

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter Ri in der Beschwerdesache *****Bf1***, ***4***** vertreten durch *****1***** über die Beschwerden vom 1. März 2023 gegen die Bescheide des Finanzamtes Österreich vom 1. Februar 2023 betreffend die gemäß § 299 BAO verfügte Aufhebung der, - der gegen den Abweisungsbescheid vom 27. Mai 2021 erhobenen Beschwerde vom 22. Juni 2021 Rechnung tragenden – Beschwerdevoirentscheidung (BVE) vom 24. Oktober 2022, jenen betreffend die Abweisung des mit 11. Jänner 2023 datierten Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für das Kind *****2***** ab dem 1. Jänner 2023 sowie jenen betreffend die Rückforderung der Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbeträge für das Kind *****3***** für den Zeitraum vom 1. Juli 2020 bis zum 31. Dezember 2022 zu Recht erkannt:

Den Beschwerden wird gemäß § 279 BAO Folge gegeben.

Die angefochtenen Bescheide werden aufgehoben.

Durch die Aufhebung des angefochtenen, die Aufhebung der BVE vom 24. Oktober 2022 gemäß § 299 BAO verfügenden Bescheides tritt diese gemäß § 299 Abs. 3 BAO wiederum in den Rechtsbestand.

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

Entscheidungsgründe

1. Verfahrensgang betreffend den angefochtenen - die Aufhebung der mit 24. Oktober 2022 datierten BVE gemäß § 299 BAO - verfügenden Bescheid vom 1. Februar 2023

1.1. Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für das Kind ***5***** ab dem 1. Juli 2020**

Mit Eingabe vom 3. November 2020 stellte die die ***6*** Staatsbürgerschaft besitzende Bf. den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für ihr am ***7*** geborenes, die ***8*** Staatsbürgerschaft besitzendes Kind ***5***.

1.2. Abweisungsbescheid vom 27. Mai 2021

Mit Bescheid vom 27. Mai 2021 wurde der Antrag der Bf., mit der Begründung, dass diese nach der Bestimmung des § 3 Abs. 1 FLAG 1967 nur im Fall des rechtmäßigen Aufenthalts in Österreich Anspruch auf Familienhilfe habe und ein gültiger Aufenthaltstitel bis dato nicht vorgelegt worden sei, abgewiesen.

1.3. Beschwerde vom 22. Juni 2021

Mit Eingabe vom 22. Juni 2021 wurde vom rechtsfreundlichen Vertreter der Bf. gegen den mit 27. Mai 2021 datierten Abweisungsbescheid eine Beschwerde nachstehenden Inhalts erhoben:

Mit Abweisungsbescheid vom 27.5.2021 weist das Finanzamt meinen Antrag auf Familienbeihilfe für meinen Sohn, ***3***, Vers. Nr. ***9*** ab und begründet diese Abweisung damit, dass ich bis dato keinen gültigen Aufenthaltstitel vorgelegt hätte.

Gegen diesen Bescheid erhebe ich Beschwerde an das Bundesfinanzgericht mit nachstehender Begründung

Ich lebe mit dem Kindesvater, Herrn ***10***, geb. ***11***, einem ***13*** Staatsbürger, in Lebensgemeinschaft. Herr ***15*** ist auch Vater des Sohnes ***12***, welcher ebenfalls die ***8*** Staatsbürgerschaft besitzt.

Der Lebensgefährte und Kindesvater steht seit Februar 2021 bei der Leihfirma ***14*** in Beschäftigung, er ist als Transportarbeiter an die Firma ***16***, verliehen. Als Arbeitnehmer ist der Lebensgefährte und Kindesvater ex lege (§ 51 Abs. 1 Z 1 NAG) in Österreich aufenthaltsberechtigt. Diese Aufenthaltsberechtigung schlägt jedenfalls auch auf sein Kind durch, der Sohn ***12*** ist demnach ebenfalls ex lege aufenthaltsberechtigt (§ 52 Abs. 1 Z 2 NAG).

Das Kind ist nunmehr 11 Monate alt. Es ist davon auszugehen, dass ein Kind dieses Alters den persönlichen Kontakt zur Mutter braucht, es wird auch noch gestillt, und hätte der Kindesvater und Lebensgefährte für eine alleinige Betreuung des Kindes auch keine Zeit, er geht arbeiten.

Daraus folgt, dass im Hinblick auf den zulässigen Aufenthalt des Kindes in Österreich, in Ableitung von dessen Rechten nach Art 21 AEUV, auch mir als seine Mutter ein ex lege Aufenthaltsrecht zukommt. Dies erfordert schon das grundsätzlich vorrangig zu beachtende Kindeswohl.

Daher erfüllen wir alle - Lebensgefährte und Kindesvater, das Kind und ich, die aufenthaltsrechtlichen Voraussetzungen zum Bezug der Familienbeihilfe.

Wir leben seit Juli 2020 in Österreich, der Aufenthalt vor Beginn der Beschäftigung ist ebenfalls rechtmäßig, weil der Lebensgefährte und Kindesvater unmittelbar nach seiner Einreise bereits mit der Arbeitssuche begonnen hat.“

1.4. Beschwerdevorentscheidung (BVE) vom 3. Dezember 2021

In der Folge wurde die Beschwerde vom 22. Juni 2021 vermittels mit 3. Dezember 2021 datierter BVE abgewiesen, wobei die belangte Behörde begründend nachstehendes ausführte:

„Gemäß § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (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.

Nach § 119 Abs. 1 BAO sind für den Bestand und Umfang einer Abgabepflicht oder für die Erlangung abgabenrechtlicher Begünstigungen bedeutsamen Umstände vom Abgabepflichtigen nach Maßgabe der Abgabenvorschriften offenzulegen.

Die Offenlegung muss vollständig und wahrheitsgemäß erfolgen.

Nach § 138 BAO haben auf Verlangen der Abgabenbehörden die Abgabepflichtigen und die diesen im § 140 gleichgestellten Personen in Erfüllung ihrer Offenlegungspflicht (§ 119) zur Beseitigung von Zweifeln den Inhalt ihrer Anbringen zu erläutern und zu ergänzen sowie dessen Richtigkeit zu beweisen.

Somit ist es Sache des Beschwerdewerbers, das Vorliegen der Voraussetzungen für den Anspruch auf Familienbeihilfe nachzuweisen bzw. glaubhaft und nachvollziehbar darzustellen. Die Pflicht zur amtswegigen Ermittlung des entscheidungswesentlichen Sachverhaltes findet dort ihre Grenze, wo nach Lage des Falles nur die Partei Angaben zum Sachverhalt machen kann (VwGH 25.10.1995, 94/15/0131, 94/15/0181). Nach der Judikatur tritt die amtswegige Ermittlungspflicht gegenüber der Behauptungs- und Mitwirkungspflicht auch dann in den Hintergrund, wenn die Behörde nur auf Antrag - wie es auf den vorliegenden Beschwerdefall zutrifft - tätig wird (VwGH 20.6.1990, 89/13/0107).

Für antragsgebundene Verfahren besteht somit eine erhöhte Mitwirkungs- und Offenlegungspflicht der Partei.

Liegt eine Verletzung der Mitwirkungspflicht vor, so hat die Behörde den maßgebenden Sachverhalt im Rahmen der freien Beweiswürdigung festzustellen. Da die abverlangten

Unterlagen nicht vorgelegt wurden, kann im Rahmen der freien Beweiswürdigung nicht von einem Familienbeihilfenanspruch für den genannten Zeitraum ausgegangen werden.

Die Beschwerde war daher als unbegründet abzuweisen.“

1.5. Vorlageantrag vom 30. Dezember 2021

Mit Eingabe vom 30. Dezember 2021 wurde gegen vorangeführte BVE ein Vorlageantrag nachstehenden Inhalts erhoben:

„Mit Beschwerdevorentscheidung vom 3.12.2021 weist das Finanzamt meine Beschwerde vom 22.6.2021 als unbegründet ab. Dazu begründet das Finanzamt ich sei meiner Mitwirkungspflicht nicht nachgekommen.

Dazu ist festzustellen, dass das Finanzamt meine Mitwirkungspflicht einerseits nicht überspannen darf und andererseits aus dem bereits im Antrag ersichtlichen Informationen (**8** Staatsbürgerschaft von Lebensgefährten **10**, geb. **11** und Kind **3**, geb. **17**, richtig wohl **7**) der Anspruch auf die Leistung ersichtlich ist. Eine Anmeldebescheinigung bzw. eine Aufenthaltskarte haben nur deklaratorischen Charakter und begründen selbst kein Aufenthaltsrecht.

In der Beschwerde wurde dann überdies die Beschäftigung des Lebensgefährten ab Februar 2021 vorgebracht, aus welcher der rechtmäßige Aufenthalt ersichtlich ist, denn ein fremder Unionsbürger hält sich dann rechtmäßig in Österreich auf, wenn er Arbeitnehmer oder Selbständiger ist. Überdies wurde in der Beschwerde vorgebracht, dass der Lebensgefährte als arbeitssuchend nach Österreich kam, woraus auch der rechtmäßige Aufenthalt ab dem Geburtsmonat des Kindes hervorgeht (mindestens 6 Monate, vgl. EuGH 26.2.1991; C-292/89 Rz 21).

Am 21.10.2021 habe ich dann auftragsgemäß dem Finanzamt vorgelegt bzw. mitgeteilt:

-Mutter Kind Pass Untersuchungen ab Jänner 2021-10-21

-Einreichbestätigung MA 35-Kopie meines **13** Daueraufenthaltstitels-
Anmeldebescheinigungen meines Sohnes und meines Lebensgefährten

-Asylbescheid

Im Zeitraum vom 18.11.2020 bis 21.02.2021 war ich in Wien aufhältig. Ich war mir damals nicht bewusst, dass jemand mich abgemeldet hat. Aus den beiliegenden Bestätigungen der Pfarre **25** sowie den Kontoauszügen ist klar ersichtlich, dass ich durchgehend in Österreich aufhältig war, wobei die Anmeldebescheinigung für das Kind erst am 10.6.2021 ausgestellt wurde, d.h. während des Antragsverfahren nicht zur Verfügung stand.“

1.6. Aufhebungsbescheid gemäß § 299 BAO vom 24. Oktober 2022

In der Folge wurde vermittels Bescheides vom 24. Oktober 2022 die mit 3. Dezember 2021 datierte BVE - mit dem Hinweis, dass sich deren Spruch als nicht richtig erweist - gemäß § 299 BAO aufgehoben.

1.7. Erlassung der, der Beschwerde vom 22. Juni 2021 Rechnung tragenden BVE vom 24. Oktober 2022

Hand in Hand mit der gemäß § 299 BAO verfügten Aufhebung der mit 3. Dezember 2021 datierten BVE wurde auf Basis des Abs. 2 leg. cit. am 24. Oktober 2022 eine – via Aufhebung des Abweisungsbescheides vom 27. Mai 2021 - der Beschwerde vom 22. Juni 2021 Rechnung tragende BVE erlassen.

1.8. Auf Basis des § 299 BAO verfügte Aufhebung der BVE vom 24. Oktober 2022

Mit Bescheid vom 1. Februar 2023 wurde – unter Zitierung der Gesetzesstelle des § 299 Abs. 1 BAO, respektive des Hinweises der nicht geringfügigen Auswirkungen der Rechtswidrigkeit des aufzuhebenden Bescheides – der Folgebescheid vom 24. Oktober 2022, sprich die BVE vom 24. Oktober 2022 aufgehoben.

1.9. Gemäß § 299 Abs. 2 BAO erlassene BVE vom 1. Februar 2023

Als Folge der an oberer Stelle dargestellten Aufhebung der BVE vom 24. Oktober wurde auf der Basis des § 299 Abs. 2 BAO eine mit 1. Februar 2023 datierte, die gegen den Abweisungsbescheid vom 27. Mai 2021 erhobene Beschwerde vom 22. Juni 2021 **abweisende BVE** erlassen. Hierbei lauteten die Entscheidungsgründe wie folgt:

Sachverhalt:

„Sie stellten am 3. November 2020 einen Antrag auf Zuerkennung der Familienbeihilfe für Ihren Sohn *****12*****, ab dem Monat der Geburt im Juli 2020. Dieser Antrag wurde vom Finanzamt mit Bescheid vom 27. Mai 2021 abgewiesen. Begründet wurde dies damit, dass Sie sich nicht gemäß den Bestimmungen des § 3 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 (FLAG 1967) in Österreich aufhalten und Ihnen deshalb die Familienbeihilfe nicht zustehe.

Dagegen erhoben Sie am 22. Juni 2021 das Rechtsmittel der Beschwerde.

Dem Fall sind folgende Rechtsvorschriften zugrunde zu legen:

§ 3 des Familienlastenausgleichsgesetzes (FLAG 1967) bestimmt die Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe, wenn der anspruchsberechtigte Elternteil kein österreichischer Staatsbürger ist. Voraussetzung für die Zuerkennung der Familienbeihilfe ist demnach, dass

- sich ein nichtösterreichischer Elternteil nach §§ 8 oder 9 NAG oder
- nach § 54 des Asylgesetzes 2005 rechtmäßig in Österreich aufhält (§ 3 Abs. 1 FLAG 1967) oder
- ihm Asyl nach dem Asylgesetz 2005 gewährt worden ist (Abs. 3) oder
- ihm der Status als subsidiär Schutzberechtigter zuerkannt worden ist (Abs. 4).

Diese Voraussetzungen wurden von Ihnen nicht erfüllt.

In Ergänzung zu §§ 8 und 9 NAG räumt § 52 NAG EU/EWR-Staatsangehörigen - sofern sie Angehörige von unionsrechtlich aufenthaltsberechtigten EWR/EU-Bürgern sind - die Möglichkeit ein, einen vom Angehörigen abgeleiteten, rechtmäßigen Aufenthalt in Österreich zu begründen, wenn sie eine Angehörigeneigenschaft im Sinne des § 52 Abs. 1 Z 1-5 NAG aufweisen.

In Ergänzung zu §§ 8 und 9 NAG räumt § 54 NAG des Weiteren auch Drittstaatsangehörigen - sofern sie Angehörige von unionsrechtlich aufenthaltsberechtigten EWR/EU-Bürgern sind - die Möglichkeit ein, einen vom Angehörigen abgeleiteten, rechtmäßigen Aufenthalt in Österreich zu begründen, wenn sie eine Angehörigeneigenschaft im Sinne des § 52 Abs. 1 Z 1-3 NAG aufweisen.

Eine solche Angehörigeneigenschaft liegt vor, wenn der Drittstaatsangehörige

- Ehegatte oder eingetragener Partner des unionsrechtlich aufenthaltsberechtigten EWR/EU-Bürgers ist (§ 52 Abs. 1 Z 1 NAG), oder
- Verwandter in absteigender Linie (§ 52 Abs. 1 Z 2 NAG) oder
- Verwandter in aufsteigender Linie, sofern ihm vom unionsrechtlich aufenthaltsberechtigten EWR/EU-Bürger tatsächlich Unterhalt gewährt wird (§ 52 Abs. 1 Z 3 NAG).

Ein unionsrechtlich aufenthaltsberechtigter EWR/EU-Bürger ist gemäß § 51 NAG jemand dann, wenn eine der folgenden Voraussetzungen erfüllt ist:

- er in Österreich entweder Arbeitnehmer oder Selbstständiger ist (§ 51 Abs. 1 Z 1 NAG)
- er für sich und seine Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel und einen umfassenden Krankenversicherungsschutz verfügt, sodass er während seines Aufenthaltes keine Sozialleistungen in Anspruch nehmen muss (§ 51 Abs. 1 Z 2 NAG)
- er als Hauptzweck seines Aufenthalts eine Ausbildung absolviert (§ 51 Abs. 1 Z 3- NAG).

§ 53 Abs. 1 NAG enthält die Bestimmung, dass EWR-Bürger, denen das unionsrechtliche Aufenthaltsrecht zukommt, einen länger als drei Monate dauernden Aufenthalt im

Bundesgebiet der Behörde anzuzeigen haben. Bei Vorliegen der Voraussetzungen ist auf Antrag eine Anmeldebescheinigung auszustellen.

Die rechtliche Würdigung des Falles ergibt folgendes:

Der Kindesvater, ***10***, ist ***22*** Staatsangehöriger, reiste im August 2020 nach Österreich ein und lebt seitdem mit Frau ***18***, einer ***19*** Staatsangehörigen, und dem gemeinsamen Sohn ***12***, einem ***20*** Staatsangehörigen, in Lebensgemeinschaft in Österreich, verheiratet sind die Eltern nicht. Seit Februar 2021 ist Herr ***15*** als Transportarbeiter bei der Firma ***21*** beschäftigt. Ab Februar 2021 kann Herr ***15*** als unionsrechtlich aufenthaltsberechtigter EU-Bürger im Sinne des § 51 Abs. 1 Z 1 NAG gewertet werden - die Anmeldebescheinigung für ihn wurde am 12. April 2021 ausgestellt. Sein Sohn kann sich (als EU-Bürger) daher ab Februar 2021 auf ein, von seinem Vater abgeleitetes unionsrechtliches Aufenthaltsrecht gemäß § 52 Abs. 1 Z 2 NAG (Sohn und damit Verwandter in absteigender Linie) berufen, er hat auch eine Anmeldebescheinigung als Angehöriger eines EU/EWR-Bürgers erhalten.

Sie hingegen konnte keinen gemäß § 54 NAG von Ihrem Lebenspartner abgeleiteten, unionsrechtlichen Aufenthalt in Österreich begründen, da Sie die Voraussetzungen des § 52 Abs. 1 Z 1-3 NAG nicht erfüllen; Sie waren und sind weder Ehepartner des unionsrechtlich aufenthaltsberechtigten EU/EWR-Bürgers noch seine Verwandte in auf- oder absteigender Linie.

Ihr Sohn - ein Verwandter in absteigender Linie - ist selbst kein unionsrechtlich aufenthaltsberechtigter EU-EWR-Bürger, sondern nur der Angehörige eines solchen.

Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes erkennt unter Anwendung des Art 20 AEUV in Ausnahmefällen drittstaatsangehörigen Elternteilen ein Aufenthaltsrecht zu, das unabhängig von der nationalen Gesetzgebung kraft unmittelbar anwendbaren Gemeinschaftsrechts begründet wird. Dies ist allerdings nur dann der Fall, wenn eine drittstaatsangehörige Person im Wohnsitzstaat des minderjährigen Kindes, das diesem Mitgliedstaat angehört (Staatsangehöriger ist), lebt und dem Kind Unterhalt gewährt.

Diese Judikatur kann auf den vorliegenden Fall keine Anwendung finden, da das Kind nicht dem Wohnsitzstaat angehört, also kein österreichischer Staatsbürger ist.

Aus ho. Sicht bestand daher kein Anspruch auf die Familienbeihilfe für Ihren Sohn ***12***, da Sie die Voraussetzungen des § 3 FLAG nicht erfüllen.

Die Beschwerde vom 22. Juni 2021 gegen den Abweisungsbescheid des Finanzamtes vom 27. Mai 2021 wird daher als unbegründet abgewiesen.“

2. Verfahrensgang betreffend den, den mit 11. Jänner 2023 datierten Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für das Kind *23*** vom 1. Februar 2023 abweisenden Bescheid**

2.1. Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für das Kind *23*** ab dem 1. Jänner 2023**

Mit Eingabe vom 11. Jänner 2023 stellte die Bf. den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für das Kind ***23*** ab dem 1. Jänner 2023.

2.2. Abweisungsbescheid vom 1. Februar 2023

Die belangte Behörde wies mit Bescheid vom 1. Februar 2023 obigen Antrag mit der Begründung, dass sich die Bf. nicht rechtmäßig im Sinne des § 3 Abs. 1 FLAG 1967 in Verbindung mit den §§ 8, 9 NAG in Österreich aufhalte, ab.

3. Rückforderungsbescheid vom 1. Februar 2023

Mit Bescheid vom 1. Februar 2023 wurde von der Bf. Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für das Kind ***12*** als im Zeitraum vom 1. Juli 2020 bis zum 31. Dezember 2022 zu Unrecht bezogen, zurückgefordert.

Hierbei wurde der Bescheid wie folgt begründet:

Sie halten sich nicht rechtmäßig in Österreich auf. Sie haben daher keinen Anspruch auf Familienbeihilfe (§ 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 in Verbindung mit §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes).

Für eine genauere Begründung wird auf die Beschwerdeverentscheidung vom 01.02.2023 verwiesen.“

4. Beschwerde gegen den, die BVE vom 24. Oktober 2024 gemäß § 299 BAO aufhebenden Bescheid, den, den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für das Kind *23*** ab dem 1. Jänner 2023 abweisenden Bescheid sowie den, Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für das Kind ***12*** für den Zeitraum vom 1. Juli 2020 bis zum 31. Dezember 2022 rückfordernden Bescheid**

Mit Eingabe vom 1. März 2023 wurde gegen den die Aufhebung der BVE vom 24. Oktober 2022 gemäß § 299 BAO verfügenden Bescheid vom 1. Februar 2023, den ebenfalls mit 1. Februar datierten den mit 11. Jänner 2023 datierten Antrag der Bf. auf Gewährung der Familienbeihilfe für das Kind ***23*** ab dem 1. Jänner 2023 abweisenden Bescheid, sowie den, Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für das Kind ***12*** für den Zeitraum vom 1. Juli 2020 bis zum 31. Dezember 2022 rückfordernden Bescheid vom 1. Februar 2023 Beschwerde nachstehenden Inhalts erhoben:

„Mit Abweisungsbescheid vom 27.5.2021 wies das Finanzamt meinen Antrag auf Familienbeihilfe Für meinen Sohn, ***3***, Vers.Nr. ***9***, einen ***13*** Staatsbürger, ab.

Dagegen erhob ich am 22.6.2021 Beschwerde. In dieser Beschwerde legte ich dar, dass das Kind ***12*** die ***8*** Staatsbürgerschaft nach seinem Vater (meinem Lebensgefährten) besitzt. Dieser gehe in Österreich einer Arbeit nach, demnach sei er, der Lebensgefährte und das Kind in Österreich nach den Bestimmungen der RL 2004/38/EG rechtmäßig aufhältig, mein Aufenthaltsrecht leitet sich sohin vom Kind ab, denn dieses sei auf meine Betreuung als Mutter angewiesen.

Am ***27*** wurde das Kind ***24*** geboren, auch dieses Kind besitzt die ***8*** Staatsbürgerschaft und ist, wie Lebensgefährte und erstes Kind ebenfalls im Besitz einer Anmeldebescheinigung der MA35.

Ursprünglich erließ das Finanzamt am 3.12.2021 eine abweisende Beschwerdeentscheidung. In Stattgabe der Beschwerde erließ das Finanzamt dann aber mit Bescheid vom 24.10.2022 eine Beschwerdeentscheidung und behob den angefochtenen Bescheid, sowie auch jenen vom 3.12.2021.

Daraufhin forderte der Vertreter die Finanzprokuratur auf, im Rahmen der Amtshaftung das Honorar für seine Tätigkeit zu ersetzen. Wohl als Reaktion auf diese Aufforderung - anders ist das Für mich nicht zu erklären - erließ das Finanzamt am 1.2.2023 einen Bescheid mit welchem der Bescheid vom 24.10.2022 wiederaufgenommen wird. Gegen diesen Bescheid erhebe ich fristgerecht Beschwerde an das Bundesfinanzgericht mit dem Antrag diesen Bescheid ersatzlos zu beheben und der Begründung: Der Bescheid ist rechtswidrig. Die ursprüngliche Beschwerdeentscheidung vom 24.10.2022 entsprach dem Gesetz. Die Behörde nannte keinen Grund für die Aufhebung. Eine Retorsionsmaßnahme aufgrund erfolgter Aufforderung wäre qualifiziert rechtswidrig.

Desweiteren erließ das Finanzamt am 1.2.2023 einen Abweisungsbescheid mit welchem mein Antrag vom 10.1.2023 auf Weitergewährung der Familienbeihilfe abgewiesen wurde. Dies mit der Begründung ich sei nicht rechtmäßig in Österreich und hätte demgemäß keinen Anspruch auf die Familienbeihilfe. Gegen diesen Bescheid erhebe ich Beschwerde an das Bundesfinanzgericht mit dem Antrag mir in Abänderung desselben Familienbeihilfe für beide Kinder im gesetzlichen Umfang zuzuerkennen. Dazu begründe ich. Wie in der Beschwerde vom 22.6.2021 ausgeführt besitze ich aufgrund der ***13*** Staatsbürgerschaft und des legalen Aufenthalts beider Kinder ein aus Art 21 AEUV abgeleitetes Aufenthaltsrecht. Es trifft daher nicht zu, dass ich nicht rechtmäßig in Österreich aufhältig wäre. Eine Retorsionsmaßnahme aufgrund erfolgter Aufforderung wäre qualifiziert rechtswidrig.

Desweiteren erließ das Finanzamt am 1.2.2023 einen Rückforderungsbescheid mit welchem die bisher gewährte Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbetrag für das Kind ***12*** iHv EUR 5.712,00 rückgefordert wird. Auch dies mit der Begründung ich würde mich in Österreich unrechtmäßig aufhalten und hätte daher zu Unrecht Familienbeihilfe bezogen. Gegen diesen Bescheid erhebe ich Beschwerde an das Bundesfinanzgericht mit dem Antrag den Bescheid ersatzlos zu beheben und dazu eine mündliche Beschwerdeverhandlung durchzuführen. Dazu begründe ich: Wie in der Beschwerde vom 22.6.2021 ausgeführt besitze ich aufgrund der ***13*** Staatsbürgerschaft und des legalen Aufenthalts beider Kinder ein aus Art 21 AEUV abgeleitetes Aufenthaltsrecht. Es trifft daher nicht zu, dass ich nicht rechtmäßig in Österreich aufhältig wäre. Eine Retorsionsmaßnahme aufgrund erfolgter Aufforderung wäre qualifiziert rechtswidrig.“

5. BVE vom 8. Mai 2023

In der Folge wurde die mit 1. März 2023 datierte, gegen die unter Punkt 4 angeführten Bescheide erhobene Beschwerde mit nachstehend begründeter BVE vom 8. Mai 2023 abgewiesen:

„Sachverhalt:

Sie sind ***6*** Staatsbürgerin, Ihre Kinder haben die ***8*** Staatsbürgerschaft vom Kindesvater. Sie sind mit dem Kindesvater nicht verheiratet. Mit den Bescheiden vom 01.02.2023 wurde die Familienbeihilfe für Ihre Kinder abgewiesen, bzw. rückgefordert.

Am 01.03.2023 haben Sie eine Beschwerde gegen diese Bescheide eingebracht.

Gesetzliche Grundlagen:

§ 3 des Familienlastenausgleichsgesetzes (FLAG 1967) bestimmt die Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe, wenn der anspruchsberechtigte Elternteil kein österreichischer Staatsbürger ist. Voraussetzung für die Zuerkennung der Familienbeihilfe ist demnach, dass- sich ein nichtösterreichischer Elternteil nach §§ 8 oder 9 NAG oder- nach § 54 des Asylgesetzes 2005 rechtmäßig in Österreich aufhält (§ 3 Abs. 1 FLAG 1967) oder- ihm Asyl nach dem Asylgesetz 2005 gewährt worden ist (Abs. 3) oder - ihm der Status als subsidiär Schutzberechtigter zuerkannt worden ist (Abs. 4)

Würdigung:

Am 16. August 2022 wurde Ihnen eine Aufenthaltskarte als EU-Familienangehöriger gemäß Art. 10 der Richtlinie 2004/38 EG ausgestellt. Die genannte EU Richtlinie bezieht sich auf das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten. Sie sind keine Familienangehörige des EU-Bürgers und Kindesvaters ***10***.

Dies ergibt sich aus der Definition des Begriffs „Familienangehöriger“ des Artikels 2 Zi 2 der genannten Richtlinie. Demnach ist ein Familienangehöriger nämlich

- der Ehegatte (Zi lit a)
- der Lebenspartner, mit dem der Unionsbürger.... eine eingetragene Partnerschaft eingegangen ist, sofern nach den Rechtsvorschriften des Aufnahmemitgliedstaats die eingetragene Partnerschaft der Ehe gleichgestellt ist.... (Zi 2 lit b)
- die Verwandten in gerader absteigender Linie (Zi 2 lit c) und
- die Verwandten in gerader aufsteigender Linie.... (Zi 2 lit d)

Diese Definition des „Familienangehörigen“ wurde auch in das innerstaatliche Recht übernommen und im Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz verankert. So besteht gemäß § 54 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes für einen drittstaatsangehörigen Elternteil die Möglichkeit, von einem unionsrechtlich aufenthaltsberechtigten EU/EWR-Bürger einen rechtmäßigen Aufenthalt abzuleiten - dies allerdings unter der Voraussetzung, dass der drittstaatsangehörige Elternteil

- Ehegatte oder eingetragener Partner des unionsrechtlich aufenthaltsberechtigten EWR/EU-Bürgers ist (§ 52 Abs. 1 Zi 1 NAG)
- oder Verwandter in auf- oder absteigender Linie ist (§ 52 Abs. 1 Zi 2 oder 3 NAG)

Diese Voraussetzung liegt bei Ihnen nicht vor.

Ihre Beschwerde war daher als unbegründet abzuweisen.“

6. Vorlageantrag vom 4. Juni 2023

In der Folge wurde mit Eingabe vom 4. Juni 2023 gegen die unter Punkt 5 angeführte BVE ein Vorlageantrag nachstehenden Inhalts gestellt:

Mit Beschwerdeverentscheidung vom 8.5.2023, zugestellt am 12.5.2023, weist das Finanzamt meine Beschwerden vom 1.3.2023 ab. Dies mit der Begründung ich sei mangels erfolgter Eheschließung mit dem ***13*** Lebensgefährten (und Vater meiner Kinder) nicht rechtmäßig in Österreich aufhältig.

Ich beantrage nunmehr die Vorlage der Beschwerden an das Bundesfinanzgericht.

Wie in den Beschwerden ausgeführt leitet sich mein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht aus dem Recht meiner Kinder zum Aufenthalt in Österreich nach Art 21 AEUV bzw. Art 6 Abs. 2 RL 2004/38/EG ab. Ich betreue meine Kinder, bin als Mutter auch nicht durch den Kindesvater ersetzbar, und somit aufenthaltsberechtigt (dazu für viele BFG 11.08.2015, RV/7101146/2014).

Aus diesem Grunde hat mir die Niederlassungsbehörde eine Aufenthaltskarte ausgestellt. Ich bin sohin zum Bezug der Familienbeihilfe berechtigt.

Die Beschwerdeverentscheidung ist sohin qualifiziert rechtswidrig.“

7. Beschwerdeergänzung vom 2. November 2023

Mit oben angeführter Eingabe reichte die rechtsfreundliche Vertretung dem BFG zwecks Dokumentation des rechtmäßigen Aufenthalts der Bf. Kopien der Anmeldebescheinigungen für EWR- Bürger/-innen und Schweizer Bürger/-innen deren Lebensgefährten sowie deren Kinder ***12*** und ***23*** und die seitens der MA 35 am 16. August 2022 auf den Namen der Bf. ausgestellte - mit dem Aufenthaltstitel: „EU – Familienangehöriger“, dem Zusatz Art. 10 RL 2004/38/EG, sowie der rückseitigen Angabe: „freier Zugang zum Arbeitsmarkt“ - versehene Aufenthaltskarte nach.

8. Rücknahme des Antrages auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung vom 22. November 2023

Mit Telefax vom 22. November 2023 wurde seitens der rechtsfreundlichen Vertretung der in der Beschwerde vom 1. März 2023 gestellte Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung zurückgenommen.

Über die Beschwerden wurde erwogen:

1. Sachverhalt

In der Folge legt das BFG dem Erkenntnis nachstehenden, auf der Aktenlage und den Parteienvorbringen basierenden Sachverhalt zugrunde:

Die, die ***6*** Staatsbürgerschaft besitzende Bf. lebt zumindest seit der in Wien erfolgten Geburt ihres Sohnes ***12***, einem ***13*** Staatsbürger, sprich sohin mindestens seit Juli 2020 in gemeinsamen Haushalt mit diesem sowie ihrem, ebenfalls die ***8*** Staatsbürgerschaft besitzenden, sowie ein laut Fremdenregister seit dem 26. Juni 2020 in Österreich über ein rechtmäßiges, zunächst befristetes Aufenthaltsrecht (NAG Titel) verfügenden Lebenspartner. Ob eines am 17. September 2020 eingebrachten, mit dem Aufenthaltswitz „Anmeldebescheinigung Arbeitnehmer“ titulierten Verlängerungsantrages wurde seitens der MA 35 am 12. April 2021 für Herrn ***15*** eine auf § 51 Abs. 1 Z 1 NAG (Arbeitnehmer) fußende, mit einem unbefristeten Aufenthaltsrecht verbundene Anmeldebescheinigung (EWR- Bürger/ -innen und Schweizer Bürger/ -innen) ausgestellt. Ebenso wurden von der MA 35 für das Kind ***12*** ebenso wie für das am ***27*** geborene Kind ***23*** Anmeldebescheinigungen gemäß der RL 2004/38/(EG) iVm § 52 Abs. 1 Z 2 NAG (Verwandte/er in absteigender Linie) ausgestellt.

Die Bf. selbst ist unstrittiger Maßen im Besitz einer von der MA 35 am 16. August 2022 ausgestellten mit dem Aufenthaltstitel: „EU – Familienangehöriger“, dem Zusatz Art. 10 RL 2004/38/EG, sowie der rückseitigen Angabe: „freier Zugang zum Arbeitsmarkt“ - versehenen Aufenthaltskarte. Ergänzend ist anzumerken, dass die Karte bis zum 16. August 2027 Gültigkeit besitzt.

2. Streitgegenstand

Vor dem Hintergrund des unter Punkt 1 dargestellten Sachverhalts steht die Anspruchsberechtigung der Bf. auf Familienbeihilfe für ihre Kinder ***12*** und ***23*** bzw. umgekehrt gesprochen die Rechtmäßigkeit der in Beschwerde gezogenen – an oberer Stelle explizit angeführten Bescheide auf dem Prüfstand des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens.

Während sich die Bf. in der Beschwerde auf ihr – aus dem, über eine EU- Staatsbürgerschaft verfügenden Söhne und damit einhergehenden rechtmäßigen Aufenthalt abgeleitetes Aufenthaltsrecht beruft, vermeint die belangte Behörde, dass angesichts der Tatsache, dass diese in ihrer Eigenschaft als Lebenspartner nicht unter den in Art 2 Z 2 lit. b der RL 2004/38 normierten Begriff Familienangehörige zu subsumieren sei, sich diese – ungeachtet der Ausstellung der den unionsrechtlichen Aufenthalt im Sinne des § 9 Abs. 1 Z 2 iVm § 54 Abs. 1 leg. cit. dokumentierenden Aufenthaltskarte – nicht rechtmäßig in Österreich aufhalte und ergo dessen deren Anspruch auf Familienbeihilfe zu verneinen sei.

3. Rechtliche Würdigung

3.1. Rechtsgrundlagen

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

Nach dem zweiten Absatz leg. cit. besteht Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 NAG oder nach § 54 AsylG 2005 rechtmäßig in Österreich aufhalten.

§ 9 NAG lautet:

§ 9. (1) Zur Dokumentation des unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts für mehr als drei Monate werden auf Antrag ausgestellt:

1. eine „Anmeldebescheinigung“ (§ 53) für EWR- Bürger, die sich länger als drei Monate in Österreich aufhalten und
2. eine 'Aufenthaltskarte für Angehörige eines EWR-Bürgers' (§ 54) für Drittstaatsangehörige, die Angehörige von unionsrechtlich aufenthaltsberechtigten EWR-Bürgern sind.

Gemäß § 54 Abs. 1 NAG sind Drittstaatsangehörige, die Angehörige von unionsrechtlich aufenthaltsberechtigten EWR-Bürgern (§ 51) und die in § 52 Abs. 1 Z 1 bis 3 genannten Voraussetzungen erfüllen, zum Aufenthalt in Österreich für mehr als drei Monate berechtigt. Ihnen ist auf Antrag eine Aufenthaltskarte für die Dauer von fünf Jahren oder für die geplante kürzere Aufenthaltsdauer auszustellen.

3.2. Rechtliche Beurteilung

3.2.1. Rechtmäßiger Aufenthalt der Bf. in Österreich

In Ansehung der Tatsache, dass der Bf. seitens der MA 35 unstrittiger Maßen eine auf Art. 10 RL 2004/38/EG basierende Aufenthaltskarte „EU- Familienangehöriger“ ausgestellt wurde, gelangt das BFG aus nachstehenden Überlegungen zur Überzeugung, dass sich diese zumindest seit der Geburt ihres Sohnes ***12***, sprich sohin seit dem Juli 2020 rechtmäßig in Österreich aufhält.

Hierbei ist einleitend festzuhalten, dass die Absätze 1 und 2 des § 3 FLAG 1967 auf die §§ 8 und 9 NAG und die dort genannten öffentlichen Urkunden verweisen.

Verfügen Beihilfewerber und Kind, wenn diese unter § 3 fallen, jeweils über eine derartige gültige Urkunde, sind die Voraussetzungen nach Abs. 1 und 2 gegeben.

Die Beihilfenbehörden haben nicht als Vorfrage (§ 116 BAO) zu prüfen, ob die Voraussetzungen für deren Ausstellung tatsächlich vorgelegen sind, also ob etwa ausreichende Existenzmittel vorliegen (so auch UFS 24.6.2009, RV/0571-W/09).

Die Beihilfenbehörde hat daher nicht zu beurteilen, ob ein Aufenthaltstitel nach § 8 oder § 9 NAG von der nach dem NAG jeweils zuständigen Behörde zu Recht oder zu Unrecht erteilt wurde (vgl. auch VwGH 9.11.2009, 2008/09/0346; 15.10.2009, 2009/09/0233 jeweils zu § 14a AuslBG; anders bspw. die Rechtslage in Bezug auf § 292 Abs 1 ASVG, der auf den „rechtmäßigen, gewöhnlichen Aufenthalt im Inland“ ohne Verweis auf § 8, 9 NAG abstellt, vgl OGH 10.5.2016, 10 ObS 15/16b).

Liegen aufrechte Aufenthaltstitel vor, ist die Voraussetzung des rechtmäßigen Aufenthalts in Österreich nach Abs. 1 und Abs. 2 für Anspruchswerber und Kind erfüllt und der Anspruch auf FB ist nur mehr nach den allgemeinen Voraussetzungen, die auch für österreichische

Staatsbürger gelten, zu beurteilen (BFG 20.6.2014, RV/5100906/2012, vgl. auch BFH 15.3.2017, III R 32/15).

Ebenso ist es dem BFG auf Grund der Diktion des Art. 130 Abs. 3 B-VG verwehrt Verwaltungsakte der MA 35 auf ihre Rechtsrichtigkeit hin zu überprüfen.

In Anbetracht vorstehender Ausführungen sind daher sowohl die belangte Behörde als auch das Verwaltungsgericht an die das unionsrechtliche Aufenthaltsrecht der Bf. als Familienangehöriger von EU- Bürgern dokumentierende Aufenthaltskarte gebunden.

Hierbei ist ergänzend nochmals auf den Umstand zu verweisen, dass auf Grund des lediglich deklarativen Charakters der am 16. August 2022 ausgestellten Aufenthaltskarte sich die Bf. bereits seit dem Juli 2020 rechtmäßig in Österreich aufhält.

3.2.2. Anspruch der Bf. auf Familienbeihilfe nach allgemeinen Voraussetzungen

Unter Heranziehung der allgemeinen Voraussetzungen, spricht der §§ 2 Abs. 1 lit. a, 2a Abs. 1 FLAG 1967 obwalten nach dem Dafürhalten des BFG an der Anspruchsberechtigung der Bf. auf Familienbeihilfe für die Kinder ***12*** und ***23*** ob der Tatsache, dass diese seit ihrer Geburt dem Haushalt der Bf. angehören, respektive die Bf. in ihrer Eigenschaft als überwiegend den Haushalt führender Teil als vorrangig anspruchsberechtigt zu qualifizieren ist, keine Bedenken.

Zusammenfassend besteht sohin der Anspruch der Bf. auf Familienbeihilfe **ab dem 1. Juli 2020**.

3.3. Konsequenzen vorstehender Anspruchsberechtigung für die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Bescheide

Die in Punkt 3.2. dargelegte Anspruchsberechtigung der Bf. zeitigt in Bezug auf die angefochtenen Bescheide nachstehende Konsequenzen:

3.3.1. Rechtmäßigkeit des die BVE vom 24. Oktober 2022 gemäß § 299 BAO aufhebenden Bescheides

Nach der Bestimmung des § 299 Abs.1 erster Satz BAO kann die Abgabenbehörde auf Antrag der Partei oder von Amts wegen einen Bescheid der Abgabenbehörde aufheben, wenn der Spruch des Bescheides als nicht richtig erweist.

In Ansehung der Ausführungen unter Punkt 3.2. gelangt das BFG zur Überzeugung, dass die mittels angefochtenen Bescheides vom 1. Februar 2023 erfolgte Aufhebung der der Beschwerde vom 22. Juni 2021 Rechnung tragenden BVE vom 24. Oktober 2022 zu Unrecht verfügt wurde, da sich der Spruch – auf Aufhebung des Abweisungsbescheides vom 27. Mai 2021 lautende Spruch der BVE sich **nicht als nicht richtig** im Sinne des § 299 Abs. 1 BAO

erweist, sondern diese vielmehr als im Einklang mit den gesetzlichen Vorschriften stehend zu erlassen wurde.

Aus vorgenannten Gründen war daher der gegen den Aufhebungsbescheid erhobenen Beschwerde Folge zu geben und der angefochtene Bescheid aufzuheben.

Als Rechtsfolge des § 299 Abs. 3 BAO, der gemäß durch die Aufhebung des Aufhebungsbescheides das Verfahren in die Lage zurücktritt, in der es sich vor der Aufhebung befunden hat, tritt die BVE vom 24. Oktober 2022 wiederum in den Rechtsbestand.

3.3.2. Rechtmäßigkeit des den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für das Kind *23*** ab dem 1. Jänner 2023 abweisenden Bescheides**

In Ansehung der Ausführungen unter Punkt 3.2. erweist sich auch dieser Bescheid als rechtswidrig und ist der Beschwerde via Aufhebung des angefochtenen Bescheides Rechnung zu tragen.

3.3.3. Rechtmäßigkeit des, Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für das Kind *12*** für den Zeitraum vom 1. Juli 2020 bis zum 31. Dezember 2022 rückfordernden Bescheides**

In Ansehung der Ausführungen unter Punkt 3.2. erweist sich auch dieser Bescheid als rechtswidrig und ist der Beschwerde via Aufhebung des angefochtenen Bescheides Rechnung zu tragen.

Zusammenfassend war wie im Spruch zu befinden.

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. Eine derartige Rechtsfrage liegt nicht vor, da die Anspruchsberechtigung der Bf. auf Familienbeihilfe auf den an oberer Stelle explizit dargestellten gesetzlichen Grundlagen fußt, bzw. das Verwaltungsgericht nicht von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht.

Wien, am 27. November 2023