

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Mag.^a CP über die Beschwerde der Bf., Adresse, vertreten durch Rechtsanwalt , vom 19.08.2013 gegen den Bescheid des Finanzamtes xy vom 19.07.2013 betreffend Abweisung des Antrages auf Familienbeihilfe für das Kind M., geb. 2008, für die Zeiträume September 2008 bis Jänner 2011 und April 2012 bis Juli 2012 zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird gemäß § 279 BAO teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid bleibt hinsichtlich des Zeitraumes September 2008 bis Jänner 2011 unverändert. Die Beschwerde war hinsichtlich dieses Zeitraumes abzuweisen.

Der angefochtene Bescheid wird hinsichtlich des Zeitraumes April 2012 bis Juli 2012 aufgehoben. Der Beschwerde war hinsichtlich dieses Zeitraumes stattzugeben.

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

Entscheidungsgründe

1. Verfahrensgang:

Die Beschwerdeführerin (Bf.), eine mongolische Staatsangehörige, stellte am 29. Mai 2013 einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe ab 2008 bzw. der Geburt ihres Kindes M. (M., geb. 2008).

Dem Antrag beigelegt war

- eine Bestätigung des Kindesvaters (KV), dem österreichischen Staatsbürger, X, wonach er für seine Tochter einen Unterhalt von € 250,-- monatlich und Kosten für Kindergartenbetreuung, Kleidung, Impfungen usgl. leiste;
- eine Bestätigung der TGKK vom 13. März 2013, wonach das Kind M. beim KV mitversichert ist;
- die Geburtsurkunde und der Staatsbürgerschaftsnachweis des KV;
- die Kopie des Abweisungsbescheides betreffend Familienbeihilfe vom 08.01.2013 für den Zeitraum ab 08/2012;
- die Kopie der stattgebenden Berufungsvorentscheidung vom 25.04.2013 betreffend den Abweisungsbescheid vom 08.01.2013;

- die Mitteilung über den Bezug der Familienbeihilfe vom 25. April 2013 (Bezugszeitraum August 2012 – März 2013);
- Kopien des Mutter-Kind-Passes (Untersuchungsvermerke vom 11.08.2008, 14.7. (ohne Angabe der Jahreszahl), 28.05.2008, 24.10.08, 09.01.2009, 20.04.2009, 27.07.2009, 21.04.2013);
- die Vorderseite der NAG-Karte für das Kind M. (Aufenthaltstitel Familienangehöriger, gültig bis 28.07.2015).

Im Schriftsatz (Faximile) vom 31.05.2013 "Antrag auf Zuerkennung der Familienbeihilfe", führt die Bf. durch ihren Vertreter aus, dass ihr aufgrund der Berufung vom 28.01.2013 die Familienbeihilfe für den Zeitraum August 2012 bis März 2013 gewährt worden sei. Über Zeiträume vor August 2012 sei wohl mangels Antrages nicht abgesprochen worden. Die Einschränkung der Familienbeihilfe mit März 2013 sei unverständlich.

Ihr Kind besitze nach § 23 Abs. 4 NAG als uneheliches Kind eines Österreichers einen Rechtsanspruch auf Niederlassung. Nunmehr sei das Kind rückwirkend mit der Geburt als Österreichische Staatsbürgerin anzusehen oder iS der Gleichbehandlungspflicht zumindest als solche zu behandeln. Sie verweise auf EGMR 53124/09 vom 11.10.2011, Genovese gg. Malta, wonach der bisher im österr. Staatsangehörigkeitsrecht bestehende Unterschied zwischen ehelichen und unehelichen Kindern österreichischer Staatsangehöriger gleichheitswidrig sei und auch dem Recht auf Achtung des Familienlebens widerspreche.

Die Familienbeihilfe sei eine Transferleistung, die es Eltern erleichtern solle, den Unterhaltsleistungen für ihre Kinder nachzukommen, sie diene daher direkt dem Kindeswohl.

Im Sinne Art 1 B-VG Kinderrechte habe jedes Kind Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge, die für sein Wohlergehen notwendig sei, auf bestmögliche Entwicklung und Entfaltung sowie auf die Wahrung seiner Interessen auch unter dem Gesichtspunkt der Generationengerechtigkeit. Bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher und privater Einrichtungen müsse das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein, würde es nicht dem Kindeswohl entsprechen bzw. wäre das Familienlastenausgleichsgesetz verfassungswidrig vollzogen, wenn gleich zu behandelnde Kinder österreichischer Staatsbürger durch das Abstellen auf die Art der Aufenthaltsberechtigung ungleich behandelt würden, nämlich dann wenn dem Kind mit österreichischen Staatsbürgerschaftsnachweis zur Erleichterung des Unterhaltes die Familienbeihilfe zugesprochen würde, aber dem Kind des Österreichers mit Niederlassungsanspruch nicht.

Das Aufenthaltsrecht des Kindes schlage ohnehin direkt auf die Mutter durch. Sei das Kind gleich dem österreichischen Staatsbürger zu behandeln, dann sei der Aufenthalt der Mutter im Hinblick auf das Urteil des EuGH iS Zambrano (RS C-34/09 v. 8.3.2011) rechtmäßig. Würde der Aufenthalt der Mutter als nicht rechtmäßig iS § 3 Abs. 1 FLAG gewertet werden, hätten minderjährige Unionsbürger nämlich zu wenig Unterhalt oder müssten mit den Eltern das Unionsgebiet verlassen, wären also daran gehindert den

Kernbestand ihrer Rechte als Unionsbürger tatsächlich in Anspruch zu nehmen (Rz 44 des U. Zambrano).

Sie stelle daher den Antrag auf Zuerkennung der Familienbeihilfe für ihr Kind ab dem Monat der Geburt im September, jedenfalls aber ab Regularisierung ihres Aufenthaltes unter den Bestimmungen des NAG im März 2010.

Am 4. Juli 2013 langte die Bestätigung über erteilte Aufenthaltstitel der MA 35 des Amts der Wiener Landesregierung beim FA ein.

Die MA 35 – Einwanderung, Staatsbürgerschaft, Standesamt – bestätigt folgende erteilte Aufenthaltstitel für Frau M: A.:

Eingangsdatum	Bewilligungsdauer	Aufenthaltszweck
12.03.2013	bis 28.07.2015	Familienangehöriger
16.03.2012	bis 22.03.2013	Familienangehöriger
01.02.2011	21.03.2011 bis 21.03.2012	Erstbewilligung Familienangehöriger

Die MA 35 – Einwanderung, Staatsbürgerschaft, Standesamt – bestätigt folgende erteilte Aufenthaltstitel.

Für Bf., Staatsangehörigkeit Mongolei:

Eingangsdatum	Bewilligungsdauer	Aufenthaltszweck
16.03.2012	15.11.2012 bis 15.11.2013	Zweckänderung Schüler
01.02.2011	21.03.2011 bis 21.03.2012	Studierender

Das Finanzamt (FA) wies den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe vom 29.5.2013 für das Kind M. für den Zeitraum September 2008 – Jänner 2011 und April 2012 bis Juli 2012 am 19. Juli 2013 ab. Begründend wurde auf § 3 Abs. 1 FLAG 1967 verwiesen und dass für Kinder, die nicht österreichische StaatsbürgerInnen seien, nach § 3 Abs. 2 FLAG 1967 nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe bestehe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Mit Faksimile vom 17.12.2013 übermittelte die Bf. den Bescheid über die Verleihung der Staatsbürgerschaft an M. mit 16. Dezember 2013, den Staatsbürgerschaftsnachweis sowie einen Auszug aus dem Melderegister dem FA zur Kenntnisnahme.

In einer Stellungnahme vom 05.02.2014 wies der Vertreter der Bf. auf die Verleihung der österreichischen Staatsbürgerschaft mit 16.12.2013 an M. hin. Wegen des Ablaufes des Aufenthaltstitels habe sie für sich am 06.09.2013 bei der MA 35 einen Verlängerungsantrag gestellt. Dieser befindet sich im Berufungsverfahren. Nach § 24 Abs. 1 NAG sei der Antragsteller, unbeschadet der Bestimmungen nach dem FPG bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Antrag weiterhin rechtmäßig im Bundesgebiet aufhältig. Der rechtmäßige Aufenthalt gelte auch für ihr Kind für 6 Monate. Somit erfülle sie die Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe.

Beiliegend wurde eine Kopie des Reisepasses der Tochter M., eine mit 04.03.2012 datierte Bestätigung über den seit September 2011 erfolgten regelmäßigen Besuch des Kindergartens und eine Bestätigung der Caritas Wien-Asylzentrum (Servicestelle Grundversorgung) über GVS-Leistungsbezug vom 05.12.2013 übermittelt. Letzterer ist zu entnehmen, dass Frau Bf. ursprünglich am 07.01.2008 ihren Asylantrag gestellt hat und bis 19.05.2010 in der Grundversorgung Kärnten untergebracht war. Sie habe während als auch nach diesem Datum keine Leistungen aus der Grundversorgung Wien erhalten.

Mit Zurückweisungsbescheid vom 2. Februar 2015 wies das "Bundesministerium für Finanzen", Adresse, adressiert an den Rechtsanwalt der Bf., c/o Bf., W die Eingabe vom 24. Februar 2014 betreffend Familienbeihilfe für das Kind M. für die Zeit von Jänner 2008 bis Dezember 2010 zurück.

Begründend wurde darauf verwiesen, dass die Familienbeihilfe nach § 10 Abs. 3 FLAG 1967 höchstens für fünf Jahre rückwirkend vom Beginn des Monats der Antragstellung gewährt werden könne. Der Zeitraum Jänner 2008 bis Jänner 2009 musste daher zurückgewiesen werden.

Für den Zeitraum Februar 2009 bis Dezember 2010 erfolgte die Zurückweisung, weil ein in Rechtskraft erwachsener Abweisungsbescheid vom 19. Juli 2013 vorliege.

Mit Faksimile vom 2. März 2015 erhab die Bf. durch ihren Vertreter gegen den Zurückweisungsbescheid vom 02.02.2015 Beschwerde an das Bundesfinanzgericht. Im Einzelnen fühle sie sich in ihren Recht auf inhaltliche Entscheidung über die im Bescheid angeführten Zeiträume verletzt.

Unter Sachverhalt und Beschwerdegründe führte sie aus:

"Ich bin ursprünglich als Asylwerberin aus der Mongolei nach Österreich gekommen, im September 2008 kam meine Tochter M. zur Welt, ihr Vater, Herr X, ist österreichischer Staatsbürger, er wohnt nicht mit uns im gemeinsamen Haushalt.

Nach der Aktenlage des Vertreters wurde mir erstmals am 08.04.2011 von der MA 35 ein Aufenthaltstitel als Studierende erteilt, nach rechtzeitig gestelltem Verlängerungsantrag erhielt ich einen weiteren Aufenthaltstitel als Schüler, dieser gültig gewesen bis 15.11.2013, der am 06.09.2013 gestellte Verlängerungsantrag wurde nicht weiter bewilligt. Ich erhielt aber vom Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl einen humanitären Aufenthaltstitel nach § 55 Abs. 1 AsylG. Die Tochter M. war als mdj. Kind eines Österreichers bereits mit Geburt nach § 23 Abs. 4 NAG aufenthaltsberechtigt, am 16.12.2013 wurde ihr nach § 12 Abs. 2 StbG die österreichische Staatsbürgerschaft verliehen. Am 11.12.2013 kam das Kind E zur Welt und erhielt dieser mit mir einen humanitären Aufenthaltstitel nach § 55 Abs. 1 AsylG. Der Familienbeihilfenbezug des Kindes E ab Geburt im Monat Dezember 2013 ist nicht strittig.

Ein am 27.08.2012 gestellter Antrag auf Zuerkennung der Familienbeihilfe für die Tochter M. wurde mit Bescheid des FA A vom 08.01.2013 "ab August 2012" abgewiesen mit der Begründung "Sie besitzen einen Aufenthaltstitel als Schülerin". Nach Erhebung der Berufung am 28.01.2013 behob das Finanzamt den Bescheid vom 08.01.2013 mit

Berufungs(vor)entscheidung vom 15.04.2013 und erkannte Familienbeihilfe von August 2012 bis März 2013 zu.

Mit Antrag vom 31.05.2013 begehrte ich die weitere Zuerkennung der Familienbeihilfe und auch die Zuerkennung ab September 2008. Aufgrund dieses Antrages erkannte das Finanzamt mit Mitteilung vom 19.07.2013 Familienbeihilfe von Februar 2011 bis März 2012 und von August 2012 bis November 2013 zu. Mit Abweisungsbescheid vom 19.07.2013 wurde der Anspruch für die Zeiten September 2008 bis Jänner 2011 und April 2012 bis Juli 2012 abgewiesen. Am 19.08.2013 erhob ich Berufung, in der ich für den abgewiesenen Zeitraum April – Juli 2012 ausführte es habe M. eine gültige Niederlassungsbewilligung besessen. Über diese – hier beiliegende – Berufung wurde noch nicht entschieden. In weiterer Folge erkannte das FA mit Mitteilung vom 02.02.2015 Familienbeihilfe für den Zeitraum Dezember 2013 bis Dezember 2015 zu.

Offen sind daher die Monate September 2008 bis Jänner 2011, sowie April 2012 bis Juli 2012, welche nicht nur vom Antrag vom 31.05.2013, sondern auch von der bislang unerledigten Berufung vom 19.08.2013 umfasst waren. Für diese Zeiträume hätte der Antrag nicht wegen Vorliegens eines in Rechtskraft erwachsenen Abweisungsbescheides und auch nicht aufgrund der Fünfjahresfrist des § 10 Abs. 3 FLAG zurückgewiesen werden dürfen.

Ich stelle daher an das Bundesfinanzgericht den Antrag den zurückweisenden Bescheid vom 02.02.2015 ersatzlos zu beheben und dazu eine mündliche Beschwerdeverhandlung anzuberaumen."

Beigelegt wurde

- eine Kopie des Abweisungsbescheides vom 19. Juli 2013 betreffend den Antrag vom 29.05.2013 für den Zeitraum September 2008 bis Jänner 2011 und April 2012 bis Juli 2012;
- eine Kopie des Deckblattes der ursprünglich mit 19. August 2013 eingebrachten Berufung an das FA 9/18/19 Klosterneuburg, Berufungswerberin Bf..

Ebenfalls mit Faksimile vom 02. März 2015 übermittelte die Bf. den bereits mit 19. August 2013 gegen den Bescheid vom 19. Juli 2013 eingebrachten Berufungsschriftsatz.

Darin heißt es:

„Mit Bescheid vom 19.07.2013 hat das Finanzamt meinen Antrag auf Zuerkennung von Familienbeihilfe für das Kind M., geb. 2008, für den Zeitraum September 2008 bis Jänner 2011 und April 2012 bis Juli 2012 abgewiesen, dies mit der Begründung Kinder nicht österreichischer Staatsbürger hätten nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8,9 NAG rechtmäßig in Österreich aufhalten. Gegen diesen Bescheid erhebe ich in offener Frist Berufung, womit ich die Zuerkennung der Familienbeihilfe für o.a. Zeiträume begehre.“

Begründung:

1. Das Kind M. hat als nicht eheliche Tochter eines österreichischen Staatsbürgers nunmehr Anspruch auf die Verleihung der Staatsbürgerschaft nach § 12 Abs. 2 StbG,..., ein Antrag wurde bei der Wiener Staatsbürgerschaftsbehörde gestellt. Es ist aber davon auszugehen, dass M. kraft ihrer Abstammung bereits ab Geburt gleich einer

österreichischen Staatsbürgerin zu behandeln war. Zu verweisen ist hier auf EGMR 53124/09 v. 11.10.2011, Genovese gg. Malta, wonach der staatsbürgerschaftsrechtliche Unterschied zwischen ehelichen und unehelichen Kindern gleichheitswidrig ist und auch dem Recht auf Achtung des Familienlebens widerspricht.

Nun ist die Familienbeihilfe eine Transferleistung, die es Eltern erleichtern soll den Unterhaltsleistungen für ihre Kinder nachzukommen und dient daher direkt dem Kindeswohl, welches nach Art. 24 Abs. 2 GRC bzw. auch Art. 1 B-VG Kinderrechte unbedingt zu beachten ist, sodass bei der Beurteilung der Bezugsberechtigung von Familienbeihilfe verfassungskonform ausschließlich auf den aufenthaltsrechtlichen Status des Kindes abzustellen ist.

Es ist M. nun weder die späte Anerkennung durch den Vater (03.05.2010) schuldhaft zuzurechnen, noch hat sie es zu verantworten, dass sie mit ihrer ausländischen Mutter und nicht mit dem österreichischen Vater im gemeinsamen Haushalt lebt. Ihr Kindeswohl ist aber gefährdet, wenn der sie hauptsächlich versorgenden Mutter Familienbeihilfe nicht ausgezahlt wird.

Das FA hätte daher die FB ab Geburt zuerkennen müssen, so wie diese auch einer österreichischen Mutter mit österreichischem Kind mit dem Geburtsmonat zuerkannt worden wäre.

2. Es gibt auch keinen Grund anzunehmen, dass ich mich oder dass sich M. im Zeitraum April 2012 bis Juli 2012 nicht rechtmäßig in Österreich aufgehalten hätte. Die damalige Niederlassungsbewilligung von M. war vom 22.03.2012 – 22.3.2013 gültig, ich selbst stand wohl im Verlängerungsverfahren .

Aktenkundig ist ein Ersuchen um Auskunftserteilung der WGKK vom 23.09.2015 an das FA, wonach um Bekanntgabe der rechtlichen Voraussetzungen für die Gewährung der FB für den Zeitraum 10.12.2014 bis 09.12.2015 für das Kind E gebeten wurde, habe doch die Mutter laut der Auskunft der MA 35 für den Zeitraum 11.12.2013 bis 09.12.2014 über keinen Aufenthaltstitel verfügt.

Mit Beschwerdevorentscheidung vom 09.12.2015 wurde einerseits die Beschwerde vom 19.08.2013 abgewiesen und andererseits der Zurückweisungsbescheid vom 30.01.2015 aufgehoben. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass die Bf. als mongolische Staatsbürgerin im Mai 2013 die Familienbeihilfe für die Tochter M. ab Geburt beantragt habe. Laut der vorgelegten Bestätigung der Caritas vom 5.12.2013 befand sich die Bf. im Zeitraum von 01/2008 bis 05/2010 in der Grundversorgung des Landes Kärnten und danach laut eigenen Angaben anl. der persönlichen Vorsprache im FA 03 am 26.11.2015 mindestens für sechs Monate nicht in Österreich.

Das FA verwies idF auf die §§ 2 Abs. 1 FLAG 1967 sowie 3 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 und Abs. 4 des FLAG 1967 und ergänzte, dass Tätigkeiten, die sich als völlig unwesentlich darstellten, außer Betracht zu bleiben hätten. Ein gültiger Asylbescheid und der Nachweis einer Beschäftigung konnte für den Zeitraum der Beschwerde nicht vorgelegt werden. Zudem habe sich die Bf. und die Tochter von Juni 2010 bis Dezember 2012 nicht in Österreich aufgehalten.

Mit Vorlageantrag, eingelangt am 14.01.2016, beantragte die Bf. die Vorlage der Beschwerde an das Bundesfinanzgericht.

Im Einzelnen führte sie durch ihren Vertreter aus:

„Mit Beschwerdevorentscheidung vom 09.12.2015, zugestellt am 18.12.2015, weist das Finanzamt meine Beschwerde (früher: Berufung) vom 19.08.2013 als unbegründet ab. Mit Bescheid vom 19.07.2013 hat das Finanzamt meinen Antrag auf Zuerkennung von Familienbeihilfe für das Kind M. A., geb. 2008, für den Zeitraum September 2008 bis Jänner 2011 und April 2012 bis Juli 2012 abgewiesen; dies mit der Begründung Kinder nicht österreichischer Staatsbürgerschaft hätten nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8, 9 NAG rechtmäßig in Österreich aufhalten.“

In meiner Berufung vom 19.08.2013 (nunmehr: Beschwerde) brachte ich u.a. vor, dass M. als Tochter eines Österreichers gemäß § 23 Abs. 4 NAG rechtmäßig in Österreich aufhältig war, jedenfalls eine Ungleichbehandlung zu Kindern verheirateter österreichischer Väter entsprechend EGMR Genovese gg Malta gleichheitswidrig sei und auch dem Recht auf Achtung des Familienlebens widerspreche.

Nunmehr weist das FA mit Beschwerdevorentscheidung die Beschwerde ab und begründet ich sei mindestens 6 Monate lang – „von Juni 2010 bis Dezember 2012“ - nicht in Österreich gewesen, mir (und dem Kind) sei nicht Asyl zuerkannt worden, Anspruch auf Familienbeihilfe bestehe grundsätzlich nur für die Dauer einer Beschäftigung, unwesentliche Tätigkeiten bleiben dabei außer Betracht.

...

Zu den Ausführungen in der Beschwerdevorentscheidung ist festzustellen, dass ich mich vom Juni 2010 bis 27.11.2010 im Ausland aufhielt, siehe beiliegend Seite aus meinem Reisepass mit dem in Peking ausgestellten Visa D vom 24.11.2010 und den Einreisestempel aus Wien-Schwechat am 27.11.2010.

Offen sind die Perioden September 2008 bis Jänner 2011 und April 2012 bis Juli 2012. Mein Aufenthalt in Österreich ist aus dem Akt des Vertreters wie nachstehend ersichtlich: Ich bin im Jahr 2007 als Au-Pair Mädchen nach Österreich gekommen. Am 07.01.2008 stellte ich den Asylantrag. Dieser wurde aufgrund meiner Rückreise in die Mongolei am 05.06.2010 eingestellt. Ab Asylverfahrenszulassung am 04.03.2008 hielt ich mich aufgrund des gestellten Asylantrages rechtmäßig in Österreich auf. Bereits im Jahre 2009 hatte ich ein Studium begonnen. Später besuchte ich eine Schule für Sozialberufe. Am 20.08.2010 stellte ich vor der ÖB Peking einen Antrag auf Erteilung eines Studentenaufenthaltstitels. Dieser wurde bewilligt, am 24.11.2010 erhielt ich das Visum D zur Einreise und infolge Aufenthaltstitel als Studentin bzw. infolge als Schülerin, die dazu letzte NAG Karte endete am 15.11.2013. Mangels Abschluss – die Beziehung zu meinem damaligen Lebensgefährten zerbrach, ich musste ins Frauenhaus – schaffte ich die Schule nicht. Der vor Ablauf der NAG-Karte am 06.09.2013 gestellte Verlängerungsantrag wurde mit Beschwerdeerkenntnis des Verwaltungsgerichtes Wien vom 07.07.2014 abgewiesen. Bis 07.07.2014 war ich sohin im Verlängerungsverfahren und zum Aufenthalt in Österreich nach § 24 Abs. 1 NAG berechtigt ("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"). Aufgrund der dem Kind M. am 16.12.2013 verliehenen österreichischen Staatsbürgerschaft hielt ich mich ab diesem Tag ohnehin rechtmäßig in Österreich auf (siehe BFG 20.1.2015, RV/7101450/2013).

Zur Periode September 2008 bis Jänner 2011.

Ich war formal Asylwerberin, das Kind M. war als Kind eines Österreicher aber nach § 23 Abs. 4 NAG ab Geburt rechtmäßig niedergelassen. Die Staatsbürgerschaft wurde ihr zwar – nach einer Änderung in diesem Jahre – erst im Dezember 2013 verliehen, dennoch ist sie iS EGMR Genovese gg. Malta ab Geburt zur Österreicherin gleich zu behandeln. Die Familienbeihilfe dient dem Kindesunterhalt und wäre es grob gleichheitswidrig einem Kind eines mit der ausländischen Mutter verheirateten Österreicher die Familienbeihilfe zu gewähren, einem unehelichen Kind aber nicht. Aus diesem Grunde ist mir für M. von September 2008 bis Jänner 2011 Familienbeihilfe zu gewähren.

Zur Periode April 2012 bis Juli 2012:

Sowohl ich mich selbst, als auch das Kind hielten sich in diesem Zeitraum rechtmäßig gemäß § 8 NAG in Österreich auf. Für M. gilt überdies auch hier, dass sie gleich einer Österreicherin zu behandeln ist."

Beilage: Kopie des Reisepasses der Bf.

Am 3. März 2016 wurden Kopien der NAG-Karte "Rot-Weiss–Rot-Plus" mit Gültigkeitsdauer bis 18.02.2017 übermittelt.

Über Anforderung des Bundesfinanzgerichtes übermittelte der Vertreter der Bf. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes Wien vom 07.07.2014, VGW-151/080/10896/2014-9. Das Bundesverwaltungsgericht übermittelte nach Anforderung durch das Bundesfinanzgericht das abweisende Erkenntnis vom 12.05.2016 betreffend den Antrag auf Ausstellung eines Behindertenpasses für die Bf.

Das Bundesfinanzgericht erhab im Auskunftsersuchen vom 11. Juli 2016 bei der MA 35 des Amtes der Wiener Landesregierung die u.a. Aufenthaltstitel.

Die MA 35 bestätigte im Schreiben vom 05.08.2016 folgende an Bf. erteilte Aufenthaltstitel:

Eingangsdatum	Bewilligungsdauer	Reisepassnummer	Aufenthaltszweck
05.11.2015	10.12.2015 bis 10.12.2016	E0805777	Erstbewilligung quotenfrei Rot-Weiß-Rot-Karte plus (§ 41a/9) Umstieg BFA
06.09.2013	mit Bescheid vom 30.10.2013 abgewiesen – rechtskräftig		Aufenthaltsbewilligung Schüler
16.02.2012	15.11.2012 bis 15.11.2013	E0805777	Zweckänderung Aufenthaltsbewilligung Schüler

01.02.2011	21.03.2011 bis 21.03.2012	E0805777	Quotenfreie Erst-Aufenthaltsbewilligung Studierender
------------	---------------------------	----------	---

10.12.2014 bis 09.12.2015 Aufenthaltsberechtigung plus

Zum Antrag vom 01.02.2011 wird mitgeteilt, dass die Antragstellung am 20. August 2010 bei der ÖB Peking erfolgte und am 31. August 2010 beim Amt der NÖ Landesregierung eingelangt ist. Aufgrund des Wohnsitzwechsels wurde der Antrag zuständigkeitsshalber abgetreten.

Antrag vom 16.02.2012 gilt gemäß § 24 Abs. 2 NAG, dass die Antragstellerin nach rechtzeitiger Stellung des Verlängerungsantrages bis zur rechtskräftigen Entscheidung weiterhin rechtmäßig im Bundesgebiet aufhältig ist.

Für M: A. bestätigte die MA 35 folgende Aufenthaltstitel:

Eingangsdatum	Bewilligungsdauer	Reisepassnummer	Aufenthaltszweck
12.03.2013	23.03.2013 – 28.07.2015	E0831070	Familienangehöriger
16.03.2012	22.03.2012 bis 22.03.2013	E0831070	Familienangehöriger
01.02.2011	21.03.2011 – 21.03.2012	E0831070	Erstbewilligung Familienangehöriger

Zum Antrag vom 01.02.2011 wird mitgeteilt, dass die Antragstellung am 20. August 2010 bei der ÖB Peking erfolgte und am 31. August 2010 beim Amt der NÖ Landesregierung eingelangt ist. Aufgrund des Wohnsitzwechsels wurde der Antrag zuständigkeitsshalber abgetreten.

Über Ersuchen des Bundesfinanzgerichtes teilte der Kindesvater von M., X, im E-Mail vom 19.11.2016 mit, dass er für seine Tochter M. von April 2009 bis Juni 2011 € 200,00 (monatlich) geleistet habe. Seit Juli 2011 (bis jetzt) leiste er € 250,00 (monatlich).

2. Als erwiesen angenommener Sachverhalt:

Nach Durchführung des Beweisverfahrens wird vom Bundesfinanzgericht aufgrund der Verwaltungsakten, der Auskünfte beim Amt der Wiener Landesregierung, MA 35, des Kindesvaters X, des Verwaltungsgerichts Wien (Urteil vom 07.07.2014, VGW-v, den Datenbanken der Finanzverwaltung, dem BG St. Veit an der Glan (c), den Zentralen Melderegister, folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt als erwiesen angenommen:

- Die Bf., mongolische Staatsbürgerin, kam als Au-Pair Mädchen nach Österreich.
- Am 7. Jänner 2008 stellte sie einen Asylantrag, die Verfahrenszulassung erfolgte am 4.3.2008.
- Von 07.01.2008 - 19.05.2010 bezog die Bf. Leistungen aus der Grundversorgung in Kärnten.
- 2008: Geburt des Kindes M.; Kindesvater ist der Österreicher X.
- Das Kind M. ist mongolische Staatsbürgerin.

- Unterhaltszahlungen des KV von April 2009 bis Juni 2011 € 200,00 (monatlich) und seit Juli 2011 € 250,00 (monatlich).
- Anerkennung der Vaterschaft durch X im Mai 2010.
- Die Bf. und das Kind kehren im Juni 2010 in die Mongolei/China zurück.
- 20.08.2010: Die Bf. stellt bei der österreichischen Vertretungsbehörde in Peking den Erstantrag auf Erteilung eines Studentenaufenthaltes in Österreich.
- 24.11.2010: Bewilligung und Erhalt des Visum D zur Einreise und Aufenthaltstitel als Studentin bzw. Schülerin.
- 27.11.2010: Einreise der Bf. und des Kindes nach Österreich.
- 01.02.2011: Eingang des Antrages auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung für den Zweck Studierende – Erteilung des Aufenthaltstitels Studierende von 21.03.2011 bis 21.03.2012.
- Gewährung der Familienbeihilfe von 02/2011 bis 03/2012.
- 16.02.2012: Eingang des (Verlängerungs-)Antrages auf Erteilung der Aufenthaltsbewilligung Schüler; Erteilung des Aufenthaltstitels („Zweckänderung Aufenthaltsbewilligung Schüler“) von 15.11.2012 bis 15.11.2013.
- 06.09.2013: Eingang des Verlängerungsantrages auf Erteilung der Aufenthaltsbewilligung Schüler – rechtskräftige Abweisung mit Bescheid vom 30.10.2013.
- 16.12.2013: Verleihung der österreichischen Staatsbürgerschaft an das Kind M. mit Wirkung vom 16. Dezember 2013.
- Mai 2013: Antrag auf Gewährung der FB ab September 2008 für das Kind M.
- Das Kind M. ist beim KV bei der TGKK mitversichert.
- Nach den Kopien des Mutter-Kind-Passes erfolgten Untersuchungen von Mutter und Kind im Jahr 2008, 2009, 2013
- Das Kind M. besucht seit September 2011 einen Kindergarten.

Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

3) Gesetzliche Grundlagen:

§ 2 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG 1967) lautet:

Anspruch auf Familienbeihilfe haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben,

a) für minderjährige Kinder,

...

Nach Abs. 2 hat die Person Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind, 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.

§ 2 Abs. 8 FLAG 1967 lautet in der ab 2006 (§ 55 FLAG 1967) gültigen Fassung (BGBI. I Nr. 100/2005): "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."

§ 3 FLAG 1967 in der für den Streitzeitraum geltenden Fassung lautet:

"(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, rechtmäßig in Österreich aufhalten.

(2) Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes 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 unselbstständig oder selbstständig 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."

Die Erläuterungen zur Regierungsvorlage (952 der Beilagen XXII. GP) führen dazu aus:
Zu Art. 12 (Änderung des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967): Zu Z 1 (§ 2 Abs. 8): Eine Regelung bezüglich eines Doppelwohnsitzes im In- und Ausland erscheint nunmehr obsolet. Im Gegenzug wird das Erfordernis des Mittelpunkts der Lebensinteressen im Bundesgebiet generell für alle Anspruchsberechtigten normiert, um den entsprechenden Nahebezug zu Österreich sicher zu stellen.

Zu Z 2 (§ 3 Abs. 1 bis 3 neu):

(1) Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, einschließlich Staatenloser, haben nunmehr dann Anspruch auf die Familienbeihilfe, wenn sie zur Niederlassung in Österreich berechtigt sind (§§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes).

(2) Ein Anspruch nicht österreichischer Staatsbürger für nicht österreichische Kinder soll zudem nur dann bestehen, wenn auch diese zur Niederlassung in Österreich berechtigt sind (§§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes).

(3) Die Gleichstellung mit Österreichern für Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz gewährt wurde, bleibt unverändert, wobei es in Bezug auf deren Kinder für einen Familienbeihilfenanspruch ausreicht, wenn sich die Kinder ebenfalls auf Grund von Asylgewährung rechtmäßig in Österreich aufhalten.

§§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG) lauten:

"§ 8. (1) Aufenthaltstitel werden erteilt als:

1. "Niederlassungsbewilligung" für eine nicht bloß vorübergehende befristete Niederlassung im Bundesgebiet zu einem bestimmten Zweck (Abs. 2) mit der Möglichkeit, anschließend einen Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt - EG" (Z 3) zu erlangen;
2. Aufenthaltstitel "Familienangehöriger" für die befristete Niederlassung mit der Möglichkeit, anschließend einen Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt - Familienangehöriger" (Z 4) zu erhalten;
3. Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt - EG" für die Dokumentation des unbefristeten Niederlassungsrechts, unbeschadet der Gültigkeitsdauer des Dokuments;
4. Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt - Familienangehöriger" für die Dokumentation des unbefristeten Niederlassungsrechts, unbeschadet der Gültigkeitsdauer des Dokuments;
5. „Aufenthaltsbewilligung“ für einen vorübergehenden befristeten Aufenthalt im Bundesgebiet zu einem bestimmten Zweck (§§ 58 bis 69 und § 72) mit der Möglichkeit, anschließend eine Niederlassungsbewilligung zu erlangen, sofern dies in diesem Bundesgesetz vorgesehen ist.

(2) Niederlassungsbewilligungen gemäß Abs. 1 Z 1 werden erteilt als:

1. "Niederlassungsbewilligung - Schlüsselkraft", die zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, für die eine schriftliche Mitteilung oder ein Gutachten nach §§ 12 Abs. 4 oder 24 AusIBG erstellt wurde, berechtigt;
2. "Niederlassungsbewilligung - ausgenommen Erwerbstätigkeit", die zur befristeten Niederlassung ohne Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt;
3. "Niederlassungsbewilligung - unbeschränkt", die zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit und einer unselbständigen Erwerbstätigkeit gemäß § 17 AusIBG berechtigt;
4. "Niederlassungsbewilligung - beschränkt", die zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer selbständigen und einer unselbständigen Erwerbstätigkeit, für die eine entsprechende Berechtigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz gilt, berechtigt;
5. "Niederlassungsbewilligung - Angehöriger", die zur befristeten Niederlassung ohne Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt; die Ausübung einer Erwerbstätigkeit ist nur auf Grund einer nachträglichen quotenpflichtigen Zweckänderung erlaubt.

4. Rechtliche Beurteilung:

Unbestritten ist, dass die Bf. im Jänner 2008 nach Österreich einreiste und sich lt. Meldedaten und lt. eigenem Vorbringen als Au-Pair und Asylwerberin im Bundesgebiet aufhielt. Sie stellte am 7. Jänner 2008 den Asylantrag und wurde im März 2008 zum Verfahren zugelassen. Im September 2008 wurde das Kind M., dessen Vater ein österreichischer Staatsbürger ist, geboren. Die Bf. und ihr Kind M. hielten sich bis Mai 2010 in Österreich auf, die Bf. war bis 19. Mai 2010 in der Grundversorgung Kärnten untergebracht. Im Juni 2010 reiste die Bf. mit ihrem Kind zurück in die Mongolei bzw. nach China. Das Asylverfahren wurde aufgrund der Rückreise in die Mongolei am 5. Juni 2010 eingestellt. Von Peking aus stellte sie am 20. August 2010 den Erstantrag auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung für den Zweck Studierende. Am 24.11.2010 erhielt sie das Visum D zur Einreise; am 27.11.2010 reiste sie mit dem Kind M. nach Österreich ein. Am 1. Februar 2011 ging der Antrag der Bf. auf Erteilung der Aufenthaltsbewilligung Studierende bei der MA 35 ein. Es wurde ihr für die Zeit von 21.03.2011 bis 21.03.2012 der Aufenthalt unter dem Titel „quotenfreie Erst-Aufenthaltsbewilligung Studierender“ erteilt. Dem Kind M. wurde der Aufenthalt „Erstbewilligung Familienangehöriger“ ebenfalls für die Dauer von 21.03.2011 bis 21.03.2012 bewilligt. Für diesen Zeitraum bezog die Bf. Familienbeihilfe. Am 16.02.2012 ging der Antrag auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung der Bf. bei der MA 35 ein. Unter dem Titel Zweckänderung Aufenthaltsbewilligung Schüler wurde der Bf. der Aufenthalt mit Bewilligungsduer von 15.11.2012 bis 15.11.2013 erteilt. Am 16.12.2013 wurde dem Kind M. mit Wirkung vom 16.12.2013 die österreichische Staatsbürgerschaft verliehen.

Vorauszuschicken ist, dass für die Gewährung der Familienbeihilfe sowohl die anspruchsberechtigte Person als auch die anspruchsvermittelnde Person die Voraussetzungen zum Bezug von Familienbeihilfe erfüllen müssen.

• Zeitraum 09/2008 bis 05/2010:

Die Caritas, Fonds Soziales Wien, bestätigte in der Mitteilung vom 5. Dezember 2013, dass die Bf. am 7. Jänner 2008 einen Asylantrag gestellt hat und sie bis 19. Mai 2010 in der Grundversorgung Kärnten untergebracht war.

Familienleistungen werden unter Vorbehalt von gesetzlichen Einschränkungen gewährt. Eine solche Einschränkung ist die Gewährung der Grundversorgung iS des § 3 Abs. 4 FLAG 1967. Danach haben Personen, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach Asylgesetz zuerkannt wurde, nur Anspruch auf Familienbeihilfe, sofern sie keine Leistungen aus der Grundversorgung erhalten und unselbstständig oder selbstständig erwerbstätig sind.

Nun steht aber dem Anspruch auf Familienbeihilfe der Umstand entgegen, dass die Bf. Leistungen aus der Grundversorgung bezogen hat. Denn der Gesetzestext stellt nur darauf ab, ob Leistungen aus der Grundversorgung bezogen werden. Da dies der Fall war, besteht aus diesem Grunde kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

In diesem Zusammenhang sei auf die ständige Rechtsprechung des VwGH sowie des BFG verwiesen, wonach kein Anspruch auf Familienbeihilfe für subsidiär

Schutzberechtigte, welche Leistungen aus der Grundversorgung beziehen, besteht, weil es sich bei der Familienbeihilfe um keine Kernleistung der Sozialhilfe im Sinne des Artikels 28 Abs. 2 der Statusrichtlinie handelt (VwGH vom 25.9.2013/2013/16/0103, BFG vom 18.04.2013, RV/0616-W/13, vgl. Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29.4.2004 über die Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (Statusrichtlinie) ABIEU Nr. L 304 vom 30. September 2004, 12 ff.).

Zu dem Vorbringen der Bf., dass eine Gleichbehandlungswidrigkeit insoweit vorliege, als dem Kind M., als uneheliches Kind eines österreichischen Staatsbürgers, nach § 23 Abs. 4 NAG ein Rechtsanspruch auf Niederlassung zukomme, es aber - obwohl die Staatsbürgerschaft zwar erst im Dezember 2013 verliehen worden sei - rückwirkend mit Geburt als österreichische Staatsbürgerin anzusehen bzw. iS der Gleichbehandlungspflicht als solche zu behandeln sei, ist Folgendes festzuhalten:

Gesetzlich ist dezidiert festgelegt, dass eine Grundversorgung den Anspruch auf Familienbeihilfe ausschließt. Diesbezügliche Beschwerden wies der VwGH regelmäßig ab (vgl. u.a. Ra 2014/16/0014 vom 25.2.2016 bzw. Beschluss vom 25.09.2013, ZI. 2013/16/0103 – Ablehnung der Behandlung der Beschwerde).

Überdies hat der Verfassungsgerichtshof mit Beschluss vom 16.3.2007, B 1397/06 festgestellt, dass "dem Gesetzgeber bei der Gewährung familienfördernder Maßnahmen ein großer Gestaltungsspielraum zukommt."

Der Gesetzgeber kann den Anspruch auf Familienbeihilfe von einer qualifizierten Nahebeziehung zum Inland abhängig machen. Er kann weiters den Anspruch einer Personengruppe vorenthalten, der eine Aufenthaltsberechtigung nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (BGBl. I 100/2005) nicht zukommt, für die aber grundsätzlich eine staatliche Versorgung (auch für Kinder) im Wege der Grundversorgung vorgesehen ist (Grundversorgungsvereinbarung - Art. 15a B-VG, BGBl. 80/2004)."

Soweit die Beschwerde auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte und das Urteil „The case of Genovese v Malta“ verweist, ist für die Beschwerde ebenfalls nichts zu gewinnen:

Im Urteil Genovese vs Malta wird unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass „Staatsbürgerschaft“ kein "Verfassungsrecht" per se ist. *"The case is important because it confirms, again, that while citizenship is not a Convention right per se there are circumstances under which denial or deprivation of nationality will raise issues under article 8."*

Im Beschwerdefall war das Kind M. von Geburt an mongolische Staatsbürgerin. Erst mit dem Bescheid über die Verleihung der Staatsbürgerschaft mit Wirkung ab 16. Dezember 2013 wurde der Status „Österreichischer Staatsbürger“ erlangt. Dieser Umstand ist getrennt von dem in § 23 Abs. 4 NAG dargelegten Voraussetzungen zu sehen, denn leg. cit. lautet: „*Ist ein Elternteil ein im Bundesgebiet wohnhafter Österreicher, so ist*

dem Kind jedenfalls ein Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ (§ 47 Abs. 2) zu erteilen. Anknüpfungspunkt für den Aufenthaltstitel des Kindes ist der staatsbürgerschaftsrechtliche Status eines Elternteiles als ÖsterreicherIn. Der staatsbürgerschaftsrechtliche Status des Kindes ist demnach nach leg. cit. ohne Belang.

Und auch der Hinweis der Bf. auf Art. 1 B-VG Kinderrechte führt nicht zum erhofften Erfolg: Die Auffassung, die Familienbeihilfe diene direkt dem Kindeswohl, ist nach Ansicht des BFG eine zu enge Interpretation.

In § 1 FLAG 1967 wird eine sehr allgemeine Erklärung abgegeben, wonach die nach diesem Bundesgesetz vorgesehenen Leistungen zur Herbeiführung eines Lastenausgleiches im Interesse der Familie gewährt werden. Ohne Zweifel verursachen Kinder für die Eltern eine finanzielle Mehrbelastung und sollen die aus dem Familienlastenausgleichsfond vorgesehenen Leistungen, wie z.B. die Familienbeihilfe, der Mehrkindzuschlag, die Schulfahrtbeihilfe, die unentgeltlichen Schulbücher, einen Ausgleich schaffen. Dass diese Leistungen direkt dem Kindeswohl dienen, findet im Gesetz keine Deckung. Der Verfassungsgerichtshof hat im Beschluss vom 16. März 2017, B 1397/06 u.a. ausgesprochen, dass die Neufassung des § 3 FLAG 1967 keine verfassungsrechtlichen Bedenken erkennen lässt.

Im Beschwerdefall ergibt sich aus § 3 Abs. 4 FLAG 1967, dass ein Anspruch auf Gewährung der Familienbeihilfe für die Bf. bei Leistungen aus der Grundversorgung ausgeschlossen ist.

• Zeitraum 06/2010 – 11/2010:

Unbestritten ist, dass sich die Bf. mit ihrem Kind M. von Juni 2010 bis 27. November 2011 in der Mongolei aufhielt. Laut Kopie des Reisepasses erhielt sie von 25.11.2010 bis 24.03.2011 von der ÖB Peking das Visum D zur Einreise. Die Einreise nach Österreich selbst erfolgte am 27.11.2010.

§ 2 Abs. 1 FLAG 1967 räumt den Anspruch auf Familienbeihilfe nur Personen ein, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben. § 3 Abs. 1 FLAG 1967 räumt Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur einen Anspruch auf Familienbeihilfe ein, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthalts gesetzes oder nach § 54 des Asylgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Da die Bf. und ihr Kind M. sich in der Zeit von Juni 2010 bis November 2010 nicht in Österreich aufhielten, bestand für diesen Zeitraum kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

• Zeitraum 12/2010 und 01/2011:

Erwiesenermaßen reiste die Bf. mit ihrem Kind am 27.11.2010 als Inhaberin des Visums D nach Österreich ein. Dieses Visum wird u.a. zur Abholung eines Aufenthaltstitels erteilt (vgl. §§ 20 ff Bundesgesetz über die Ausübung der Fremdenpolizei, die Ausstellung von Dokumenten für Fremde und die Erteilung von Einreisetitel – Fremdenpolizeigesetz 2005 – FPG).

Die Annahme des FA, dass sich die Bf. und ihr Kind in der Zeit von Juni 2012 bis Dezember 2012 nicht in Österreich aufhielten, ist nur insoweit zutreffend, als es die Monate Juni bis November 2012 betraf.

Für das Kind M. besteht für die Monate 12/2010 und 01/2011 jedenfalls ein Aufenthaltstitel nach § 23 Abs. 4 NAG, weil der väterliche Elternteil ein im Bundesgebiet wohnhafter Österreicher ist.

Soweit die Bf. meint, das Aufenthaltsrecht des Kindes schlage auf jenes der Mutter durch bzw. hätten im Fall des nicht rechtmäßigen Aufenthaltes der Mutter nach § 3 Abs. 1 FLAG 1967 minderjährige Unionsbürger zu wenig Unterhalt und müssten sie mit den Eltern das Unionsgebiet verlassen, wären also daran gehindert den Kernbestand ihrer Rechte als Unionsbürger tatsächlich in Anspruch zu nehmen, ist Folgendes anzumerken:

Die Richtlinie 2004/38 EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 bestimmt in Artikel 1 („Gegenstand“) die Bedingungen, unter denen Unionsbürger und ihre Familienangehörigen das Recht auf Freizügigkeit und Aufenthalt innerhalb des Hoheitsgebiets der Mitgliedsstaaten genießen. Nach ihrem Artikel 3 („Berechtigte“) Abs. 1 gilt die Richtlinie 2004/38/EG aber für jeden Unionsbürger, der sich in einen anderen Mitgliedstaat als den, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, begibt oder sich dort aufhält, sowie für seine Familienangehörigen, die ihn begleiten oder ihm nachziehen.

Die Richtlinie definiert die Unionsbürgerschaft folgendermaßen:

Unionsbürger ist nach Artikel 9 EUV und Artikel 20 AEUV, wer die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats der Union besitzt. Diese definiert sich aus der Anwendung der nationalen Rechtsvorschriften dieses Staates. Die Unionsbürgerschaft ergänzt die nationale Staatsbürgerschaft, ersetzt sie aber nicht. Sie besteht aus einer Reihe von Rechten und Pflichten, die zu den Rechten und Pflichten hinzukommen, die sich aus der Staatsbürgerschaft eines Mitgliedstaates ergeben .

Im Beschwerdefall besaß das Kind M. im streitgegenständlichen Zeitraum noch nicht die österreichische Staatsbürgerschaft. Diese wurde erst mit Dezember 2013 verliehen. Aus diesem Grunde ist weder die Richtlinie noch die dazu ergangene Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes im Beschwerdefall anzuwenden.

Ein Aufenthalts- und Niederlassungsrecht für die Bf. ergibt sich daher nicht aus dem unmittelbar anwendbaren Gemeinschaftsrecht.

Für den Zeitraum 12/2010 und 01/2011 lag für die Bf. weder ein Aufenthaltstitel iS NAG noch iS der Richtlinie 2004/38 vor. Ein Anspruch auf Familienbeihilfe bestand daher für diese Zeit nicht.

Die Bf. bezog in der Folge von 01. Februar 2011 (Eingangsdatum des Antrages auf Erteilung der Aufenthaltsbewilligung) bis März 2012 aufgrund der erteilten Erst-Aufenthaltsbewilligung Studierender bzw. Familienangehöriger (Kind M.) durch die MA 38 rechtmäßig Familienbeihilfe.

• **Zeitraum 04/2012 – 07/2012:**

Bis 21.03.2012 war die Bf. aufgrund des „Aufenthaltstitels Studierender“ und das Kind M. als „Familienangehöriger“ rechtmäßig in Österreich aufhältig. Im Verlängerungsverfahren (Eingang: 16.02.2012, Anmerkung: Das BFG orientiert sich an der Bestätigung über erteilte Aufenthaltstitel vom 05.08.2016 der MA 35 und nicht an jener vom 26.06.2013, die als Eingangsdatum den 16.03.2012 anführt), wurde der Bf. nach Vorlage einer Zusage für einen Ausbildungsplatz an der Schule für Sozialbetreuungsberufe - Behindertenarbeit, Caritas der Erzdiözese Wien (SOB) vom 20.06.2012 ab September 2012, eine Aufenthaltsbewilligung für den Zweck „Schülerin“ von 15.11.2012 bis 15.11.2013 (vgl. Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes Wien vom 7.7.2014, VGW-v) erteilt.

§ 24 Abs. 2 NAG sieht vor, dass Verlängerungsanträge vor Ablauf der Gültigkeitsdauer des Aufenthaltstitels,, bei der örtlich zuständigen Behörde im Inland einzubringen sind.... 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.

Da der Antrag vom 16.02.2012 iSd § 24 Abs. 2 NAG rechtzeitig gestellt wurde, hielt sich die Bf. im streitgegenständlichen Zeitraum die Bf. rechtmäßig in Österreich auf. Für das Kind M. bestätigte die MA 35 aufgrund des Antrages vom 16.03.2012 den Aufenthalt mit dem Aufenthaltszweck „Familienangehöriger“ für den Zeitraum 22.03.2012 bis 22.03.2013.

Die Bf., wie auch das Kind M., hielten sich somit im Zeitraum 04/2012 bis 07/2012 rechtmäßig iS des § 8 Abs. 1 iVm §§ 23 Abs. 4 sowie 47 Abs. 2 NAG in Österreich auf. Es bestand daher ein Anspruch auf Familienbeihilfe für diesen Zeitraum.

Ergänzend sei festzuhalten:

Das FA verweist im Vorlagebericht darauf, dass ein Aufenthaltstitel als Schüler/Studierende nur erteilt wird, wenn sich jemand zu Studienzwecke vorübergehend in Österreich aufhält und danach wieder in sein Heimatland zur Familie zurückkehrt. Es weist auf § 2 Abs. 8 FLAG 1967 hin und hebt den Mittelpunkt der Lebensinteressen hervor, der vor allem von den persönlichen Beziehungen dieser Person abhängt.

Indem das FA darauf hinweist, dass die Bf. 2011 und 2012 von geringfügigen Beschäftigungen, den Unterhaltsleistungen der Kindesväter und der Sozialhilfe lebte, hebt es die wirtschaftlichen Interessen, die im Verhältnis zu den persönlichen Interessen weit weniger maßgebend sind für den Mittelpunkt der Lebensinteressen, hervor. Das FA ist somit der Ansicht, dass aus dem Aufenthalt zu Ausbildungszwecken eine Anbindung an Österreich nicht besteht.

Aus der Tatsache, dass ein Aufenthalt zu Ausbildungszwecken erfolgt, kann aber nicht abgeleitet werden, dass keine Anbindung an Österreich besteht und der Bezug von Familienbeihilfe ausgeschlossen wird. Die Frage des notwendigen Inlandsbezuges ist richtigerweise anhand der Prüfung des Mittelpunktes der Lebensinteressen des Anspruchsberechtigten sowie des ständigen Aufenthaltes des Kindes zu beurteilen.

Eine Person hat den Mittelpunkt der Lebensinteressen in dem Staat, zu welchem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.

Unter persönlichen Beziehungen sind dabei all jene Beziehungen zu verstehen, die jemand aus in seiner Person liegenden Gründen, auf Grund der Geburt, der Staatszugehörigkeit, des Familienstandes und der Betätigungen religiöser und kultureller Art, mit anderen Worten nach allen Umständen, die den eigentlichen Sinn des Lebens ausmachen, an ein bestimmtes Land binden, während den wirtschaftlichen Beziehungen nur eine weitergehenden Zwecken dienende Funktion zukommt (vgl. VwGH 25.2.1970, 1001/69).

Der Verwaltungsgerichtshof hat wiederholt ausgesprochen, dass die stärkste persönliche Beziehung eines Menschen im Regelfall zu dem Ort besteht, an dem er regelmäßig mit seiner Familie lebt, dass also der Mittelpunkt der Lebensinteressen einer verheirateten Person regelmäßig am Ort des Aufenthaltes seiner Familie zu finden sein wird. Diese Annahme setzt im Regelfall voraus, dass ein gemeinsamer Haushalt geführt wird und keine Umstände vorliegen, die ausschlaggebende und stärkere Bindungen zu einem anderen Ort bewirken (VwGH 30.1.1990, 89/14/0054 u.a.).

Im Zweifel ist ein Vergleich zwischen den Beziehungen zu den in Betracht kommenden Staaten zu ziehen. § 2 Abs. 8 FLAG verlangt nicht, dass die persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen ausschließlich Österreich gelten oder gar, dass der Mittelpunkt der Lebensinteressen für immer im Bundesgebiet beibehalten werden muss (vgl. VwGH 30.1.1990, 89/14/0054 mwN).

Auf den konkreten Fall umgelegt bedeutet das, dass der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Bf. im o.a. Streitzeitraum in Österreich gelegen ist.

Die Bf. brachte im September 2008 das Kind M. zur Welt, dessen Vater ein österreichischer Staatsbürger ist. Mutter-Kind-Pass Untersuchungen fanden in Österreich statt. Das Kind M. besuchte ab 09/2011 regelmäßig den Kindergarten N in Wien. Der Kindsvater leistet seit 04/2009 regelmäßig Unterhalt für das Kind M.

Die Bf. und das Kind M. waren von 2008 – 2013 (ausgenommen von Juni 2010 bis 27.11. 2010) – durchgehend mit ihren Hauptwohnsitzen in Österreich gemeldet. Von 04/2012 bis 07/2012 waren sie auf der H. hauptwohnsitzgemeldet.

In Anbetracht dieser Umstände sieht es das BFG als erwiesen an, dass von einer stärkeren Anbindung zu Österreich als zur Mongolei auszugehen ist.

Dass die Bf. im Streitzeitraum nur über einen Aufenthaltstitel als „Schüler“ zum Zwecke der Ausbildung verfügte, steht – wie vom VwGH ausgeführt - für sich allein der Annahme einer Verlagerung des Lebensmittelpunktes nicht entgegen.

Zusammenfassend ist festzuhalten:

- Von 09/2008 bis 05/2010 stand der Bf. die FB nicht zu, weil sie und ihr Kind M. grundversorgt waren;
- Von 06/2010 bis 11/2010 stand der Bf. die FB nicht zu, weil sie und ihr Kind M. sich im Ausland (Mongolei/China) aufhielten;
- Von 12/2010 bis 01/2011 stand der Bf. die FB nicht zu, weil weder ein Aufenthaltstitel vorlag noch ein Anspruch nach der Richtlinie 2004/38 gegeben war;

- (Von 02/2011 bis 03/2012 bezog die Bf. FB, weil ihr der Aufenthaltstitel „Studierender“, dem Kind M. der Aufenthaltstitel „Erstbewilligung Familienangehöriger“ erteilt wurde. Dieser Zeitraum ist nicht streitgegenständlich).
- Von 04/2012 bis 07/2012 stand der Bf. die FB zu, weil sie sich aufgrund des rechtzeitig eingebrochenen Verlängerungsantrages vom 16.02.2012 rechtmäßig in Österreich aufhielt. Das Kind M. hielt sich aufgrund des Titels "Familienangehöriger" rechtmäßig in Österreich auf. Aufgrund der o.a. Umstände ist als erwiesen anzusehen, dass eine stärkere Anbindung der Bf. zu Österreich als zur Mongolei bzw. China bestand.

Inwieweit aber dem Kindesvater die FB gegebenenfalls nach § 2 Abs. 2 FLAG 1967 für die streitgegenständlichen Zeiträume zugestanden wäre, vermag das BFG mangels Relevanz nicht zu beurteilen.

Der Beschwerde war daher teilweise statzugeben.

5. Zulässigkeit einer Revision

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Diese Voraussetzung liegen im Beschwerdefall nicht vor, weil die aus dem festgestellten Sachverhalt abgeleiteten Rechtsfolgen sich unmittelbar aus den angeführten gesetzlichen Bestimmungen ergeben. Die ordentliche Revision war daher nicht zuzulassen.

Klagenfurt am Wörthersee, am 4. August 2017