizügigkeit und das Aufenthaltsrecht eines Unionsbürgers oder seiner Familienangehörigen aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit beschränken, wobei der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren ist und ausschließlich das persönliche Verhalten des Betroffenen ausschlaggebend sein darf (vgl Art 27 RL 2004/38/EG).

Unionsbürger, die ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch nehmen, benötigen während der ersten drei Monate ihres Aufenthalts keinen gesonderten Aufenthaltstitel. Halten sie sich länger als drei Monate im Bundesgebiet auf, haben sie nach § 53 NAG spätestens nach Ablauf von drei Monaten – unionsrechtskonform – dies der Behörde anzuzeigen, worüber auf Antrag eine (gebührenpflichtige) Anmeldebescheinigung auszustellen ist.

Die Anknüpfung des Familienbeihilfenanspruchs an das NAG (und das Unionsrecht) stellt § 3 FLAG her, welcher, wie oben ausgeführt, einen Anspruch auf Familienbeihilfe für eine Person, die nicht österreichischer Staatsbürger ist, dann vorsieht, wenn sowohl sie (Abs 1) als auch das anspruchsvermittelnde Kind (Abs 2) sich jeweils nach den §§ 8 und 9 NAG rechtmäßig im Inland aufhalten. (Vgl dazu und zu den folgenden Ausführungen Aigner/Wanke in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG Kommentar 2011, § 3).

Das FLAG knüpft hierbei an die Bestimmungen des NAG betreffend die jeweiligen Aufenthaltstitel an, sofern sich aus dem Unionsrecht nichts anderes ergibt.

Die Erläuterung (NR: XXII. GP RV 952) führen dazu aus, dass Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, dann Anspruch auf die Familienbeihilfe haben, wenn sie zur Niederlassung in Österreich gemäß §§ 8 und 9 NAG berechtigt sind.

Grundsätzlich handelt es sich um eine formale Anknüpfung des FLAG an das NAG. Bei aufrechtem Aufenthaltstitel hat die Behörde nicht zu prüfen, ob ein Beihilfewerber über ausreichende Existenzmittel im Inland verfügt. (Vgl BFG 20.06.2014, RV/5100906/2012; UFS 21.01.2009, RV/3933-W/08). Bei nicht erwerbstätigen Unionsbürgern setzt die Inanspruchnahme der Freizügigkeit allerdings eine Krankenversicherung und eine Existenzgrundlage voraus, sodass eine derartige Prüfung – fremdenbehördlich – unbedenklich ist.

Für Unionsbürger ist (wie bereits oben ausgeführt) § 9 NAG und (vorrangig) das Unionsrecht maßgebend.

Hier ist nach Punkt 03.01.5 Durchführungsrichtlinien des BMWFJ zum FLAG der Anspruch durch Vorlage der Anmeldebescheinigung (bzw eines Lichtbildausweises für EWR-Bürger oder allenfalls der Daueraufenthaltskarte für Familienangehörige aus Drittstaaten) der rechtmäßige Aufenthalt für den Antragsteller und das Kind (sofern es sich in Österreich aufhält) nachzuweisen, sofern der Anspruch auf die Familienbeihilfe nicht zweifelsfrei wegen einer beruflichen Tätigkeit im Sinne der Verordnung (VO) EG Nr 883/2004 gegeben ist.

Wie das FA zu Recht ausführt, ist im ggstdl Fall kein Auslandsbezug gegeben, sodass die VO EG Nr 883/2004 nicht anwendbar ist. Handelt es sich bei diesen Personen um „Neu Zugezogene“ (bis rund 5 Jahre nach Einreise) und liegt keine/kein aktuelle Anmeldebescheinigung/Lichtbildausweis/Daueraufenthaltskarte vor, ist für den Anspruch auf die Familienbeihilfe der rechtmäßige Aufenthalt im Bundesgebiet (Antragstellerin und Kind) durch Nachweis einer Krankenversicherung und von Existenzmitteln im Hinblick auf das Vorliegen des Mittelpunktes der Lebensinteressen zu prüfen (Punkt 03.01.5 Durchführungsrichtlinien zum FLAG). Dieser Punkt der Durchführungsrichtlinien bezieht sich auf Nichterwerbstätige iSd jeweiligen VO.

§ 3 Abs 1 und 2 FLAG 1967 und die hier normierte Voraussetzung eines rechtmäßigen Aufenthalts sind auch iZm § 53 FLAG 1967 zu sehen. Grundsätzlich sind Staatsangehörige von Vertragsparteien des EWR österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt, vorausgesetzt sie halten sich rechtmäßig in Österreich auf und die entsprechenden unionsrechtlichen Regelungen sind anwendbar.

Rechtlich folgt daraus:

Die Anmeldebescheinigungen für EWR-Bürger/-innen der ganzen Familie, an die die Beihilfenbehörden und auch das Bundesfinanzgericht gebunden sind (sh. Wanke in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 3 Tz 157), wurden erst am 04.10.2021 für die Bf. und

21.12.2021 für das Kind ausgestellt. Davor hat das Bundesfinanzgericht daher eigenständig zu beurteilen, ob ein rechtmäßiger Aufenthalt nach § 9 NAG vorliegt (sh. Wanke in Csaszar/Lennneis/Wanke, FLAG, § 3 Tz 160).

Die Bf und ihre Tochter halten sich laut der vorgelegten Anmeldebescheinigungen vom 04.10.2021 bzw. 27.12.2021 nach NAG demnach nach § 3 FLAG 1967 rechtmäßig in Österreich auf.

Für die Zeit ab der Hauptwohnsitzmeldung der Tochter im Juli 2019, wurde von der Bf. in Ergänzungsschreiben ausgeführt, dass beide in Wien in der Ziegelofengasse seit Juli 2019 ihren gemeinsamen Wohnsitz haben. Die Kosten der Wohnung und des Essens wurden vom Freund der Bf. finanziert. Sie verfügten über ausreichende Existenzmittel im Inland.

Die Tochter der Bf. besuchte seit September 2019 die Neue Mittelschule am Loquaiplatz. Die Bf. legte die Schulbestätigung für die 1. Klasse und das Schulzeugniss für die 2. Klasse NMS vor.

Laut Sozialversicherungsauszug war die Bf. selbst zumindest für Teile des Streitzeitraums seit 2017 versichert. Sie war für Teile des Streitzeitraums Arbeitnehmerin iSd Art. 1 lit. a VO (EG) 883/2004.

Hinsichtlich einer Überprüfung der Existenzmittel führte die Bf. aus, dass sie und Ihre Tochter bei ihrem Freund wohnten und ihr Freund sie finanziell unterstützt habe.

Die Bf. und die Tochter wohnten seit Juli 2019 in einem gemeinsamen Haushalt. Die Tochter besuchte seit September 2019 die Schule in Wien, was anhand des Schulausweises und der Zeugnisse dokumentiert wurde.

Das Bundesfinanzgericht schließt auf Grund dieser Vorgaben, dass die Bf. und die Tochter ihren Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich hatten und haben.

Der Beschwerde war daher Folge zu geben.

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.

Die aus dem festgestellten Sachverhalt abgeleiteten Rechtsfolgen ergeben sich unmittelbar durch die Anwendung der VO 2004/38/EG, des FLAG 1967 und des NAG und steht im Einklang

mit Judikatur und Lehre. Es war daher keine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung zu beurteilen

Wien, am 20. Jänner 2023