

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Elisabeth Wanke über die Beschwerde der ***1*** ***2***, ***3***, ***4***, vom 6.4.2021 gegen den Bescheid des Finanzamts Österreich vom 26.3.2021, mit welchem der Antrag vom 16.2.2021 auf Familienbeihilfe für den im Juni 2013 geborenen ***5*** ***6*** (Sozialversicherungsnummer ***11***) für den Zeitraum November 2019 bis August 2020 abgewiesen wurde, Ordnungsbegriff ***7***, zu Recht erkannt:

I. Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.

Der Spruch des angefochtenen Bescheides bleibt unverändert.

II. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

Antrag

Am 16.2.2021 wurde in den Einwurfkasten des Finanzamts ein mit dem Formular Beih 100 gestellter und mit 16.2.2021 datierter Antrag der Beschwerdeführerin (Bf) ***1*** ***2*** auf Familienbeihilfe eingeworfen:

Die Bf sei serbische Staatsbürgerin und wohne in Wien an der im Spruch genannten Anschrift. Sie habe einen gültigen Aufenthaltstitel. Ihr Partner sei ***8*** ***6***, bosnischer Staatsbürger, der ebenfalls über einen gültigen Aufenthaltstitel verfüge. Beantragt werde die Zuerkennung von Familienbeihilfe für den im Juni 2013 geborenen Sohn der Bf und ihres Partners ***5*** ***9***, serbischer Staatsbürger, der über einen gültigen Aufenthaltstitel verfüge, ab 1.11.2019.

Im elektronischen Akt des Finanzamts sind Beilagen nicht ersichtlich.

Ergänzungsersuchen vom 25.2.2021

Mit Ergänzungsvorhalt vom 25.2.2021 ersuchte das Finanzamt die Bf um Vorlage von:

Nachweis über den rechtmäßigen Aufenthalt (z. B.: NAG-Karte mit Aufenthaltstitel) von 27.10.2019-10.09.2020 sowie

Kindergartenbestätigung bzw

Schulbestätigung und

*Schulnachricht/Jahreszeugnis ab dem SJ 19/20 von ***5****

*Kindergartenbestätigung von ***10****

Am 4.3.2021 wurde von der Bf dem Finanzamt vorgelegt:

Schulbesuchsnachweis

Schulbesuchsnachweis vom 3.3.2021, wonach ***5*** ***9*** die zweite Klasse der Volksschule in den Schuljahren 2019/2020 und 2020/2021 und ***10*** ***6*** die Kleinkindergruppe des Kindergartens im Schuljahr 2020/2021 besuche bzw. besucht habe. Laut vorgelegter Schulnachricht vom 31.3.2020 hat ***5*** ***9*** im Schuljahr 2019/2020 die erste Klasse erfolgreich besucht, laut Schulnachricht vom 29.1.2021 im Schuljahr 2020/2021 die zweite Klasse ebenfalls erfolgreich. Es wurde auch das Jahreszeugnis für ***5*** ***9*** vom 3.7.2020 für das Schuljahr 2019/2020 betreffend erfolgreichen Abschluss der ersten Klasse Volksschule vorgelegt.

Personaldokumente

Personalausweis der Republik Serbien für ***5*** ***9*** vom 1.11.2016, gültig bis 1.11.2021, mit den Eintragungen „AUSTRIJA“ bei Geburtsort und Wohnort. Rot-Weiss-Rot-Karte Plus für ***5*** ***9*** vom 11.9.2020, gültig bis 11.9.2021

Informationsverbundsystem Zentrales Fremdenregister

Das Finanzamt erhob im Informationsverbundsystem Zentrales Fremdenregister betreffend ***5*** ***9*** alias ***6***, serbischer Staatsangehöriger, folgend angeführte Aufenthaltstitel:

Rot-Weiss-Rot-Karte Plus vom 28.11.2013, gültig von 11.11.2013 bis 11.11.2014.

Rot-Weiss-Rot Karte Plus vom 5.12.2014, gültig von 12.11.2014 bis 12.11.2015.

Rot-Weiss-Rot-Karte Plus vom 12.11.2015, gültig von 13.11.2015 bis 25.10.2016.

Rot-Weiss-Rot Karte Plus vom 1.12.2016, gültig von 26.10.2016 bis 26.10.2019.

Rot-Weiss-Rot Karte Plus vom 4.12.2020, gültig von 11.9.2020 bis 11.9.2021, Antrag vom 23.12.2019.

Bescheid

Mit Bescheid vom 26.3.2021 wies das Finanzamt Österreich den Antrag der Bf vom 16.2.2021 auf Familienbeihilfe für ***5*** ***6*** für den Zeitraum November 2019 bis August 2020 als unbegründet ab und führte dazu aus:

Ihr Kind hält sich nicht rechtmäßig in Österreich auf. Es besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe (§ 3 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 in Verbindung mit §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes).

Beschwerde

Mit am 6.4.2021 beim Finanzamt eingelangtem Schreiben erhob die Bf Beschwerde gegen den Abweisungsbescheid vom 26.3.2021:

EINSPRUCH

*Ich ***2*** ***1*** erhebe hiermit Einspruch gegen den Abweisungsbescheid vom 26.03.2021!!!*

Ihnen sind einige Fehler unterlaufen nur deswegen ist es zu einem negativ ausfallenden Bescheid gekommen!!!

*1. Mein Sohn heißt ***9*** ***5*** und nicht ***6*** wie es aus ihrem Abweisungsbescheid zu entnehmen ist!!!*

Somit wurde dieser Antrag komplett falsch bearbeitet!!!

*2. Alle Dokumente und Bestätigungen lauten auf dem Namen ***9*** ***5***. Wie kommen Sie auf ***6***?!*

*3. Am 23.12.2019 wurden Antrag auf Erteilung einer Rot-Weiß-Rot Karte Plus gestellt und dafür gibt es eine Einreichbestätigung natürlich lautend auf den Namen ***9*** ***5***!!!*

*Am 04.12.2020 wurde das Visum abgeholt, natürlich gibt es auch eine offizielle Einladung seitens der MA 35, die so wie das ausgestellte Visum auf den Namen ***9*** ***5*** ausgestellt ist.*

Fast ein Jahr hat die Bearbeitung seitens der MA 35 gedauert, die Begründung war: Corona Pandemie hat alles erschwert!!!

Zu diesem Einspruch lege ich bei in Kopie:

- Einreichbestätigung*
- Reisepass, E-Card*
- Rot-Weiß-Rot Karte Plus*
- Schulbestätigung für das Schuljahr 2019/20, 2020/21*
- Einladung von der MA 35*

*Alles lautend auf Namen ***g*** ***5***!!!*

Ich bitte Sie um eine rasche Erledigung unserer Angelegenheit, da wir genug Strapazen erleben mussten, seit dem Einreichen des Visumsantrags am 23.12.2019.

Beigefügt waren neben einer Beschwerde offenbar gegen einen Einkommensteuerbescheid vom 11.2.2021 die angeführten Unterlagen, und zwar Schulbesuchsbestätigungen vom 3.3.2021 (Schuljahr 2019/2020) und vom 6.4.2021 (Schuljahr 2020/2021), das Jahreszeugnis für das Schuljahr 2019/2020, die Schulnachricht für das Schuljahr 2020/2021, eine Einreichbestätigung des Amts der Wiener Landesregierung, Magistratsabteilung 35, Einwanderung und Staatsbürgerschaft vom 23.12.2019 an ***5*** ***g***, wonach bestätigt wird, dass dieser am selben Tag einen Antrag auf Erteilung eines weiteren Aufenthaltstitels (Verlängerungsantrag) Rot-Weiß-Rot-Karte plus gestellt habe, mit folgendem Hinweis:

Gemäß § 24 Abs. 1 NAG sind Verlängerungsanträge (§ 2 Abs. 1 Z 11) vor Ablauf der Gültigkeitsdauer des Aufenthaltstitels, frühestens jedoch drei Monate vor diesem Zeitpunkt, bei der örtlich zuständigen Behörde im Inland einzubringen; § 23 gilt. Danach gelten Anträge als Erstanträge. Nach Stellung eines Verlängerungsantrages ist der Antragsteller, unbeschadet fremdenpolizeilicher Bestimmungen, bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Antrag weiterhin rechtmäßig im Bundesgebiet aufhältig. Über die rechtzeitige Antragstellung kann dem Fremden auf begründeten Antrag eine einmalige Bestätigung im Reisedokument angebracht werden, die keine längere Gültigkeitsdauer als drei Monate aufweisen darf. Diese Bestätigung berechtigt zur visumfreien Einreise in das Bundesgebiet. Der Bundesminister für Inneres ist ermächtigt, Form und Inhalt der Bestätigung durch Verordnung zu regeln.

Des weiteren wurde eine Einladung des Amts der Wiener Landesregierung, Magistratsabteilung 35, Einwanderung und Staatsbürgerschaft vom 6.4.2021 an ***5*** ***g*** vorgelegt, wonach über den Antrag vom 23.12.2019 auf Erteilung eines Aufenthaltstitels positiv entschieden worden sei und der Aufenthaltstitel abgeholt werden

könne, außerdem die Rot-Weiß-Rot-Karte plus vom 11.9.2020 und die E-Card für ***5***
9 und die Kopie eines Teils des Reisepasses.

Ergänzungsersuchen vom 19.4.2021

Mit Ergänzungsvorhalt vom 19.4.2021 ersuchte das Finanzamt die Bf:

Die Familienbeihilfendaten Ihres Sohnes werden von den aktuellen Daten des Zentralen Melderegisters abgeleitet. Sollten diese nicht mehr aktuell sein und sich der Name Ihres Sohn geändert haben, wird um Korrektur bei der zuständigen Meldebehörde ersucht.

Lt. Aktenlage wurde der Antrag auf Verlängerung des Aufenthaltstitels für Ihren Sohn verspätet eingebracht. Da solche Anträge von der Fremdenbehörde als Erstanträge behandelt werden, liegt der rechtmäßige Aufenthalt Ihres Sohnes erst wieder mit Ausstellung des neuen Aufenthaltstitels vor.

Um den rechtmäßigen Aufenthalt Ihres Sohnes im Zeitraum 27.10.2019 bis 10.9.2020 nachzuweisen, wird um Vorlage einer entsprechenden Bestätigung der Fremdenbehörde ersucht.

Am 27.5.2021 legte die Bf dem Finanzamt vor:

Amtsbestätigung

Amtsbestätigung des Magistrats der Stadt Wien, Standesamt Wien-Zentrum, vom 17.5.2021, wonach ***5*** (***9***) auf Grund einer Berichtigung des Familiennamens des Vaters, ***8*** ***6***, den Familiennamen ***6*** führe.

Bestätigung über erteilte Aufenthaltstitel

Das Amt der Wiener Landesregierung, Magistratsabteilung 35, Einwanderung und Staatsbürgerschaft, bestätigte am 17.5.2021 folgende an ***5*** ***9*** erteilte Aufenthaltstitel:

Eingangsdatum	Bewilligungsdauer	Aufenthaltszweck
23.12.2019	11.09.2020 bis 11.09.2021	Erstbewilligung quotenpflichtig Rot-Weiß-Rot - Karte plus (§ 46/1/2)
03.10.2016	bis 26.10.2019	Rot-Weiß-Rot - Karte (plus)
12.11.2015	bis 25.10.2016	Rot-Weiß-Rot - Karte (plus)
10.11.2014	bis 12.11.2015	Rot-Weiß-Rot - Karte (plus)
07.11.2013	11.11.2013 bis 11.11.2014	Erstbewilligung quotenfrei Rot-Weiß-Rot - Karte (plus)

Zu Antrag vom 23.12.2019 wies die MA 35 darauf hin, dass dieser verspätet eingebracht worden sei und der Quotenregelung unterliege.

Namen des Kindes

In einem Begleitschreiben erläuterte die Bf in Bezug auf den Familiennamen von ***5***, dass der Vater den Familiennamen ***6*** geführt habe und vor mehr als 20 Jahren von einem Herrn ***9*** adoptiert worden sei. Die bosnische Behörde habe keine Namensänderung durchgeführt. In amtlichen serbischen und österreichischen Dokumenten scheine als Familienname von ***5*** ***9*** auf. Die Dokumente des Vaters lauteten teils auf ***6***, teils auf ***9***. Die MA 35 habe vor rund fünf Jahren dem Vater ein Visum auf ***6*** ausgestellt. Im Jahr 2019 habe jemand ohne Wissen der Familie den Namen von ***5*** im Melderegister von ***9*** auf ***6*** geändert. Die Familie habe davon erst durch das Schreiben des Finanzamts erfahren. Die Familie sei gezwungen gewesen, den Familiennamen von ***5*** von ***9*** auf ***6*** zu ändern. Diesbezüglich müsse das zuständige serbische Gericht entscheiden.

Beschwerdevorentscheidung

Mit Beschwerde vorentscheidung vom 8.7.2021 wies das Finanzamt die Beschwerde vom 6.4.2021 als unbegründet ab:

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.

Der VwGH hat in seinem Erkenntnis vom 31.3.2008, 2008/18/0094, unter Anwendung der §§ 81 und 82 NAG ausgesprochen, dass auch nach der ab dem 1.1.2006 anzuwendenden Rechtslage nach dem NAG der Aufenthalt eines Fremden erst mit der Erteilung einer Niederlassungsbewilligung und nicht schon nach der Stellung eines darauf abzielenden Antrages rechtmäßig sei (vgl auch VwGH 13.9.2006, 2006/18/0089).

Gemäß § 24 Abs 1 NAG idF BGBl I 2009/122 sind Verlängerungsanträge (Anträge auf Verlängerung des gleichen oder Erteilung eines anderen Aufenthaltstitels, § 2 Abs 1 Z 11 NAG) vor Ablauf der Gültigkeitsdauer des Aufenthaltstitels, frühestens jedoch drei Monate vor diesem Zeitpunkt, bei der örtlich zuständigen Behörde im Inland einzubringen.

Danach gelten Anträge als Erstanträge.

Anträge, die nach Ablauf der Gültigkeitsdauer des Aufenthaltstitels gestellt werden, gelten nur dann als Verlängerungsanträge, wenn der Antragsteller gleichzeitig mit dem Antrag glaubhaft

macht, dass er durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis gehindert war, rechtzeitig den Verlängerungsantrag zu stellen, und ihn kein Verschulden oder nur ein milderer Grad des Versehens trifft, und der Antrag binnen zwei Wochen nach dem Wegfall des Hindernisses gestellt wird (§ 24 Abs 2 NAG).

Die Regelung, dass Anträge, die nach Ablauf des Aufenthaltstitels gestellt werden, auch dann als Verlängerungsanträge anzusehen sind, wenn der Antrag spätestens sechs Monate nach dem Ende der Gültigkeitsdauer des letzten Aufenthaltstitels gestellt wird, ist mit der Nov BGBl I 2009/29 ab 1.4.2009 entfallen.

Hat ein Fremder einen Aufenthaltstitel nach § 8 (oder § 9) NAG und stellt er rechtzeitig vor Ablauf der Gültigkeitsdauer einen Antrag auf Verlängerung, bleibt der Anspruch auf FB bei Vorliegen aller übrigen Voraussetzungen auch noch nach Ablauf der Gültigkeitsdauer bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Antrag weiterhin bestehen (UFS 5.10.2010, RV/2587-W/10; UFS 28.10.2008, RV/1265-L/07; UFS 29.11.2007, RV/2920-W/07).

*Lt. der Bestätigung über erteilte Aufenthaltstitel der Magistratsabteilung 35 vom 17.5.2021 wurde der am 23. Dezember 2019 eingebrachte Antrag für Ihr Kind ***5*** verspätet eingebracht und unterliegt der Quotenregelung. Aus diesem Grund erfolgte die Bewilligung erst ab 11.9.2020 mit dem Aufenthaltswitz „Erstbewilligung quotenpflichtig“.*

In der Zeit vom 27.10.2019 bis 10.9.2020 existierte daher kein gültiger Aufenthaltstitel, weshalb auch die Voraussetzungen des § 3 FLAG 1967 im Zeitraum November 2019 bis August 2020 nicht vorlagen.

Ihre Beschwerde muss somit als unbegründet abgewiesen werden.

Vorlageantrag

Mit Schreiben vom 7.7.2021 stellte die Bf Vorlageantrag und verwies darauf, dass sie die Beschwerde an die Volksanwaltschaft weitergeleitet habe. Sie warte auch auf eine Antwort der MA 35. Auch möge der Jahresausgleich 2020 wegen Familienbonus und Alleinverdiener wieder aufgenommen werden, wenn es zu einem positiven Bescheid der MA 35 kommen sollte.

Beigefügt war:

Schreiben der Volksanwaltschaft vom 5.7.2021

Die Volksanwaltschaft teilte der Bf mit Schreiben vom 5.7.2021 mit:

Sie haben sich mittels E-Mails vom 28.06.2021 an die Volksanwaltschaft gewandt und sich über die Dauer des bei der Magistratsabteilung 35 durchgeführten Verfahrens zur Erteilung eines

*Aufenthaltstitels nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) für Ihren Sohn ***5*** ***9*** beschwert.*

Die Volksanwaltschaft hat das Prüfverfahren eingeleitet und ist mit gleicher Post an den Landeshauptmann von Wien herangetreten.

Nach Erhalt einer Stellungnahme werden Sie verständigt werden. ...

Schreiben vom 13.9.2021

Die Bf schrieb dem Finanzamt am 13.9.2021:

Wie telefonisch vereinbart:

Wie Sie aus dem Brief der Volksanwaltschaft lesen können, erfolgt meine Beschwerde zu Recht und die Volksanwaltschaft stellt Verwaltungsmissstand fest.

Mein Antrag vom 23. Dezember 2019 hatte keine Gründe als Erstantrag zu werten!

Diese Prüfung des Aktes war im Februar 2020!

.....

*Ich bitte Sie daher mir die Kinderbeihilfe meines Sohnes ***9*** ***5*** ab dem Tag der Antragstellung 23. Dezember bis August 2020 nachzuzahlen!*

Sowie meinen Kinderbonus vom 1. Jänner 2020 bis August 2020 und den Alleinverdiener für den gleichen Zeitraum (Jänner 2020 bis August 2020).

Beigefügt war:

Schreiben der Volksanwaltschaft vom 8.9.2021

Die Volksanwaltschaft teilte der Bf mit Schreiben vom 8.9. 2021 mit:

*Sie haben sich mittels E-Mails am 28. Juni 2021 an die Volksanwaltschaft gewandt und sich über die Dauer des für Ihren Sohn ***5*** ***9*** bei der Magistratsabteilung 35 (MA 35) anhängigen Verfahrens zur Erteilung eines Aufenthaltstitels nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) beschwert.*

Die Volksanwaltschaft hat ein Prüfverfahren eröffnet und liegt ihr mittlerweile eine Stellungnahme des Landeshauptmannes von Wien vor.

Dieser ist im Wesentlichen zu entnehmen, dass Ihr minderjähriger Sohn in Wien geboren worden sei und durchgehend über Aufenthaltstitel mit Gültigkeit bis 26. Oktober 2019 verfügt hätte.

Der Verlängerungsantrag sei am 23. Dezember 2019 - also zwei Monate verspätet – eingebracht worden.

Gemäß § 24 Abs. 2 NAG gelten Anträge, die nach Ablauf der Gültigkeitsdauer des Aufenthaltstitels gestellt werden, nur dann als Verlängerungsanträge, wenn der Antragsteller gleichzeitig mit dem Antrag glaubhaft macht, dass er durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis gehindert war, rechtzeitig den Verlängerungsantrag zu stellen und ihn kein Verschulden oder nur ein milderer Grad des Versehens trifft und der Antrag binnen zwei Wochen nach Wegfall des Hindernisses gestellt wird.

Eine Prüfung des Aktes Anfang Februar 2020 hätte ergeben, dass keine Gründe im Sinne des § 24 Abs. 2 NAG vorlagen und der Antrag vom 23. Dezember 2019 als Erstantrag zu werten war.

Nach weiteren Prüfungen sei der Antrag am 24. August 2020 genehmigt worden.

Die Beauftragung der Karte sei am 11. September 2020 erfolgt.

Die Karte sei am 4. Dezember 2020 ausgefolgt worden.

Die gesetzlich vorgesehene Verfahrensdauer von grundsätzlich maximal sechs Monaten wurde im beschwerdegegenständlichen Fall überschritten, wobei die MA 35 zwischen Anfang Februar 2020 und 24. August 2020 sowie von 11. September 2020 bis 4. Dezember 2020 keine Verfahrensschritte setzte. Dies stellt eine Verfahrensverzögerung dar, die der MA 35 zuzurechnen ist.

Ihre Beschwerde erfolgte daher zu Recht und stellt die Volksanwaltschaft einen Verwaltungsmissstand fest.

Vorlage

Mit Bericht vom 14.10.2021 legte das Finanzamt Österreich die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vor und führte unter anderem aus:

Inhaltsverzeichnis zu den vorgelegten Aktenteilen (Aktenverzeichnis)

Beschwerde		
1	Beschwerde	06.04.2021
Bescheide		
2	Familienbeihilfe (Zeitraum: 11.2019-08.2020)	26.03.2021
Antrag / Anzeige an die Behörde		
3	FBH-Antrag	16.02.2021
Beschwerdevorentscheidung		
4	Beschwerdevorentscheidung	08.06.2021
Vorlageantrag		
5	Vorlageantrag	07.07.2021
Vorgelegte Aktenteile		
6	Ersuchen um Ergänzung samt Beantwortung	04.03.2021
7	BMI-Abfrage Kind	19.04.2021
8	Ersuchen um Ergänzung samt Beantwortung II	26.05.2021
9	Schreiben betr. Volksanwaltschaft	13.09.2021

*Bezug habende Normen**§ 3 Abs. 2 FLAG 1967**Sachverhalt und Anträge**Sachverhalt:*

Die beantragte Familienbeihilfe und die Beschwerde gegen den Abweisungsbescheid wurden abgewiesen, da sich das Kind im betreffenden Zeitraum nicht rechtmäßig in Österreich aufgehalten hat - der Antrag auf Verlängerung des Aufenthaltstitels wurde verspätet eingebracht.

*Beweismittel:**Bestätigung über erteilte Aufenthaltstitel der MA35 (Dok 8)**Abfrage im Informationsverbundsystem Zentrales Fremdenregister ("BMI-Abfrage; Dok 7)**Stellungnahme:*

Der Bestätigung der MA 35 über erteilte Aufenthaltstitel folgend, wurde der Antrag vom 23. Dezember 2019 auf Verlängerung des Aufenthaltstitels verspätet eingebracht und unterlag daher der Quotenregelung (dem wurde auch von der Volksanwaltschaft nicht widersprochen). Damit lag nach Ansicht der ho. Abgabenbehörde im strittigen Zeitraum kein gültiger Aufenthaltstitel iSd § 3 FLAG vor.

Es wird um Abweisung der Beschwerde ersucht.

Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

Sachverhalt

Der im Juni 2013 in Wien geborene ***5*** ***9*** ist das Kind der Bf ***1*** ***2*** und von ***8*** ***6***. ***5*** ***9*** und ***1*** ***2*** sind serbische Staatsbürger, ***8*** ***6*** ist bosnischer Staatsbürger. Im Beschwerdezeitraum November 2019 bis August 2020 besuchte ***5*** ***9*** in Wien die Volksschule und wohnte im Haushalt seiner Eltern in Wien.

Für ***5*** ***9*** wurden für den Zeitraum 11.11.2013 bis 26.10.2019 durchgehend Rot-Weiss-Rot-Karten Plus vom Amt der Wiener Landesregierung, Magistratsabteilung 35, Einwanderung und Staatsbürgerschaft ausgestellt. Nach Ablauf der Gültigkeit der letzten Rot-Weiss-Rot-Karte Plus am 26.10.2019 wurde für ***5*** ***9*** am 23.12.2019 ein Antrag auf Verlängerung des Aufenthaltstitels gestellt. Das Amt der Wiener Landesregierung, Magistratsabteilung 35, Einwanderung und Staatsbürgerschaft stellte auf Grund dieses Antrags am 4.12.2020 eine Rot-Weiss-Rot-Karte Plus mit dem Gültigkeitszeitraum 11.9.2020 bis 11.9.2021 aus.

Der Vater von ***5*** ***9***, ***8*** ***6***, wurde vor der Geburt von ***5*** von einem Herrn ***9*** adoptiert, allerdings hat die bosnische Behörde die Namensänderung nicht durchgeführt. Dokumente des Vaters lauten teilweise auf den Familiennamen „***9***“, teilweise auf den Familiennamen „***6***“. Laut aktenkundigen serbischen Dokumenten führt ***5*** den Familiennamen „***9***“, laut österreichischer Personenstandsbehörde nunmehr den Familiennamen „***6***“.

Dass gleichzeitig mit dem Antrag vom 23.12.2019 glaubhaft gemacht wurde, dass eine rechtzeitige Antragstellung durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis, an dem den Antragsteller kein oder nur geringes Verschulden trifft, steht nicht fest.

Beweiswürdigung

Laut aktenkundigem Reisepass der Republik Serbien von 15.6.2013 und laut aktenkundigen Personalausweis der Republik Serbien vom 1.11.2016 führt ***5*** den Familiennamen „***9***“, ebenso laut österreichischer Rot-Weiss-Rot-Karte Plus vom 11.9.2020. Im verfahrensgegenständlichen Antrag vom 16.2.2021 wird ***5*** mit dem Familiennamen „***9***“ genannt. Dagegen führt laut Amtsbestätigung des Magistrats der Stadt Wien, Standesamt Wien-Zentrum, vom 17.5.2021, ***5*** (***9***) auf Grund einer Berichtigung des Familiennamens des Vaters, ***8*** ***6***, den Familiennamen ***6***.

Das Datum der Einreichung des Antrags auf Erteilung eines weiteren Aufenthaltstitels am 23.12.2019 ergibt sich aus der Einreichbestätigung des Amts der Wiener Landesregierung,

Magistratsabteilung 35, Einwanderung und Staatsbürgerschaft vom selben Tag. Dass eine rechtzeitige Stellung des Verlängerungsantrags bis zum 26.10.2019 nicht möglich gewesen sei und aus einem unvorhergesehenen oder unabwendbaren Ereignis, an dem den Antragsteller kein oder nur geringes Verschulden trifft, der Verlängerungsantrag erst am 23.12.2019 gestellt werden konnte, wird von der Bf nicht behauptet und bestehen nach der Aktenlage keine Hinweise für eine derartige Feststellung.

Rechtsgrundlagen

§ 2 FLAG 1967 lautet:

§ 2. (1) Anspruch auf Familienbeihilfe haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben,

- a) für minderjährige Kinder,*
- b) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist. Bei volljährigen Kindern, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992, BGBl. Nr. 305, genannte Einrichtung besuchen, ist eine Berufsausbildung nur dann anzunehmen, wenn sie die vorgesehene Studienzeit pro Studienabschnitt um nicht mehr als ein Semester oder die vorgesehene Ausbildungszeit um nicht mehr als ein Ausbildungsjahr überschreiten. Wird ein Studienabschnitt in der vorgesehenen Studienzeit absolviert, kann einem weiteren Studienabschnitt ein Semester zugerechnet werden. Die Studienzeit wird durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis (zB Krankheit) oder nachgewiesenes Auslandsstudium verlängert. Dabei bewirkt eine Studienbehinderung von jeweils drei Monaten eine Verlängerung der Studienzeit um ein Semester. Zeiten als Studentenvertreterin oder Studentenvertreter nach dem Hochschülerschaftsgesetz 1998, BGBl. I Nr. 22/1999, sind unter Berücksichtigung der Funktion und der zeitlichen Inanspruchnahme bis zum Höchstausmaß von vier Semestern nicht in die zur Erlangung der Familienbeihilfe vorgesehene höchstzulässige Studienzeit einzurechnen. Gleiches gilt für die Vorsitzenden und die Sprecher der Heimvertretungen nach dem Studentenheimgesetz, BGBl. Nr. 291/1986. Der Bundesminister für Umwelt, Jugend und Familie hat durch Verordnung die näheren Voraussetzungen für diese Nichteinrechnung festzulegen. Zeiten des Mutterschutzes sowie die Pflege und Erziehung eines eigenen Kindes bis zur Vollendung des zweiten Lebensjahres hemmen den Ablauf der Studienzeit. Bei einem Studienwechsel gelten die in § 17 Studienförderungsgesetz 1992, BGBl. Nr. 305, angeführten Regelungen auch für den Anspruch auf Familienbeihilfe. Die Aufnahme als ordentlicher Hörer gilt als Anspruchsvoraussetzung für das erste Studienjahr. Anspruch ab dem zweiten Studienjahr besteht nur dann, wenn für ein vorhergehendes Studienjahr die Ablegung einer Teilprüfung der ersten Diplomprüfung oder des ersten Rigorosums oder von Prüfungen*

aus Pflicht- und Wahlfächern des betriebenen Studiums im Gesamtumfang von acht Semesterwochenstunden oder im Ausmaß von 16 ECTS-Punkten nachgewiesen wird; Gleiches gilt, wenn alle Lehrveranstaltungen und Prüfungen der Studieneingangs- und Orientierungsphase nach § 66 des Universitätsgesetzes 2002, BGBl. I Nr. 120/2002, erfolgreich absolviert wurden, sofern diese mit mindestens 14 ECTS-Punkten bewertet werden. Der Nachweis ist unabhängig von einem Wechsel der Einrichtung oder des Studiums durch Bestätigungen der im § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannten Einrichtungen zu erbringen. Für eine Verlängerung des Nachweiszeitraumes gelten die für die Verlängerung der Studienzeit genannten Gründe sinngemäß,

c) für volljährige Kinder, die wegen einer vor Vollendung des 21. Lebensjahres oder während einer späteren Berufsausbildung, jedoch spätestens vor Vollendung des 25. Lebensjahres, eingetretenen körperlichen oder geistigen Behinderung voraussichtlich dauernd außerstande sind, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen,

d) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, für die Zeit zwischen dem Abschluss der Schulausbildung und dem Beginn einer weiteren Berufsausbildung, wenn die weitere Berufsausbildung zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach Abschluss der Schulausbildung begonnen wird; für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, für die Zeit zwischen dem Abschluss der Schulausbildung und dem ehestmöglichen Beginn eines Freiwilligen Dienstes nach § 2 Abs. 1 lit. I sublit. aa bis dd für längstens drei Monate,

e) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, für die Zeit zwischen der Beendigung des Präsenz- oder Ausbildungs- oder Zivildienstes oder eines Freiwilligen Dienstes nach § 2 Abs. 1 lit. I sublit. aa bis dd und dem Beginn oder der Fortsetzung der Berufsausbildung, wenn die Berufsausbildung zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach dem Ende des Präsenz- oder Ausbildungs- oder Zivildienstes oder Freiwilligen Dienstes nach § 2 Abs. 1 lit. I sublit. aa bis dd begonnen oder fortgesetzt wird,

(Anm.: lit. f aufgehoben durch BGBl. I Nr. 111/2010)

g) für volljährige Kinder, die in dem Monat, in dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, den Präsenz- oder Ausbildungsdienst oder Zivildienst leisten oder davor geleistet haben, bis längstens zur Vollendung des 25. Lebensjahres, sofern sie nach Ableistung des Präsenz- oder Ausbildungsdienstes oder Zivildienstes für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer. Diese Regelung findet in Bezug auf jene Kinder keine Anwendung, für die vor Vollendung des 24. Lebensjahres Familienbeihilfe nach lit. I gewährt wurde und die nach § 12c des Zivildienstgesetzes nicht zum Antritt des ordentlichen Zivildienstes herangezogen werden,

h) für volljährige Kinder, die erheblich behindert sind (§ 8 Abs. 5), das 25. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist; § 2 Abs. 1 lit. b zweiter bis letzter Satz sind nicht anzuwenden,

i) für volljährige Kinder, die sich in dem Monat, in dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, in Berufsausbildung befinden und die vor Vollendung des 24. Lebensjahres ein Kind geboren haben oder an dem Tag, an dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, schwanger sind, bis längstens zur Vollendung des 25. Lebensjahres; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer,

j) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr vollendet haben bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres, bis längstens zum erstmöglichen Abschluss eines Studiums, wenn sie

aa) bis zu dem Kalenderjahr, in dem sie das 19. Lebensjahr vollendet haben, dieses Studium begonnen haben, und

bb) die gesetzliche Studiendauer dieses Studiums bis zum erstmöglichen Studienabschluss zehn oder mehr Semester beträgt, und

cc) die gesetzliche Studiendauer dieses Studiums nicht überschritten wird,

k) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr vollendet haben bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres, und die sich in Berufsausbildung befinden, wenn sie vor Vollendung des 24. Lebensjahres einmalig in der Dauer von acht bis zwölf Monaten eine freiwillige praktische Hilfstätigkeit bei einer von einem gemeinnützigen Träger der freien Wohlfahrtspflege zugewiesenen Einsatzstelle im Inland ausgeübt haben; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer,

l) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die teilnehmen am

aa) Freiwilligen Sozialjahr nach Abschnitt 2 des Freiwilligengesetzes, BGBl. I Nr. 17/2012,

bb) Freiwilligen Umweltschutzjahr nach Abschnitt 3 des Freiwilligengesetzes, BGBl. I Nr. 17/2012,

cc) Gedenkdienst, Friedens- und Sozialdienst im Ausland nach Abschnitt 4 des Freiwilligengesetzes, BGBl. I Nr. 17/2012,

dd) Europäischen Freiwilligendienst nach der Verordnung (EU) Nr. 1288/2013 zur Einrichtung von „Erasmus+“, ABl. Nr. L 347 vom 20.12.2013 S. 50.

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

(3) Im Sinne dieses Abschnittes sind Kinder einer Person

- a) deren Nachkommen,
- b) deren Wahlkinder und deren Nachkommen,
- c) deren Stiefkinder,
- d) deren Pflegekinder (§§ 186 und 186a des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches).

(3a) Kinder im Sinne dieses Abschnittes sind auch Kinder, die aufgrund einer akut gefährdenden Lebenssituation kurzfristig von Krisenpflegepersonen betreut werden (Krisenpflegekinder). Krisenpflegepersonen im Sinne dieses Bundesgesetzes sind Personen, die im Auftrag des zuständigen Kinder- und Jugendhilfeträgers ausgebildet und von diesem mit der vorübergehenden Pflege und Erziehung eines Kindes für die Dauer der Gefährdungsabklärung betraut wurden.

(4) Die Kosten des Unterhalts umfassen bei minderjährigen Kindern auch die Kosten der Erziehung und bei volljährigen Kindern, die für einen Beruf ausgebildet oder in ihrem Beruf fortgebildet werden, auch die Kosten der Berufsausbildung oder der Berufsfortbildung.

(5) Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltszugehörigkeit gilt nicht als aufgehoben, wenn

- a) sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält,
- b) das Kind für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt,
- c) sich das Kind wegen eines Leidens oder Gebrechens nicht nur vorübergehend in Anstaltspflege befindet, wenn die Person zu den Kosten des Unterhalts mindestens in Höhe der Familienbeihilfe für ein Kind beiträgt; handelt es sich um ein erheblich behindertes Kind, erhöht sich dieser Betrag um den Erhöhungsbetrag für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4).

Ein Kind gilt bei beiden Elternteilen als haushaltszugehörig, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen, dem das Kind angehört.

(6) Bezieht ein Kind Einkünfte, die durch Gesetz als einkommensteuerfrei erklärt sind, ist bei Beurteilung der Frage, ob ein Kind auf Kosten einer Person unterhalten wird, von dem um jene Einkünfte geminderten Betrag der Kosten des Unterhalts auszugehen; in diesen Fällen trägt eine Person die Kosten des Unterhalts jedoch nur dann überwiegend, wenn sie hiezu monatlich mindestens in einem Ausmaß beiträgt, das betragsmäßig der Familienbeihilfe für ein Kind (§ 8 Abs. 2) oder, wenn es sich um ein erheblich behindertes Kind handelt, der Familienbeihilfe für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 2 und 4) entspricht.

(7) Unterhaltsleistungen auf Grund eines Ausgedinges gelten als auf Kosten des Unterhaltsleistenden erbracht, wenn der Unterhaltsleistende mit dem Empfänger der Unterhaltsleistungen verwandt oder verschwägert ist; solche Unterhaltsleistungen zählen für den Anspruch auf Familienbeihilfe auch nicht als eigene Einkünfte des Kindes.

(8) Personen haben 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.

(9) Die Anspruchsdauer nach Abs. 1 lit. b und lit. d bis j verlängert sich im Zusammenhang mit der COVID-19-Krise, unabhängig von der Dauer der Beeinträchtigung durch diese Krise, nach Maßgabe folgender Bestimmungen:

a) für volljährige Kinder, die eine Berufsausbildung absolvieren, über die Altersgrenze hinaus um längstens sechs Monate, bei einer vor Erreichung der Altersgrenze begonnenen Berufsausbildung infolge der COVID-19-Krise,

b) für volljährige Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes genannte Einrichtung besuchen, abweichend von lit. a über die Altersgrenze und die Studiendauer, für die nach Abs. 1 Anspruch auf Familienbeihilfe besteht, hinaus um ein weiteres Semester oder um ein weiteres Ausbildungsjahr, bei einem vor Erreichung der Altersgrenze begonnenem Studium infolge der COVID-19-Krise,

c) für volljährige Kinder, die eine Berufsausbildung beginnen oder fortsetzen möchten (Abs. 1 lit. d bis g), über die Altersgrenze hinaus um längstens sechs Monate, wenn zum Zeitpunkt der Erreichung der Altersgrenze der Beginn oder die Fortsetzung der Berufsausbildung infolge der COVID-19-Krise nicht möglich ist,

d) für volljährige Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes genannte Einrichtung besuchen möchten (Abs. 1 lit. d bis g), abweichend von lit. a über die Altersgrenze und die Studiendauer, für die nach Abs. 1 Anspruch auf Familienbeihilfe besteht, hinaus um ein

Semester oder um ein Ausbildungsjahr, wenn zum Zeitpunkt der Erreichung der Altersgrenze der Beginn oder die Fortsetzung des Studiums infolge der COVID-19-Krise nicht möglich ist.

§ 2a FLAG 1967 lautet:

§ 2a. (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.

(3) (Anm.: aufgehoben durch § 50a Abs. 7, BGBl. Nr. 376/1963 idF BGBl. Nr. 511/1994).

§ 3 FLAG 1967 lautet:

§ 3. (1) Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005, 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.

(3) Abweichend von Abs. 1 haben Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 2005 (AsylG 2005), BGBl. I Nr. 100, gewährt wurde, Anspruch auf Familienbeihilfe. Anspruch besteht auch für Kinder, denen nach dem Asylgesetz 2005 Asyl gewährt wurde.

(4) Abweichend von Abs. 1 haben Personen, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde, Anspruch auf Familienbeihilfe, sofern sie keine Leistungen aus der Grundversorgung erhalten und unselbständig oder selbständig erwerbstätig sind. Anspruch besteht auch für Kinder, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde.

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

Asylberechtigten oder subsidiär Schutzberechtigten an den zusammenführenden Fremden geboren werden.

§ 10 FLAG 1967 lautet:

§ 10. (1) Die Familienbeihilfe wird, abgesehen von den Fällen des § 10a, nur auf Antrag gewährt; die Erhöhung der Familienbeihilfe für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4) ist besonders zu beantragen.

(2) Die Familienbeihilfe wird vom Beginn des Monats gewährt, in dem die Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt werden. Der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschlussgrund hinzukommt.

(3) Die Familienbeihilfe und die erhöhte Familienbeihilfe für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4) werden höchstens für fünf Jahre rückwirkend vom Beginn des Monats der Antragstellung gewährt. In Bezug auf geltend gemachte Ansprüche ist § 209 Abs. 3 der Bundesabgabenordnung, BGBl. Nr. 194/1961, anzuwenden.

(4) Für einen Monat gebührt Familienbeihilfe nur einmal.

(5) Minderjährige, die das 16. Lebensjahr vollendet haben, bedürfen zur Geltendmachung des Anspruches auf die Familienbeihilfe und zur Empfangnahme der Familienbeihilfe nicht der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters.

§ 11 FLAG 1967 lautet:

§ 11. (1) Die Familienbeihilfe wird, abgesehen von den Fällen des § 4, monatlich durch das Finanzamt Österreich automationsunterstützt ausgezahlt.

(2) Die Auszahlung erfolgt durch Überweisung auf ein Girokonto bei einer inländischen oder ausländischen Kreditunternehmung. Bei berücksichtigungswürdigen Umständen erfolgt die Auszahlung mit Baranweisung.

(3) Die Gebühren für die Auszahlung der Familienbeihilfe im Inland sind aus allgemeinen Haushaltsmitteln zu tragen.

§ 12 FLAG 1967 lautet:

§ 12. (1) Das Finanzamt Österreich hat bei Entstehen oder Wegfall eines Anspruches auf Familienbeihilfe eine Mitteilung auszustellen. Eine Mitteilung über den Bezug der Familienbeihilfe ist auch über begründetes Ersuchen der die Familienbeihilfe beziehenden Person auszustellen.

(2) Wird die Auszahlung der Familienbeihilfe eingestellt, ist die Person, die bislang die Familienbeihilfe bezogen hat, zu verständigen.

§ 13 FLAG 1967 lautet:

§ 13. Über Anträge auf Gewährung der Familienbeihilfe hat das Finanzamt Österreich zu entscheiden. Insoweit einem Antrag nicht oder nicht vollinhaltlich stattzugeben ist, ist ein Bescheid zu erlassen.

§ 8 NAG lautet:

§ 8. (1) Aufenthaltstitel werden erteilt als:

1. Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte“, der zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, für die eine schriftliche Mitteilung oder ein Gutachten gemäß §§ 20d Abs. 1 Z 1 bis 4 oder 24 AuslBG erstellt wurde, berechtigt;

2. Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“, der zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit und einer unselbständigen Erwerbstätigkeit gemäß § 17 AuslBG berechtigt;

3. Aufenthaltstitel „Blaue Karte EU“, der zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, für die eine schriftliche Mitteilung gemäß § 20d Abs. 1 Z 5 AuslBG erstellt wurde, berechtigt;

4. „Niederlassungsbewilligung“, die zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit berechtigt;

5. „Niederlassungsbewilligung – ausgenommen Erwerbstätigkeit“, die zur befristeten Niederlassung ohne Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt;

6. „Niederlassungsbewilligung – Angehöriger“, die zur befristeten Niederlassung ohne Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt; die Ausübung einer Erwerbstätigkeit ist nur auf Grund einer nachträglichen quotenpflichtigen Zweckänderung erlaubt;

7. Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – EU“ für die Dokumentation des unbefristeten Niederlassungsrechts, unbeschadet der Gültigkeitsdauer des Dokuments;

8. Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ für die befristete Niederlassung mit der Möglichkeit, anschließend einen Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – EU“ (Z 7) zu erhalten;

9. Aufenthaltstitel „Niederlassungsbewilligung – Künstler“, der zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit, für die eine

schriftliche Mitteilung gemäß § 20d Abs. 1 Z 6 AuslBG erstellt wurde, oder einer selbständigen Erwerbstätigkeit berechtigt;

10. *Aufenthaltstitel „Niederlassungsbewilligung – Sonderfälle unselbständiger Erwerbstätigkeit“, der zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, die gemäß § 1 Abs. 2 lit. b, c, d, f, g oder i AuslBG vom Anwendungsbereich des AuslBG ausgenommen ist oder die in einer Verordnung des Bundesministers für Inneres gemäß § 43b Abs. 2 genannt ist, berechtigt;*

11. *Aufenthaltstitel „Niederlassungsbewilligung – Forscher“, der zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit für eine Forschungseinrichtung berechtigt;*

12. *„Aufenthaltsbewilligung“ für einen vorübergehenden befristeten Aufenthalt im Bundesgebiet zu einem bestimmten Zweck (§§ 58 bis 69);*

13. *Aufenthaltstitel „Artikel 50 EUV“, der zur befristeten oder unbefristeten Niederlassung und zur Ausübung einer selbständigen sowie unselbständigen Erwerbstätigkeit berechtigt.*

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

(3) Die Aufenthaltsbewilligung (Abs. 1 Z 12) von Ehegatten, eingetragenen Partnern und minderjährigen ledigen Kindern hängt vom Bestehen der Aufenthaltsbewilligung des Zusammenführenden ab (§ 69).

(4) Unbeschadet der §§ 32 und 33 ergibt sich der Berechtigungsumfang eines Aufenthaltstitels aus dem 2. Teil.

§ 20 NAG lautet:

§ 20. (1) Befristete Aufenthaltstitel sind für die Dauer von zwölf Monaten oder für die in diesem Bundesgesetz bestimmte längere Dauer auszustellen, es sei denn, es wurde jeweils eine kürzere Dauer des Aufenthaltstitels beantragt oder das Reisedokument weist nicht die entsprechende Gültigkeitsdauer auf.

(1a) Aufenthaltstitel gemäß § 8 Abs. 1 Z 2, 4, 5, 6, 8, 9 oder 10 sind für die Dauer von drei Jahren auszustellen, wenn der Fremde

1. *das Modul 1 der Integrationsvereinbarung (§ 9 IntG) erfüllt hat und*

2. in den letzten zwei Jahren durchgehend rechtmäßig im Bundesgebiet niedergelassen war,

es sei denn, es wurde eine kürzere Dauer des Aufenthaltstitels beantragt oder das Reisedokument weist nicht die entsprechende Gültigkeitsdauer auf.

(2) Die Gültigkeitsdauer eines Aufenthaltstitels beginnt mit dem Ausstellungsdatum, die Gültigkeitsdauer eines verlängerten Aufenthaltstitels mit dem auf den letzten Tag des letzten Aufenthaltstitels folgenden Tag, wenn seither nicht mehr als sechs Monate vergangen sind. Der rechtmäßige Aufenthalt im Bundesgebiet im Zeitraum zwischen Ablauf des letzten Aufenthaltstitels und Beginn der Gültigkeitsdauer des verlängerten Aufenthaltstitels ist gleichzeitig mit dessen Erteilung von Amts wegen gebührenfrei mit Bescheid festzustellen.

(3) Inhaber eines Aufenthaltstitels „Daueraufenthalt – EU“ (§ 45) sind in Österreich unbeschadet der befristeten Gültigkeitsdauer des diesen Aufenthaltstiteln entsprechenden Dokuments unbefristet niedergelassen. Dieses Dokument ist für einen Zeitraum von fünf Jahren auszustellen und, soweit keine Maßnahmen nach dem Fremdenpolizeigesetz 2005 durchsetzbar sind, abweichend von § 24 auch nach Ablauf auf Antrag zu verlängern.

(4) Ein Aufenthaltstitel nach Abs. 3 erlischt, wenn sich der Fremde länger als zwölf aufeinander folgende Monate außerhalb des EWR-Gebietes aufhält. Aus besonders berücksichtigungswürdigen Gründen, wie einer schwerwiegenden Erkrankung, der Erfüllung einer sozialen Verpflichtung oder der Leistung eines der allgemeinen Wehrpflicht oder dem Zivildienst vergleichbaren Dienstes, kann sich der Fremde bis zu 24 Monate außerhalb des EWR-Gebietes aufhalten. Liegt ein berechtigtes Interesse des Fremden vor, hat die Behörde auf Antrag festzustellen, dass der Aufenthaltstitel nicht erloschen ist. Der Nachweis des Aufenthalts im EWR-Gebiet obliegt dem Fremden.

(4a) Abweichend von Abs. 4 erster Satz erlischt der Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – EU“, der einem Inhaber eines Aufenthaltstitels „Blaue Karte EU“ oder dessen Familienangehörigen erteilt wurde erst, wenn sich der Fremde länger als 24 aufeinander folgende Monate außerhalb des EWR-Gebietes aufhält.

(5) Abs. 4 gilt nicht für Inhaber eines Aufenthaltstitels Daueraufenthalt – EU, wenn

1. sein Ehegatte, eingetragener Partner oder Elternteil Österreicher ist, der in einem Dienstverhältnis zu einer inländischen Gebietskörperschaft steht und dessen Dienstort im Ausland liegt, oder

2. sein Ehegatte, eingetragener Partner oder Elternteil Österreicher ist, der in einem Dienstverhältnis zu einer inländischen Körperschaft öffentlichen Rechts steht und dessen Dienstort im Ausland liegt, soweit die Tätigkeit dieser Körperschaft im Ausland im Interesse der Republik liegt und

er die beabsichtigte Aufgabe der Niederlassung (§ 2 Abs. 2) der Behörde vorher mitgeteilt hat. Das Vorliegen der Voraussetzungen gemäß Z 1 oder 2 hat der Fremde nachzuweisen. Der Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – EU“ ist auch nach Aufgabe der Niederlassung auf Antrag zu verlängern.

§ 23 NAG lautet:

§ 23. (1) Ergibt sich auf Grund des Antrages oder im Ermittlungsverfahren, dass der Fremde für seinen beabsichtigten Aufenthaltswitzweck einen anderen Aufenthaltstitel oder eine andere Dokumentation des unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts benötigt, so ist er über diesen Umstand zu belehren; § 13 Abs. 3 AVG gilt.

(2) Wäre dem Fremden, der sich im Ausland befindet, ein Aufenthaltstitel zu erteilen, hat die Behörde dies der örtlich zuständigen Berufsvertretungsbehörde zwecks Ausstellung eines Visums für die einmalige Einreise (§ 21 iVm § 25 Abs. 1 FPG) mitzuteilen, wenn der Fremde dies zur Einreise benötigt. Der Umstand, dass die Ermittlung der erforderlichen erkennungsdienstlichen Daten auf Grund fehlender technischer Voraussetzungen nicht bereits bei Antragstellung bei der Berufsvertretungsbehörde erfolgte (§ 19 Abs. 5 erster Satz) steht dieser Mitteilung nicht entgegen. Die Mitteilung wird gegenstandslos, wenn der Fremde nicht binnen drei Monaten ab Mitteilung das Visum beantragt und über diesen Umstand von der Berufsvertretungsbehörde belehrt worden ist; das Verfahren bei der Behörde ist ohne weiteres einzustellen.

(3) Wird der Aufenthaltstitel nicht binnen sechs Monaten ab Mitteilung (Abs. 2) bei der Behörde behoben, so ist das Verfahren ohne weiteres einzustellen. Allfällig vorher ergangene Erledigungen sind gegenstandslos.

§ 24 NAG lautet:

§ 24. (1) Verlängerungsanträge (§ 2 Abs. 1 Z 11) sind vor Ablauf der Gültigkeitsdauer des Aufenthaltstitels, frühestens jedoch drei Monate vor diesem Zeitpunkt, bei der örtlich zuständigen Behörde im Inland einzubringen; § 23 gilt. Danach gelten Anträge als Erstanträge. Nach Stellung eines Verlängerungsantrages ist der Antragsteller, unbeschadet der Bestimmungen nach dem FPG, bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Antrag weiterhin rechtmäßig im Bundesgebiet aufhältig. Über die rechtzeitige Antragstellung kann dem Fremden auf begründeten Antrag eine einmalige Bestätigung im Reisedokument angebracht werden, die keine längere Gültigkeitsdauer als drei Monate aufweisen darf. Diese Bestätigung berechtigt zur visumfreien Einreise in das Bundesgebiet. Der Bundesminister für Inneres ist ermächtigt, Form und Inhalt der Bestätigung durch Verordnung zu regeln.

(2) Anträge, die nach Ablauf der Gültigkeitsdauer des Aufenthaltstitels gestellt werden, gelten nur dann als Verlängerungsanträge, wenn

1. *der Antragsteller gleichzeitig mit dem Antrag glaubhaft macht, dass er durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis gehindert war, rechtzeitig den Verlängerungsantrag zu stellen, und ihn kein Verschulden oder nur ein milderer Grad des Versehens trifft, und*

2. *der Antrag binnen zwei Wochen nach dem Wegfall des Hindernisses gestellt wird; § 71 Abs. 5 AVG gilt.*

Der Zeitraum zwischen Ablauf der Gültigkeitsdauer des letzten Aufenthaltstitels und der Stellung des Antrages, der die Voraussetzungen der Z 1 und 2 erfüllt, gilt nach Maßgabe des bisher innegehabten Aufenthaltstitels als rechtmäßiger und ununterbrochener Aufenthalt.

(3) Fremden ist im Rahmen eines Verlängerungsverfahrens ein Aufenthaltstitel mit dem gleichen Aufenthaltszweck zu erteilen, wenn die Voraussetzungen für diesen weiterhin vorliegen.

(4) Mit einem Verlängerungsantrag (Abs. 1) kann bis zur Erlassung des Bescheides ein Antrag auf Änderung des Aufenthaltszwecks des bisher innegehabten Aufenthaltstitels oder auf Änderung des Aufenthaltstitels verbunden werden. Sind die Voraussetzungen für den beantragten anderen Aufenthaltszweck oder Aufenthaltstitel nicht erfüllt, ist darüber gesondert mit Bescheid abzusprechen und der bisherige Aufenthaltstitel mit dem gleichen Aufenthaltszweck zu verlängern, soweit die Voraussetzungen dafür weiterhin vorliegen.

(5) Stellt der Fremde entgegen § 9 Abs. 5 Z 3 IntG einen weiteren Verlängerungsantrag, hat die Behörde den Antrag ohne weiteres abzuweisen.

§ 9 IPRG lautet:

§ 9. (1) Das Personalstatut einer natürlichen Person ist das Recht des Staates, dem die Person angehört. Hat eine Person neben einer fremden Staatsangehörigkeit auch die österreichische Staatsbürgerschaft, so ist diese maßgebend. Für andere Mehrstaater ist die Staatsangehörigkeit des Staates maßgebend, zu dem die stärkste Beziehung besteht.

(2) Ist eine Person staatenlos oder kann ihre Staatsangehörigkeit nicht geklärt werden, so ist ihr Personalstatut das Recht des Staates, in dem sie den gewöhnlichen Aufenthalt hat.

(3) Das Personalstatut einer Person, die Flüchtling im Sinn der für Österreich geltenden internationalen Übereinkommen ist oder deren Beziehungen zu ihrem Heimatstaat aus vergleichbar schwerwiegenden Gründen abgebrochen sind, ist das Recht des Staates, in dem sie ihren Wohnsitz, mangels eines solchen ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat; eine Verweisung dieses Rechtes auf das Recht des Heimatstaates (§ 5) ist unbeachtlich.

§ 13 IPRG lautet:

§ 13. (1) Die Führung des Namens einer Person ist nach deren jeweiligem Personalstatut zu beurteilen, auf welchem Grund auch immer der Namenserwerb beruht.

(2) Der Schutz des Namens ist nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem die Verletzungshandlung gesetzt wird.

Name des Kindes

Das Finanzamt hat den Familiennamen von ***5*** im angefochtenen Bescheid mit „***6***“ angegeben.

Laut § 13 IPRG ist der Familienname einer Person nach deren Personalstatut zu beurteilen. Laut § 9 Abs. 1 IPRG ist das Personalstatut einer natürlichen Person das Recht des Staates, dem die Person angehört. Da ***5*** serbischer Staatsbürger ist, richtet sich die Führung des Familiennamens nach serbischem Recht. Laut den Personaldokumenten der Republik Serbien vom 15.6.2013 und vom 1.11.2016 führt ***5*** den Familiennamen „***9***“. Allerdings liegt eine jüngere Amtsbestätigung der österreichischen Personenstandsbehörde vom 17.5.2021 vor, wonach der Familienname von ***5*** „***6***“ ist.

Das Bundesfinanzgericht folgt der letzten Personenstandsbestätigung vom 17.5.2021. Auch die Bf hat im Schreiben vom 27.5.2021 angegeben, die Familie sei gezwungen gewesen, den Familiennamen von ***5*** von „***9***“ auf „***6***“ zu ändern. Das Bundesfinanzgericht geht daher davon aus, dass ***5*** nunmehr auch nach serbischem Recht den Familiennamen „***6***“ führt. In Bezug auf das gegenständliche Verfahren ist festzuhalten, dass unstrittig ist, dass es sich bei dem im Juni 2013 geborenen ***5*** um den Sohn der Bf handelt, unabhängig davon, welchen Familiennamen er trägt. Er ist auch mit der Sozialversicherungsnummer ***11*** eindeutig identifiziert.

Rechtmäßiger Aufenthalt

§ 2 FLAG 1967 legt die allgemeinen und besonderen Voraussetzungen fest, unter denen jemand Anspruch auf Familienbeihilfe hat. § 3 FLAG 1967 stellt ergänzend für Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, weitere besondere Voraussetzungen auf (vgl. Wanke in Lenneis/Wanke, FLAG 2.A. 2020 § 3 Rz 1). § 3 FLAG 1967 verlangt, von hier nicht gegebenen Fällen abgesehen, für Drittstaatsangehörige das Vorliegen eines aufrechten Aufenthaltstitels nach § 8 NAG für einen Anspruch auf Familienbeihilfe.

Strittig ist hier der rechtmäßige Aufenthalt des Kindes ***5*** gemäß § 3 Abs. 2 FLAG 1967 im Zeitraum November 2019 bis August 2020. Der Aufenthaltstitel von ***5*** (Rot-Weiß-Rot-Karte Plus), der am 3.10.2016 beantragt wurde, endete am 26.10.2019. Ein Verlängerungsantrag wurde erst nach Ablauf des Aufenthaltstitels am 23.12.2019 gestellt, eine neue Rot-Weiß-Rot-Karte Plus mit Gültigkeitsdauer ab 11.9.2020 am 4.12.2020 ausgestellt.

Nach dem NAG ist der Aufenthalt eines Fremden erst mit der Erteilung einer Niederlassungsbewilligung und nicht schon nach der Stellung eines darauf abzielenden Antrages rechtmäßig (vgl. VwGH 31.3.2008, 2008/18/0094; VwGH 13.9.2006, 2006/18/0089).

Gemäß § 24 Abs. 1 NAG sind Verlängerungsanträge (Anträge auf Verlängerung des gleichen oder Erteilung eines anderen Aufenthaltstitels, § 2 Abs. 1 Z 11 NAG) vor Ablauf der Gültigkeitsdauer des Aufenthaltstitels, frühestens jedoch drei Monate vor diesem Zeitpunkt, bei der örtlich zuständigen Behörde im Inland einzubringen. Nach Ablauf der Gültigkeitsdauer des bisherigen Aufenthaltstitels eingebrachte Anträge gelten grundsätzlich als Erstanträge (vgl. Wanke in Lenneis/Wanke, FLAG 2.A. 2020 § 3 Rz 152 m.w.N.).

Der Antrag vom 23.12.2019 wurde nicht innerhalb der Frist des § 24 Abs. 1 NAG gestellt.

§ 24 Abs. 2 Z 1 NAG sieht eine ausdrückliche Regelung bei Versäumen der materiell-rechtlichen Frist betreffend Verlängerungsanträge vor. Die Bestimmung des § 24 Abs. 2 NAG (i.d.F. BGBl. I Nr. 29/2009) ist § 71 Abs. 1 Z 1 AVG nachgebildet und soll der Sache nach eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Fall der Versäumung der materiell-rechtlichen Frist des § 24 Abs. 1 NAG 2005 ermöglichen (vgl. VwGH 4.10.2018, Ra 2018/22/0191; VwGH 10.12.2013, 2011/22/0144; VwGH 21.12.2020, Ra 2020/22/0249). Diese Regelung wurde nicht in Anspruch genommen:

Es wurde nicht gleichzeitig mit dem Antrag glaubhaft gemacht, dass der Antragsteller durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis gehindert war, rechtzeitig den Verlängerungsantrag zu stellen, und ihn kein Verschulden oder nur ein milderer Grad des Versehens trifft (§ 24 Abs. 2 NAG). Im Übrigen ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bei einem langjährigen Aufenthalt in Österreich und wiederholten Verlängerungsanträgen eine entsprechende Sorgfalt bei der Einhaltung von Terminen und Fristen zu erwarten (vgl. VwGH 17.2.2005, 2005/18/0029; VwGH 9.9.2013, 2011/22/0328; VwGH 18.1.2017, Ra 2016/22/0096).

Die Rechtsfolge, dass sich nach Einbringung eines rechtzeitigen Verlängerungsantrags der Antragsteller, unbeschadet fremdenpolizeilicher Bestimmungen, bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Antrag weiterhin rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält (vgl. Wanke in Lenneis/Wanke, FLAG 2.A. 2020 § 3 Rz 152 m.w.N.; VwGH 25.4.2013, 2013/18/0047), trat daher hinsichtlich des Antrags vom 23.12.2019 nicht ein.

Ein Neuantrag begründet kein Aufenthalts- oder Bleiberecht, Familienbeihilfe steht daher bei verspätetem Verlängerungsantrag erst wieder ab dem Monat der Niederlassungsbewilligung zu (vgl. Wanke in Lenneis/Wanke, FLAG 2.A. 2020 § 3 Rz 152 m.w.N.).

Die Volksanwaltschaft hat in ihrem Schreiben vom 8.9.2021 keine Bedenken dagegen geäußert, dass der Antrag vom 23.12.2019 infolge Fristversäumnis und mangels Vorliegens von Gründen

i.S.d. § 24 Abs. 2 NAG als Erstantrag gewertet wurde. Die Feststellung eines Verwaltungsmissstands bezog sich ausschließlich auf die lange Verfahrensdauer bei der Bearbeitung des Antrags vom 23.12.2019, die aber für das hier anhängige Beschwerdeverfahren nicht von Bedeutung ist. Der im Juni 2013 geborenen Sohn der Bf ***5*** hat sich somit im Zeitraum November 2019 bis August 2020 nicht rechtmäßig in Österreich aufgehalten, gemäß § 3 Abs. 2 FLAG 1967 stand der Bf für ihn für diesen Zeitraum keine Familienbeihilfe zu.

Keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheids

Der angefochtene Bescheid erweist sich daher nicht als rechtswidrig (Art. 132 Abs. 1 Z 2 B-VG), die Beschwerde ist gemäß § 279 BAO als unbegründet abzuweisen.

Nichtzulassung der Revision

Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG eine Revision nicht zulässig, da es sich um keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung handelt. Das Bundesfinanzgericht folgt der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes.

Wien, am 27. Oktober 2021