

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter Dr. Wolfgang Pavlik über die Beschwerde der Bf., vertreten durch Edward W. Daigneault, Rechtsanwalt in 1160 Wien, Lerchenfelder Gürtel 45/11, gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 4/5/10 vom 10.01.2014, betreffend Familienbeihilfe ab März 2013, zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird teilweise Folge gegeben.

Der Bescheid wird insofern abgeändert, als die Familienbeihilfe ab August 2013 gewährt wird.

Im Übrigen, somit für den Zeitraum März 2013 bis Juli 2013, wird die Familienbeihilfe nicht gewährt und der Bescheid bleibt insoweit unverändert.

Die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist zulässig.

Entscheidungsgründe

Die Beschwerdeführerin (Bf) stellte für ihren am 2013 geborenen Sohn E. R. im November 2013 einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe ab März 2013.

Im Zuge des Antragsverfahrens richtete das Finanzamt (FA) am 26.02.2014 an den Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 35, ein Ersuchen um Auskunftserteilung gemäß § 158 BAO mit folgendem Inhalt:

"zu o. G. ersuche ich Sie gem § 158 BAO um Auskunftserteilung. Hieramts ist jetzt eine Beschwerde anhängig für den Zeitraum ab 03/2013, wobei es um folgenden SV geht siehe auszugsweise von der Beschwerde:

a) Voranzustellen ist, dass sich das österreichische Kind E. mit mir etwa bis Mitte August 2013 in Bologna Italien aufgehalten hat. Als Nachweis Bahnhafarkarte der Hinfahrt am 25.4.2013 sowie die italienische Impfkarte Eintragungen am 20.7.2013 und 2.8.2013 vor. Mit diesem mehrmonatigen Aufenthalt wurde das Kind E. freizügig iS der UnionsbürgerRL 2004/38/EG.

b) Nach Rückkehr mit dem Kind aus Italien bin ich gem §§ 57 iVm Aufenthalt in Österreich berechtigt, einer Dokumentation des Aufenthaltes einer Karte gem § 9 NAG bedarf es nicht.

Die Astin besitzt einen am 29.4.2013 ausgestellten italienischen Daueraufenthaltstitel. Hält sich die Astin rechtmäßig und seit wann rechtmäßig in Österreich auf? Lt BW wurde die Ausstellung einer österreichischen Aufenthaltskarte beantragt..."

Das Auskunftsersuchen wurde von der MA 35 (Einwanderung, Staatsbürgerschaft, Standesamt) wie folgt beantwortet:

"grundsätzlich darf sich eine Person mit Daueraufenthalt-EU eines anderen Mitgliedsstaates 3 Monate im Halbjahr legal in Österreich aufhalten. Aus den Ausführungen ist kein Freizügigkeitstatbestand nachvollziehbar."

Ein Antrag auf Aufenthaltskarte scheint nicht auf (ist jedenfalls noch nicht protokolliert, wurde ein Antragsdatum angegeben?). Sollte ein Antrag auf Aufenthaltskarte gestellt worden sein, wäre ein eventueller Freizügigkeitstatbestand abzuklären..."

Das FA wies den Antrag mit Bescheid vom 10.01.2014 mit folgender Begründung ab:

"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."

Der Vertreter der Bf er hob mit Schriftsatz vom 29.01.2014 gegen den Abweisungsbescheid Beschwerde und führte begründend aus:

"1. Sachverhalt

a) Ich komme aus Nigeria. Ich besitze einen am 29.4.2013 ausgestellten italienischen Daueraufenthaltstitel. Mit mir im Familienverband leben meine zwei Kinder, M. ..., geb 1999 , ein nigerianischer Staatsbürger mit italienischem Daueraufenthaltsrecht und E. R. ..., geb. 2013 , einem österreichischen Staatsbürger. Ich habe mittlerweile die Ausstellung einer österreichischen Aufenthaltskarte beantragt.

b) Am 25.11.2013 habe ich die Zuerkennung von Familienbeihilfe nur für das österreichische Kind E. ab dessen Geburt beantragt.

c) Mit dem hier angefochtenen Bescheid vom 10.1.2014 hat das Finanzamt diesen Antrag abgewiesen und begründet, ich würde mich nicht nach § 8 und § 9 NAG rechtmäßig aufhalten.

2. Beschwerdebegründung:

Inhaltliche Rechtswidrigkeit und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften

a) Voranzustellen ist, dass sich das österreichische Kind E. bis etwa Mitte August 2013 in Bologna Italien aufgehalten hat. Als Nachweis Bahnfahrkarte der Hinfahrt am 25.4.2013

sowie die italienische Impfkarte mit Eintragungen am 20.7.2013 und 2.8.2013 vor. Mit diesem mehrmonatigen Aufenthalt wurde das Kind E. 'freizügig' iS der UnionsbürgerRL 2004/38/EG.

b) Nach Rückkehr mit dem Kind aus Italien bin ich gemäß § 57 iVm § 54 Abs. 1 NAG zum Aufenthalt in Österreich berechtigt, einer Dokumentation des Aufenthaltes einer Karte gemäß § 9 NAG bedarf es nicht.

Denn wenn Art 21 AEUV und die UnionsbürgerRL 2004/38/EG dem Unionsbürger im Kleinkindalter für unbestimmte Zeit ein Aufenthaltsrecht in einem Aufnahmemitgliedstaat verleihen, erlauben dieselben Vorschriften dem Elternteil, der für diesen Staatsangehörigen tatsächlich sorgt, sich mit ihm dort aufzuhalten. Es besteht demnach für den ausländischen Elternteil ein vom Kind abgeleitetes Aufenthaltsrecht im gleichen Umfang (siehe EuGH 19.10.2004, C-200/02 Zhu & Chen bzw. jüngst EuGH 10.10.2013, Rs C-86/12, Alopka),

Da das österreichische Kind zum Aufenthalt keiner Dokumentation des Aufenthaltsrechtes bedarf, ist bei Bestehen des Aufenthaltsrechtes im gleichen Umfang auch der undokumentierte Aufenthalt von mir als seiner Mutter nicht nur als rechtmäßig, sondern als auch nicht beihilfenschädlich zu beurteilen.

Weil aber hier nach Ansicht des Finanzamtes das nach Unionsrecht bestehende Aufenthaltsrecht nicht zum Bezug der Familienbeihilfe führt, rege ich an, es möge das Bundesfinanzgericht gemäß Art 267 AEUV an den Gerichtshof der Europäischen Union zur Auslegung des § 3 Abs 1 FLAG, insbesondere zur Bedeutung der Wortfolge „wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhalten“ ein Ersuchen auf Vorabentscheidung richten.

c) Schließlich missachtet der hier angefochtene Bescheid auch elementare Kinderrechte. Familienbeihilfe ist eine Transferleistung, die es Eltern erleichtern soll, den Unterhaltsleistungen für ihre Kinder nachzukommen, sie dient daher direkt dem Kindeswohl. Nach Art. 1 B-VG Kinderrechte hat jedes Kind Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge, die für sein Wohlergehen notwendig sind. Es muss bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein. Dem Kind E. steht trotz dieser Rechte nach der hier angefochtenen abweisenden Entscheidung des Finanzamtes weniger Unterhalt zur Verfügung.

d) Es wird im Familienbeihilfeverfahren zu Unrecht auf den Aufenthaltsstatus von Kind und Mutter geachtet. Für das Kind E. wäre als ein in Österreich wohnhafter Staatsbürger grundsätzlich Familienbeihilfe zu gewähren, und würde ihm auch Familienbeihilfe jedenfalls zukommen, wenn er das Kind einer österreichischen Mutter wäre.

Diesfalls hätte er einen höheren Unterhalt zur Verfügung, den ihm das Finanzamt nicht gewähren will, weil seine Mutter nigerianische Staatsangehörige ohne österreichischer Aufenthaltskarte ist. Nach Art 7 B-VG sind alle Staatsbürger vor dem Gesetz gleich. Vorrechte der Geburt, des Geschlechtes, des Standes, der Klasse und des Bekenntnisses

sind ausgeschlossen. Wegen der österreichische Kinder mit ausländischen Eltern diskriminierenden Regelung, Familienbeihilfe nur für Kinder von Eltern zu gewähren, die im Besitz einer Aufenthaltskarte sind, ist das Kind im Recht auf Gleichheit verletzt. Diese verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte kann das Kind nicht selbst geltend machen, sicherlich kommt mir diesbezüglich aber eine abgeleitete Parteistellung zu, zumal ich auch selbst durch Nichterhalt der Beihilfe von geringerem für mich Unterhalt betroffen bin.

Das Kind E. wird also wegen der ausländischen Mutter, für die es nichts kann, im Recht auf Gleichheit verletzt. Wegen der ausländischen Staatsangehörigkeit von mir wird vom Finanzamt eine Aufenthaltskarte der Niederlassungsbehörde abverlangt bzw der Anspruch verweigert. Als österreichische Mutter hätte ich für mein Kind Familienbeihilfe und damit einen höheren Unterhalt erhalten. Damit bin aber auch ich im Recht auf Gleichheit betroffen und durch den geringeren Unterhalt im Recht auf Unverletzlichkeit des Eigentums betroffen.

Es wird daher angeregt, das Bundesfinanzgericht möge überdies an den Verfassungsgerichtshof mit dem Ersuchen herantreten, jene hier angesprochenen Bestimmungen des Familienlastenausgleichsgesetz, welche österreichische Kinder, wie dargelegt, wegen ihrer ausländischen Mütter im Unterhalt schmälern und somit diskriminieren, auf seine Verfassungsmäßigkeit hin zu prüfen.

3. Anträge

Ich beantrage daher, der Verwaltungsgerichtshof möge

- a) den angefochtenen Bescheid wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes, in eventu wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufheben;
- b) oder aber in der Sache selbst entscheiden, der Beschwerde stattgeben, und mir Familienbeihilfe für das Kind E. im gesetzlichen Ausmaß zuerkennen."

Das FA legte die Beschwerde ohne Erlassung einer BVE dem BFG mit Datum des Einlangens 21.03.2014 vor.

Das BFG ersuchte den Bf mit Vorhalt vom 04.12.2014 um Beantwortung folgender Fragen bzw Vorlage folgender Unterlagen:

- "1. Sie bringen vor, Sie besitzen einen am 29.04.2013 ausgestellten italienischen Daueraufenthaltstitel.
Um Vorlage dieses Daueraufenthaltstitels (in Kopie) wird ersuche.
2. Auf Grund welcher Rechtsgrundlage erhielten Sie den italienischen Daueraufenthaltstitel, wenn Sie am 26.04.2013 in Italien eingereist sind und sich vorher ständig in Österreich aufgehalten haben?
3. Hatten Sie Anspruch auf italienische Familienbeihilfe? Wenn ja, für welchen Zeitraum und in welcher Höhe? Wenn nein, warum nicht?
4. Sie bringen vor, Sie hätten mittlerweile die Ausstellung einer österreichischen Daueraufenthaltskarte beantragt.

Um Vorlage des Antrags und um Vorlage der Aufenthaltskarte bzw des Abweisungsbescheides (sofern schon vorhanden) wird ersucht (Kopien ausreichend).
5. Seit wann bzw bis wann halten (hielten) Sie sich ständig mit dem Kind in Österreich auf? Bitte um Vorlage entsprechender Nachweise ab August 2013."

Die Bf beantwortete den Vorhalt nach gewährter Fristverlängerung mit Schriftsatz vom 10.02.2015 wie folgt:

"1. Der italienische AT liegt bei.

2. Ich bin nicht erstmals 2013 nach Italien gereist, sondern kam ich im Jahre 1999 nach Italien und lebte dort überwiegend bis gegen Ende 2012. Ich war von meinem österr. Lebensgefährten und Kindsvater schwanger und wollte durch meinen Aufenthalt in Österreich ermöglichen, dass der Kindsvater der Geburt von E. beiwohnen konnte. Nach der Geburt kehrte ich sobald wie möglich – am 26.4.2013 – nach Italien zurück, weil dort mein erster Sohn M. noch die Schule besuchte und auch er meiner Betreuung bedurfte. Es war aber da schon klar, dass ich nach Wien übersiedeln werde, ich wollte den Sohn M. aber nicht mitten im Jahr aus der Schule nehmen. Ab dem Schuljahr 2013/14 bis laufend besucht M. die Schule in Wien.

Beweis: Übersetzung der italienischen Geburtsurkunde des Kindes M. O. , geb 1999 in Faenza, Italien.

3. In Italien wird Kindergeld nur gewährt, wenn der Antragsteller in Beschäftigung steht. Ich habe in Italien nicht gearbeitet, sodass ich im Zeitraum ab März 2013 weder für Sohn M. noch für das Kind E. italienische Hilfen bezogen habe.

4. Ich habe bei der Wiener Niederlassungsbehörde, MA 35, am 11.4.2014 einen Aufenthaltstitel beantragt. Die MA 35 teilte mir mit, dass ich als in Italien dauerhaft Aufenthaltsberechtigte nur dann einen österreichischen Aufenthaltstitel bekommen kann, wenn ich einen Arbeitgeber finde. Gemeint ist hier vermutlich ein Aufenthaltstitel nach § 49 Abs 1 oder 2 NAG. Da ich noch keinen Arbeitgeber fand, habe ich das Verfahren bislang nicht weiter betrieben, die MA 35 hat auch noch keine Entscheidung getroffen. Mit gleicher Post hat der Vertreter für mich die Zweckänderung zur Aufenthaltskarte beantragt.

Beweis: "Unterlagenanforderung" der MA 35 vom 6.7.2014.

5. Zum Beweis meines Aufenthalts in Österreich lege ich die Schuleinschreibung des Kindes M. vom 18.9.2013, sowie dessen Schulzeugnis des Jahres 2013/14, und auch die Bestätigung seines Schulbesuchs im laufenden Schuljahr 2014/15 vor. M. setzte hier die in Italien begonnene Schule fort, damit ich mit dem Kind E. in Österreich bei dessen Vater leben kann. "

Die angesprochenen Unterlagen waren beigelegt.

Mit Schreiben vom 23.02.2015 richtete das BFG an den Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 35, ein Ersuchen um Auskunftserteilung gemäß § 158 BAO mit folgendem Inhalt:

"... Die im Betreff genannte Abgabepflichtige ... bringt im Schreiben vom 10.02.2015 vor:

....

- In welchem Stadium befindet sich das Verfahren?
- Ist beabsichtigt, einen inländischen Aufenthaltstitel zu erteilen?
- Was bedeutet "Zweckänderung der Aufenthaltskarte"?
- Wie beurteilen Sie die Situation rechtlich? (...)
- Würde in so einem Fall § 54 NAG zur Anwendung kommen? (Daueraufenthaltskarte)?
- Sind im vorliegenden Fall die Voraussetzungen des § 54 NAG gegeben? (...)"

Mit Schreiben vom 05.03.2015 beantwortete die MA 35 das Auskunftsersuchen wie folgt:

"Frau O. brachte am 11.4.2014 persönlich im Erstantragsreferat der MA 35 einen Antrag auf Rot-Weiß-Rot Karte gemäß § 49 Abs. 2 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz ein. Am 10.07.2014 wurde eine Arbeitgebererklärung der Firma ... als Hilfskraft mit einer Entlohnung von monatlich 990 Euro nachgereicht.

Am 22.07.2014 wurde der Antrag dem AMS vorgelegt. Mit Bescheid vom 10.10.2014 wurde der Antrag vom AMS abgewiesen. Eine Beschwerde beim AMS ist anhängig. Wenn die AMS-Beschwerde negativ entschieden wird, wird der Antrag von der MA 35 eingestellt.

Die Aufenthaltskarte (§ 54 NAG) ist eine Dokumentation des Aufenthaltsrechtes für Drittstaatsangehörige, die Angehörige von unionsrechtlich aufenthaltsberechtigten EWR- oder Schweizer Bürgern oder von Österreichern, die die Freizügigkeit in Anspruch genommen haben, sind.

Dies sind auch Verwandte in gerader aufsteigender Linie, soferne ihnen vom EWR-Bürger tatsächlich Unterhalt gewährt wird.

Der Anwalt bezieht sich wohl auf den Tatbestand, dass das österreichische Kind mit seiner Mutter in Italien war und wieder nach Österreich zurückgekommen ist, wodurch es die Freizügigkeit in Anspruch genommen hat. Da keine Unterhaltsgewährung des mj. Kindes für seine Mutter vorliegt, ist § 54 NAG nicht anzuwenden.

Ein Antrag auf Aufenthaltskarte ist nicht anhängig.

Ein Zweckänderungsantrag setzt voraus, dass bereits ein österreichischer Aufenthaltstitel besteht und der Aufenthaltszweck geändert werden soll.

Da die Genannte über keinen Aufenthaltstitel von Österreich verfügt, kann von einem Zweckänderungsantrag nicht gesprochen werden. "

Das BFG ersuchte den Bf mit Vorhalt vom 05.05.2015 um Beantwortung folgender Fragen bzw Vorlage folgender Unterlagen:

"Sie leben seit Mitte August 2013 mit ihren Kindern und dem Kindesvater von E. in einem gemeinsamen Haushalt.

- Wie bestritten bzw bestreiten Sie den Lebensunterhalt für sich und Ihre Kinder?

Um entsprechende Nachweise wird ersucht.

- Sind Sie erwerbstätig?

Wenn ja, seit wann? Einkünfte in welcher Höhe beziehen Sie aus dieser Tätigkeit?

Haben Sie andere Einkünfte oder Vermögen?

- Ist der Kindesvater erwerbstätig? Einkünfte in welcher Höhe bezieht er aus dieser Tätigkeit?

- Ist der Kindesvater zu Unterhaltszahlungen für das Kind E. verpflichtet?

Wenn ja, in welcher Höhe?

Wenn nein, warum nicht?

- Sorgt der Kindesvater für den Unterhalt des Kindes E.?

Wenn ja, in welchem Ausmaß und seit wann leistet er monatliche Unterhaltszahlungen?

- Besitzen Sie mittlerweile einen österreichischen Aufenthaltstitel?

Wenn ja, bitte um Vorlage (in Kopie).

Wenn nein, wie ist der aktuelle Verfahrensstand?"

Mit Schreiben vom 12.06.2015 antwortete der Rechtsvertreter der Bf wie folgt:

"...1) Ich lebte nur bis November 2014 mit dem Vater von E. im gemeinsamen Haushalt, nunmehr lebe ich in Gemeinschaft mit Herrn P. N. , geb 1976 .

2) P. N. kommt mehr schlecht als recht für Miete und einen Teil der Verpflegung auf, ich bemühe mich dazuzuverdienen, aus Reinigungsdienstleistung im privaten Bereich verdiene ich monatlich durchschnittlich rund 300 Euro. Ich hatte am 30.9.2014 gestützt auf EuGH Zhu & Chen bzw EuGH Zambrano vor dem AMS die Ausstellung einer Ausnahmebestätigung nach § 3 Abs 8 AuslBG beantragt, damals hatte ich ein konkretes Jobangebot, der Antrag wurde mit Bescheid des AMS vom 14.11.2014 abgelehnt. Das Beschwerdeverfahren läuft vor dem Bundesverwaltungsgericht. Ich werde in den nächsten Tagen Antrag auf Fristsetzung stellen müssen.

3) Der Kindesvater, L. W. , ist derzeit arbeitslos, er trägt zum Kindesunterhalt nichts bei, weil er – wie er sagt – selbst nichts hat. Ich habe zwar das Jugendamt mehrmals aufgesucht, dort aber keine Hilfe erhalten.

4) Auf Anraten der Caritas Ausländerberatung stellte ich Asylantrag, das Verfahren wurde am 6.6.2015 zur Verf.zahl 12345678 zugelassen, ich bin daher im Besitz einer Aufenthaltsberechtigungskarte gemäß § 51 AsylG. Der Asylantrag ermöglicht mir Grundversorgung des Landes Wien zu beziehen."

Über die Beschwerde wurde erwogen

Folgender Sachverhalt steht fest:

Die Bf ist nigerianische Staatsbürgerin. Sie kam im Jahr 1999 nach Italien und lebte überwiegend dort bis gegen Ende 2012. Sie besitzt einen am 29.04.2013 ausgestellten italienischen Daueraufenthaltstitel für Drittstaatsangehörige.

Sie ist Mutter des Sohnes M., geboren am 1999, nigerianischer Staatsbürger, der mit ihr in Italien lebte und dort bis zum Schuljahr 2012/13 die Schule besuchte.

Anfang 2013 reiste die Bf zur Geburt ihres Sohnes E. R. nach Österreich. Der Kindesvater und Lebensgefährte der Bf lebt in Österreich und ist österreichischer Staatsbürger. E. R. wurde am 2013 in Wien geboren und ist österreichischer Staatsbürger.

Die Bf reiste am 26.04.2013 mit E. R. wieder nach Italien zu ihrem Sohn M. und um die Übersiedelung nach Wien vorzubereiten. Die Bf wollte mit ihrem Sohn E. R. bei dessen Vater in Wien leben. Da sie M. aber nicht mitten im Schuljahr aus der Schule nehmen wollte, übersiedelte die Bf Mitte August 2013 mit ihren Kindern nach Österreich und hat seitdem hier ihren Lebensmittelpunkt. Sie lebt mit den Kindern in einem gemeinsamen Haushalt.

Bis November 2014 lebte sie mit dem Kindesvater von E. R. in einem gemeinsamen Haushalt.

Vor August 2013 hatte die Bf den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in Italien.

Die Bf hat seit 17.08.2012 einen Hauptwohnsitz in Österreich. E. R. hat seit seiner Geburt an derselben Adresse einen Hauptwohnsitz in Österreich.

M. besucht seit dem Schuljahr 2013/14 in Österreich die Schule.

Die Bf besitzt keinen österreichischen Aufenthaltstitel, sie ist seit 06.06.2015 im Besitz einer Aufenthaltsberechtigungskarte gemäß § 51 AsylG (Asylantrag) und bezieht aus diesem Titel Grundversorgung des Landes Wien.

Die Bf hat geringfügige Einkünfte aus Reinigungsdienstleistungen im privaten Bereich von monatlich durchschnittlich rund 300 Euro.

Der Kindesvater trägt zum Unterhalt nichts bei.

Die Bf gewährt dem Kind E. R. Unterhalt.

Beweiswürdigung:

Der italienische Daueraufenthaltstitel wurde vorgelegt.

Die Familienverhältnisse, Hauptwohnsitze und Staatsbürgerschaften sind nachgewiesen.

Der festgestellte zeitliche Zeitablauf beruht auf dem Vorbringen der Bf und den von ihr dazu vorgelegten Nachweisen (Impfpass aus Österreich, Impfpass aus Italien, Zugfahrkarte, Schulbesuchsbestätigungen).

Dass die Bf bis August 2013 den Mittelpunkt der Lebensinteressen in Italien hatte, ergibt sich aus ihrem Vorbringen, wonach sie bereits im Jahr 1999 nach Italien kam und dort überwiegend bis gegen Ende 2012 lebte. Ihr Sohn M. ging in Italien zur Schule und die Bf besitzt einen italienischen Daueraufenthaltstitel für Drittstaatsangehörige.

Die Bf kam zwar zur Geburt ihres Sohnes E. R. Anfang 2013 nach Österreich; dieser Aufenthalt war jedoch nur vorübergehend, da sie nach ihren eigenen Angaben ihren Sohn M. nicht aus der Schule in Italien nehmen wollte, sodass sie seit April 2013 wieder in Italien lebte, um die Übersiedlung nach Österreich vorzubereiten. Die Übersiedlung nach Österreich im August 2013 begründete den Lebensmittelpunkt der Bf im Inland, da sie mit ihren Kindern seitdem hier lebt und auch ihr Sohn M. seit September 2013 in Österreich die Schule besucht.

Dass die Bf bis 06.06.2015 keinen österreichischen Aufenthaltstitel besitzt, hat sie selbst vorgebracht. Sie hat zwar am 11.04.2014 einen diesbezüglichen Antrag eingebracht, es

wurde ihr daraufhin jedoch mitgeteilt, dass sie nur dann einen Aufenthaltstitel bekommen könne, wenn sie einen Arbeitgeber finde.

Dass die Bf seit 06.06.2015 im Besitz einer Aufenthaltsberechtigungskarte gemäß § 51 AsylG (Asylantrag) ist und aus diesem Titel staatliche Grundversorgung bezieht, hat sie selbst vorgebracht.

Dass die Bf ca EUR 300,00 monatlich verdient, hat sie selbst vorgebracht.

Dass der Kindesvater zum Unterhalt des Kindes nichts beträgt, hat die Bf glaubhaft vorgebracht.

Dass die Bf ihrem Sohn E. R. Unterhalt gewährt, ist unbestritten.

Rechtliche Beurteilung:

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

Nach den Feststellungen im Sachverhalt hat die Bf seit August 2013 den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Inland. Bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen hat sie daher ab August 2013 Anspruch auf Familienbeihilfe.

Vor August 2013 hatte die Bf den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in Italien. In Österreich hatte sie daher keinen Anspruch auf Familienbeihilfe.

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

§ 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 AusIBG 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 AusIBG 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 AusIBG 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. (Anm.: aufgehoben durch BGBl. I Nr. 68/2013)
10. „Aufenthaltsbewilligung“ für einen vorübergehenden befristeten Aufenthalt im Bundesgebiet zu einem bestimmten Zweck (§§ 58 bis 69).

(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 10) 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.“

§ 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.

(2) Zur Dokumentation des unionsrechtlichen Daueraufenthaltsrechts werden auf Antrag ausgestellt:

1. eine „Bescheinigung des Daueraufenthalts“ (§ 53a) für EWR-Bürger, die das Daueraufenthaltsrecht erworben haben, und
2. eine „Daueraufenthaltskarte“ (§ 54a) für Drittstaatsangehörige, die Angehörige eines EWR-Bürgers sind und das Recht auf Daueraufenthalt erworben haben.

(3) Inhabern von Anmeldebescheinigungen (Abs. 1 Z 1) oder Bescheinigungen des Daueraufenthalts (Abs. 2 Z 1) kann auf Antrag ein „Lichtbildausweis für EWR-Bürger“ mit fünfjähriger Gültigkeitsdauer ausgestellt werden. Der Lichtbildausweis für EWR-Bürger, die Aufenthaltskarte und die Daueraufenthaltskarte gelten als Identitätsdokumente. Form und Inhalt der Anmeldebescheinigung, der Bescheinigung des Daueraufenthalts, des Lichtbildausweises für EWR-Bürger, der Aufenthaltskarte und der Daueraufenthaltskarte legt der Bundesminister für Inneres durch Verordnung fest.“

Unbestritten ist, dass die Bf als Drittstaatsangehörige die Voraussetzungen der §§ 8 und 9 NAG nicht erfüllt, da sie keinen derartigen Aufenthaltstitel hat. Fremde haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach § 8 oder nach § 9 NAG rechtmäßig in Österreich aufhalten, sofern nicht der Aufenthalt schon nach dem direkt anzuwendenden Unionsrecht rechtmäßig ist (vgl FLAG Kommentar, Csaszar/Lenneis/Wanke [Hrsg] § 3 Rz 145).

Bei der Anknüpfung des § 3 FLAG 1967 an §§ 8 und 9 NAG handelt es sich um eine formale Anknüpfung. Verfügen Beihilfenwerber und Kind, wenn diese unter § 3 fallen, jeweils über eine derartige gültige Urkunde, sind die Voraussetzungen gegeben (vgl FLAG Kommentar, § 3 Rz 156ff).

Im ggstdl Fall sind diese Voraussetzungen bei der Bf nicht gegeben.

Sie beruft sich allerdings auf vorrangig anzuwendendes EU-Recht. Nach der Judikatur des EuGH besteht nämlich ein Anwendungsvorrang des Unionsrechts vor dem nationalen Recht. Unionsrecht ist vorrangig und unmittelbar anzuwenden und verdrängt insofern innerstaatliches Recht.

Unbestritten ist, dass der Sohn der Bf als österreichischer Staatsbürger Unionsbürger iSd Art 20 AEUV ist. Die Unionsbürger haben uA das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten. Sie brauchen keinen Aufenthaltstitel nach NAG bzw ist dieser nur deklarativ.

Als österreichischer Staatsbürger braucht der Sohn der Bf keinen Aufenthaltstitel in Österreich und darf nicht ausgewiesen werden (siehe Artikel 3 Absatz 1 des 4. Zusatzprotokolls zur EMRK).

Richtig ist auch das Vorbringen, wonach der Sohn der Bf unter den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/38/EG ("Freizügigkeitsrichtlinie") fällt. Diese Richtlinie betrifft das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten.

Für den Sohn der Bf, einem österreichischen Staatsbürger und somit Unions- und EWR-Bürger, gilt das Recht auf Freizügigkeit. Er hat sich von Österreich nach Italien begeben, dort länger als drei Monate aufgehalten und ist anschließend wieder nach Österreich zurückgekehrt.

Er ist Berechtigter iSd Freizügigkeitsrichtlinie und daher iSd § 53 NAG EWR-Bürger, dem das unionsrechtliche Aufenthaltsrecht zukommt.

Die Bf ist Angehörige eines EWR-Bürgers und selbst kein EWR-Bürger.

Dem entspricht auch § 57 NAG, wonach Drittstaatsangehörige, die Familienangehörige eines österreichischen Staatsbürgers sind, den Status erhalten, der den Familienangehörigen eines anderen Unionsbürgers gewährt wird, wenn dieser österreichische Staatsbürger in einem anderen Mitgliedstaat ein Aufenthaltsrecht von mehr als drei Monaten in Anspruch genommen hat und im Anschluss an diesen Aufenthalt nach Österreich nicht bloß vorübergehend zurückkehrt.

Innerstaatlich sind für die Bf daher §§ 52 – 56 NAG (gehört zum Kapitel „unionsrechtliches Aufenthaltsrecht“ in Umsetzung der Freizügigkeitsrichtlinie) anzuwenden.

Nach § 54 NAG sind Angehörige von freizügigkeitsberechtigten EWR-Bürgern (§ 51), die nicht EWR-Bürger sind und die die in § 52 Z1 bis 3 NAG genannten Voraussetzungen erfüllen, zur Niederlassung berechtigt.

Der hier anzuwendende § 52 Z 3 NAG nennt als Voraussetzung, Verwandter des EWR-Bürgers in gerader aufsteigender Linie zu sein, sofern ihnen von diesen Unterhalt tatsächlich gewährt wird. Dies entspricht Art 2 Z 2 der Freizügigkeitsrichtlinie.

Diese Voraussetzung ist nach dem Gesetzeswortlaut nicht erfüllt, da der Bf von ihrem Kind kein Unterhalt gewährt wird; vielmehr wird dem EWR-Bürger von der Angehörigen Unterhalt gewährt.

Diesbezüglich ist allerdings die Rechtsprechung des EuGH zu beachten. Dass dem Kind der Bf als österreichischer Staatsangehöriger und EU-Bürger ein unbegrenztes Aufenthaltsrecht in seinem Heimatstaat zusteht, ist unbestritten.

Dem Aufenthaltsberechtigten wird daher vom Staatsangehörigen eines Drittstaats, der sein Verwandter in gerader aufsteigender Linie ist, und der für ihn sorgt und ihn begleiten will, Unterhalt gewährt.

Das Kind der Bf befindet sich somit in vergleichbarer Lage wie das Kind Catherine in der Entscheidung des EuGH vom 19.10.2004, Zhu und Chen, C-200/02. Umgelegt auf den vorliegenden Fall kann sich die Bf zwar nicht auf die Eigenschaft eines Verwandten in aufsteigender Linie, dem ihr Kind Unterhalt gewährt, iSd Freizügigkeitsrichtlinie berufen, würde jedoch dem Elternteil mit Staatsangehörigkeit eines Drittstaats, der für ein Kind, dem als österreichischer Staatsbürger unbestritten das unbeschränkte Aufenthaltsrecht in Österreich zukommt, tatsächlich sorgt, nicht erlaubt, sich mit diesem Kind im Aufnahmemitgliedstaat aufzuhalten, so würde dem Aufenthaltsrecht des Kindes jede praktische Wirksamkeit genommen. Offenkundig setzt nämlich der Genuss des Aufenthaltsrechts durch ein Kind im Kleinkindalter voraus, dass sich die für das Kind tatsächlich sorgende Person bei diesem aufhalten darf und dass es demgemäß dieser Person ermöglicht wird, während dieses Aufenthalts mit dem Kind zusammen im entsprechenden Mitgliedstaat zu leben (vgl EuGH Zhu und Chen Rz 44 - 47).

Eine Verwehrung des Kernbestandes der Rechte als Unionsbürger liegt nach der Judikatur des EuGH vor, wenn einer einem Drittstaat angehörenden Person in dem MS des Wohnsitzes ihrer mj Kinder, die diesem MS angehören und denen sie Unterhalt gewährt, der Aufenthalt und eine Arbeitserlaubnis verweigert werden. Eine Aufenthaltsverweigerung habe zur Folge, dass die Kinder sich gezwungen sähen, das Unionsgebiet zu verlassen, um ihre Eltern zu begleiten. Ebenso könne sich die Verweigerung einer Arbeitserlaubnis auswirken, weil die Gefahr bestehe, dass dieser Person dann die für ihren Unterhalt und den ihrer Angehörigen erforderlichen Mitteln fehlten (vgl EuGH vom 08.03.2011, Zambrano, C-34/09, Rz 43,44)

Diese Rechtsprechung wurde vom EuGH in der Entscheidung vom 10.10.2013, Alopka, C-86/12, bestätigt und dahingehend verstärkt, dass sogar dann, wenn der betreffende Unionsbürger sein Recht auf Freizügigkeit nicht ausgeübt hat, einem Drittstaatsangehörigen, der Familienangehöriger dieses Unionsbürgers ist, ein Aufenthaltsrecht ausnahmsweise nicht verweigert werden darf, da sonst die Unionsbürgerschaft ihrer praktischen Wirksamkeit beraubt würde, wenn sich der Unionsbürger infolge einer solchen Weigerung de facto gezwungen sähe, das Gebiet der Union als Ganzes zu verlassen, und ihm dadurch der tatsächliche Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihm die Unionsbürgerschaft verleiht, verwehrt würde.

Art 7 der Freizügigkeitsrichtlinie, wonach jeder Unionsbürger und seine Familienangehörigen das Recht auf Aufenthalt für mehr als drei Monate hat, wenn er für sich und seine Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel verfügt, sodass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen müssen und er und seine Familienangehörigen über umfassenden Krankenversicherungsschutz im Aufnahmemitgliedstaat verfügen, ist einerseits nur eingeschränkt anwendbar, da der Unionsbürger im ggstdl Fall österreichischer Staatsbürger ist und somit jedenfalls das Recht auf unbegrenzten Aufenthalt im Inland (Verbot der Ausweisung) hat und dieses Recht nur ausüben kann, wenn seine ihn betreuende Mutter bei ihm lebt; andererseits ist für den Streitzeitraum (von März 2013 bis Jänner 2014) die Voraussetzung insofern erfüllt, dass die Bf in diesem Zeitraum keine Sozialhilfeleistungen in Anspruch genommen hat und der Krankenversicherungsschutz (Mutter-Kind Pass) in diesem Zeitraum gegeben war.

In der Rs Alopka. Rz 27, führt der EuGH aus in diesem Zusammenhang aus, dass die in einer Art 7 Abs 1 Buchst b der RL 2004/38 entsprechenden Bestimmung „über die erforderlichen Mittel verfügen“ dahin auszulegen ist, dass es ausreicht, wenn dem Unionsbürger diese Mittel zur Verfügung stehen, ohne dass diese Bestimmung Anforderungen in Bezug auf die Herkunft der Mittel enthält, sodass sie auch von einem Drittstaatsangehörigen, der Elternteil der betroffenen Unionsbürger im Kleinkindalter ist, stammen können.

Das Aufenthalts- und Niederlassungsrecht ergibt sich im ggstdl Beschwerdefall nicht aus einer nationalen gesetzlichen Berechtigung, sondern kraft unmittelbar anzuwendenden Gemeinschaftsrechts. Dieses bereits nach Gemeinschaftsrecht bestehende Aufenthalts- und Niederlassungsrecht ist durch besondere Dokumente nachzuweisen, denen aber lediglich deklaratorische Wirkung zukommt und die die Existenz des bestehenden subjektiven Rechts an sich nicht betreffen (vgl BFG 20.01.2015, RV/7101450/2013).

Im Hinblick darauf, dass die Bf ihrem Sohn tatsächlich Unterhalt gewährt und als Familienangehörige eines nach der Freizügigkeitsrichtlinie berechtigten Unions- und Staatsbürgers mit der Begründung eines ständigen Wohnsitzes in Österreich nach Gemeinschaftsrecht ein Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht erworben hat, hält sich die Bf rechtmäßig in Österreich auf.

Zu bedenken ist auch, dass der mj. Sohn des Bf, würde seine Mutter, die für ihn sorgt und ihm Unterhalt gewährt, ausgewiesen, de facto gezwungen wäre, das Bundesgebiet zu verlassen, sodass der im Verfassungsrang stehende Schutz vor Ausweisung eines österreichischen Staatsbürgers dadurch umgangen würde.

Die Voraussetzungen des § 3 Abs 1 FLAG 1967 sind somit erfüllt.

Die Bf hat Anspruch auf Zuerkennung von Familienbeihilfe ab August 2013 für ihren Sohn E. R..

Festgestellt wird, dass vorliegendes Erkenntnis über den Zeitraum März 2013 bis Jänner 2014 (Datum des Erstbescheides) abspricht. Dieser Zeitraum ist Sache des Beschwerdeverfahrens. Änderungen rechtlicher und tatsächlicher Verhältnisse in nachfolgenden Zeiträumen sind von der Abgabenbehörde erster Instanz zu beurteilen. Ob etwa der Erhalt der Grundversorgung durch die Bf eine wesentliche Änderung tatsächlicher Verhältnisse bedeutet, obliegt der Prüfung durch das FA.

Zulässigkeit einer Revision:

Die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist zulässig, weil die Rechtsfrage, ob das unmittelbar aus dem Gemeinschaftsrecht abgeleitete Recht auf Aufenthalt und Arbeitserlaubnis einer einem Drittstaat angehörenden Person in dem Mitgliedstaat des Wohnsitzes ihres minderjährigen Kindes, das Staatsbürger dieses Mitgliedstaats und Berechtigter iSd Freizügigkeitsrichtlinie ist und dem sie Unterhalt gewährt, einen Anspruch auf Familienbeihilfe begründet, vom Verwaltungsgerichtshof bisher noch nicht entschieden wurde und daher eine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung vorliegt.

Es war spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 11. August 2015