

BESCHLUSS

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Elisabeth Wanke über die Beschwerde der A B C, Adresse_1150, nunmehr vertreten durch Rechtsanwalt Edward W. Daigneault, Solicitor (England), 1160 Wien, Lerchenfelder Gürtel 45/11, vom 12.2.2015 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 4/5/10, 1030 Wien, Marxergasse 4, vom 13.1.2015, mit welchem der Antrag vom 9.9.2014 auf Familienbeihilfe für die im Juli 2014 geborene D E ab September 2014 abgewiesen wird, Sozialversicherungsnummer X, zu Recht erkannt:

I. Der angefochtene Abweisungsbescheid vom 13.1.2015 und die diesbezügliche Beschwerdevorentscheidung vom 25.7.2016 werden gemäß § 278 Abs. 1 BAO aufgehoben. Die Sache wird an das Finanzamt zurückverwiesen.

II. Gegen diesen Beschluss ist gemäß Art. 133 Abs. 9 B-VG i.V.m. Art. 133 Abs. 4 B-VG und § 25a VwGG eine Revision zulässig.

Entscheidungsgründe

Antrag

Mit dem Formular Beih 1, am Finanzamt Wien 4/5/10 am 9.9.2014 persönlich überreicht, beantragte die damals in Wien 5 wohnhaft gewesene Beschwerdeführerin (Bf) A B C Familienbeihilfe für ihre im Juli 2014 geborene Tochter D E.

Die Bf sei nigerianische Staatsbürgerin und im Jahr 2009 nach Österreich eingereist. Die Kindererziehung erfolge allein.

Partner, von dem sie nicht dauernd getrennt lebe (gemeint ist offenbar: der Vater), sei F E, österreichischer Staatsbürger, nach Österreich im Jahr 2006 eingereist, von Beruf Metallbearbeiter.

Ihre Tochter D E sei österreichische Staatsbürgerin, wohne ständig bei der Bf, die auch die überwiegenden Kosten trage.

Aufenthaltstitel

Es ist eine Aufenthaltsberechtigungskarte gemäß § 51 AsylG für die Bf, ausgestellt am 27.10.2009 durch das Bundesasylamt aktenkundig.

Laut Meldebestätigung vom 3.2.2014 besteht ein am 1.2.2014 ausgestelltes Reisedokument "Asylwerber".

Geburtsurkunde

Laut Geburtsurkunde ist die Bf Mutter der im Burgenland geborenen D E, Wohnort ebenfalls im Burgenland, Vater F E, Wohnort Wien.

Staatsbürgerschaftsnachweis

Laut Staatsbürgerschaftsnachweis besitzt D E die österreichische Staatsbürgerschaft.

Erklärung der gemeinsamen Obsorge gem. § 177 Abs. 2 ABGB

Laut Erklärung der gemeinsamen Obsorge gem. § 177 Abs. 2 ABGB sind Vater und Mutter in Nigeria geboren, die Mutter nigerianische Staatsbürgerin, der Vater österreichischer Staatsbürger. Mutter und Vater leben getrennt, die Tochter bei der Mutter. Es werde erklärt, dass beide Eltern mit der Obsorge für D betraut sind.

Mitversicherung

Laut Schreiben der Wiener Gebietskrankenkasse vom 6.8.2014 ist D bei ihrem Vater bis Juli 2032 mitversichert.

Vaterschaftserklärung

F E erklärte vor dem Magistrat der Landeshauptstadt Eisenstadt, Standesamt, am 5.8.2014 die Vaterschaft hinsichtlich D E anzuerkennen. Betreffend den Vater liege ein Staatsbürgerschaftsnachweis der österreichischen Botschaft in Abuja vom 20.7.2006 vor.

Vorhalt vom 19.9.2014

Das Finanzamt übermittelte der Bf mit Datum 19.9.2014 einen Vorhalt, dessen Inhalt vom Finanzamt wie folgt angegeben wurde:

Do Dokumentbeschreibung

89 Negativen Asylbescheid (mindestens Seite 1-5 u letzte Seite mit Datum d. Ausstellung)

Erhalten sie u ihr Kind eine Grundversorgung vom Land ? Wenn ja ist der Bescheid darüber vorlegen

Haben sie andere Einkünfte (z.B.Mindestsicherung,ect dann ebenfalls Nachweis darüber vorlegen

Bescheid v.Bundesasylamt betreffend der Dauer ihrer Aufenthaltsberechtigung

Meldedaten

Am 17.10.2014 ging beim Finanzamt ein Meldenachweis ein. Die Bf war seit 20.10.2009 (zunächst bei der European Homecare GmbH in Traiskirchen, dann an verschiedenen Adressen im Burgenland und in Wien) durchgehend in Österreich gemeldet, zuletzt seit 13.10.2014 an einer Adresse in Wien.

Vorhalt vom 13.11.2014

Am 13.11.2014 versandte das Finanzamt einen weiteren Vorhalt:

Do Dokumentbeschreibung

36 von ihnen unbedingt auch den Bescheid! ! !

Im Akt befindet sich auch ein (am 24.11.2014 anlässlich einer Vorsprache der Bf überreichter) Ausdruck, wonach das Finanzamt bis 4.12.2014 um Vorlage eines "Nachweis über den rechtmäßigen Aufenthalt (z. B.: NAG-Karte mit Aufenthaltstitel) von ihnen unbedingt auch den Bescheid!!!" ersuchte.

Darauf befindet sich ein Vermerkt vom 24.11.2014: "nach wie vor Asylwerber".

Vorhalt vom 3.12.2014

Am 3.12.2014 versandte das Finanzamt noch einen Vorhalt:

Do Dokumentbeschreibung

89 Es wird der Bescheid betreffend rechtmäßigen Aufenthalt von ihnen benötigt - sollten wieder keine Unterlagen erbracht werden, muss der Antrag abgewiesen werden.

Es befindet sich auch ein (am 22.12.2014 anlässlich einer Vorsprache der Bf überreichter) Ausdruck im Akt mit dem Vermerk "lt. Pfl. wird noch gewartet!".

Abweisungsbescheid

Mit Bescheid vom 13.1.2015 wies das Finanzamt den Antrag der Bf vom 9.9.2014 auf Familienbeihilfe für die im Juli 2014 geborene D E ab September 2014 ab und begründete dies so:

Da Sie trotz Aufforderung die abverlangten Unterlagen nicht eingebracht haben und dadurch Ihrer Mitwirkungspflicht nach § 115 Bundesabgabenordnung nicht nachgekommen sind, muss angenommen werden, dass im oben genannten Zeitraum kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestanden hat bzw. besteht.

Da bis dato die abverlangten Unterlagen nicht erbracht wurden, war wie im Spruch zu entscheiden (Bescheid vom Bundesasylamt).

Der Bescheid wurde am 16.1.2016 (Beginn der Abholfrist) zugestellt.

Beschwerde

Mit Schreiben vom 12.2.2015, am selben Tag am Finanzamt eingelangt, erhob die Bf Beschwerde:

Gegen den Bescheid des Finanzamts vom 13.01.2015, mit welchem betreffend die minderjährige Tochter der Beschwerdeführerin, E D (VersNr. ...), der Antrag auf Familienbeihilfe vom 09.09.2014 abgewiesen wurde, erhebe ich binnen offener Frist nachfolgende Beschwerde und stelle die Anträge

- 1. Eine mündliche Verhandlung durchzuführen,*
- 2. Der Beschwerde wegen materieller Rechtswidrigkeit stattzugeben und Familienbeihilfe zu gewähren; in eventu*
- 3. Der Beschwerde wegen formeller Rechtswidrigkeit stattzugeben und das Verfahren an die erste Instanz zurückzuverweisen.*

Begründung:

I. Sachverhalt

Die Beschwerdeführerin (BF) ist nigerianische Staatsbürgerin und lebt seit dem 11.10.2009 ununterbrochen als Asylwerberin in Österreich. Ihr Asylverfahren

wurde zunächst unter der AIS-Zahl 09 12X BAE durch das Bundesasylamt, Außenstelle Eisenstadt geführt und ist aktuell im Beschwerdeverfahren beim Bundesverwaltungsgericht anhängig.

Am07.2014 kam die Tochter der BF, E D Okoro zur Welt. Sie ist aufgrund von Abstammung österreichische Staatsbürgerin.

Am 09.09.2014 beantragte die BF die Gewährung von Familienbeihilfe für ihre Tochter.

Mittels Schreiben vom 19.09.2014 ersuchte das Finanzamt die Vorlage des negativen Asylbescheids der BF; die Bekanntgabe, ob für die Tochter Leistungen aus der Grundversorgung bezogen werden; über welche anderen Einkünfte die BF verfügen würde sowie den Bescheid des Bundesasylamts betreffend die Dauer der Aufenthaltsberechtigung.

Die BF sprach in weiterer Folge beim Finanzamt persönlich vor und legte den abweisenden Bescheid des Bundesasylamts Eisenstadt vom 18.01.2011 vor. Über die weiteren abverlangten Unterlagen verfügt sie nicht. Der BF wurde mitgeteilt, dies wäre nicht ausreichend.

Mittels Bescheid vom 13.01.2015 wurde schließlich der Antrag auf Familienbeihilfe abgewiesen. Begründend wurde ausgeführt, dass die BF der Aufforderung hinsichtlich der abverlangten Unterlagen nicht nachgekommen sei. Deswegen müsse angenommen werden, dass im strittigen Zeitraum kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestünde.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die gegenständliche Beschwerde.

II. Rechtliche Beurteilung

1. Materielle Rechtswidrigkeit

Als unstrittig können die Tatsachen betrachtet werden, dass die BF eine Asylwerberin mit nigerianischer Staatsbürgerschaft und ihre Tochter eine österreichische Staatsbürgerin ist.

Die BF kann keine Bescheide über die Dauer der Aufenthaltsberechtigung vorlegen, da sie sich nach wie vor in einem offenen Asylverfahren befindet, das aktuell am Bundesverwaltungsgericht anhängig ist. Sie lebt daher mit der vorläufigen Aufenthaltsberechtigung als Asylwerberin gem. § 13 AsylG in Österreich.

Die BF bezieht seit ihrem Umzug nach Wien und dem Verlassen des burgenländischen Grundversorgungsquartiers keine Leistungen mehr aus der Grundversorgung. Ihre Tochter hat aufgrund ihrer Eigenschaft als österreichische Staatsbürgerin keinen Anspruch auf Leistungen aus der Grundversorgung. § 1 Abs 1 des Wiener Grundversorgungsgesetzes umfasst als Kreis der Normadressaten "hilfs- und schutzbedürftige Fremde". Österreichische Staatsbürger sind somit ex lege vom Bezug von Grundversorgungsleistungen ausgeschlossen.

Die BF selbst verfügt aktuell über keine anderen Einkünfte (etwa aus der Mindestsicherung) und hat auch aufgrund ihres aufenthaltsrechtlichen Status keinen Anspruch darauf. § 5 des Wiener Mindestsicherungsgesetzes sieht als Adressatenkreis

grundsätzlich nur österreichische Staatsbürger vor. Gleichgestellt sind Asylberechtigte, subsidiär Schutzberechtigte; EU- oder EWR-Staatsbürger, die erwerbstätig sind; Inhaber eines Daueraufenthalt EU (und Vorläufern dessen) sowie Personen mit einem Daueraufenthalt-EG eines anderen Mitgliedstaates, die in Österreich über eine Niederlassungsbewilligung verfügen.

Ein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht gem. § 2 FLAG für Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt haben für minderjährige Kinder. Der Anspruch entsteht bei jener Person, zu deren Haushalt das Kind gehört und wenn der Lebensmittelpunkt in Österreich besteht.

§ 3 FLAG sieht einen Anspruch auf Familienbeihilfe für ausländische Staatsbürger vor, wenn diese sich gem. §§ 8, 9 NAG oder nach den Bestimmungen des § 54 AsylG rechtmäßig in Österreich aufhalten bzw. wenn Asyl gewährt wurde bzw. wenn subsidiärer Schutz zuerkannt wurde bei Nichtbezug von Grundversorgung und Berufstätigkeit.

Diese Voraussetzungen treffen grundsätzlich auf die BF nicht zu, jedoch ist ihre Tochter österreichische Staatsbürgerin und die BF selbst als ausländische Staatsbürgerin hat keinerlei Rechtsanspruch auf eine Ersatzleitung zur Familienbeihilfe, etwa aus der Grundversorgung.

Somit kommt es durch die Nichtgewährung der Familienbeihilfe zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung durch die Vorenthaltung jeglicher Leistung für eine minderjährige österreichische Staatsbürgerin, bloß aufgrund des aufenthaltsrechtlichen Status der BF.

Folglich ist diese Rechtslücke mittels Analogie zu schließen.

Ein Analogieschluss ist grundsätzlich immer dann geboten, wenn eine planwidrige Rechtslücke besteht und ohne einen Analogieschluss ein gleichheitswidriges rechtliches Ergebnis herbeigeführt würde.

Die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hat die grundsätzliche Zulässigkeit der Analogie auch im öffentlichen Recht wiederholt anerkannt. Voraussetzung hierfür ist freilich das Bestehen einer echten (d.h. planwidrigen) Rechtslücke. Sie ist dort anzunehmen, wo das Gesetz, gemessen an seiner eigenen Absicht und immanenten Teleologie, unvollständig, also ergänzungsbedürftig, ist, und wo seine Ergänzung nicht etwa einer vom Gesetz gewollten Beschränkung widerspricht. Da das öffentliche Recht, im Besonderen das Verwaltungsrecht, schon von der Zielsetzung her nur einzelne Rechtsbeziehungen unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses zu regeln bestimmt ist, muss eine auftretende Rechtslücke in diesem Rechtsbereich im Zweifel als beabsichtigt angesehen werden. Eine durch Analogie zu schließende Lücke kommt nur dann in Betracht, wenn das Gesetz anders nicht vollziehbar ist oder wenn das Gesetz in eine Regelung einen Sachverhalt nicht einbezieht, auf welchen - unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes und gemessen an den mit der Regelung verfolgten Absichten des Gesetzgebers - ebendieselben Wertungsgesichtspunkte zutreffen wie auf die im Gesetz geregelten Fälle und auf den daher - schon zur Vermeidung einer verfassungsrechtlich

bedenklichen Ungleichbehandlung - auch dieselben Rechtsfolgen angewendet werden müssen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 8. September 1998, Zl. 96/08/0207, mwN). (vgl. VwGH 17.10.2012, 2012/08/0050)

Dazu ist zunächst auszuführen, dass die vorliegende Rechtslücke als planwidrig einzustufen ist, als der Gesetzgeber davon ausging, dass die anspruchsberechtigten Eltern und ihre minderjährigen Kinder stets dieselbe aufenthaltsrechtliche Position teilen; somit also die Kinder einer Asylwerberin ebenfalls Asylwerber sind, NAG-aufenthaltsberechtigte Eltern ebensolche Kinder haben und Eltern mit österreichischer Staatsbürgerschaft Kinder mit österreichischer Staatsbürgerschaft haben.

Dementsprechend wurden darauf abgestimmte Systeme zur finanziellen Unterstützung im Einklang mit den jeweils zu beachtenden Richtlinien bzw. politischen Zielen geschaffen: Für Asylwerber und teils subsidiär Schutzberechtigte das System der Grundversorgung, für anerkannte Flüchtlinge, einige subsidiär Schutzberechtigte bzw. aus humanitären Gründen oder nach dem NAG Aufenthaltsberechtigte und österreichische Staatsbürger die Familienbeihilfe.

Im konkreten Fall ist jedoch durch die mit dem 01.08.2013 eingeführte Möglichkeit des Erwerbs der österreichischen Staatsbürgerschaft durch Abstammung vom Vater im Fall eines unehelichen Kindes ein System geschaffen worden, in dem die Kinder als Staatsbürger einen völlig anderen Status besitzen als die obsorgeberechtigten ledigen Mütter. Diese Situation liegt nunmehr im konkreten Fall vor: der aufenthaltsrechtliche Status der alleine obsorgeberechtigten Kindesmutter weicht so gravierend vom aufenthaltsrechtliche Status ihrer Tochter ab, dass weder ein Anspruch aus der Grundversorgung noch aus dem FLAG entsteht. Da aber das System ursprünglich lückenlos konzipiert war, ist die nunmehrige im konkreten Fall zu Tage tretende Regelungslücke als planwidrig zu bezeichnen.

Würde nun diese planwidrige Rechtslücke nicht mittels Analogie geschlossen werden, so würde dies dazu führen, dass es zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung von österreichischen Staatsbürgern untereinander und somit einer Verletzung von Art 7 B-VG kommen würde. Die Ungleichbehandlung liegt im konkreten Fall darin, dass die minderjährige Tochter der BF aufgrund des aufenthaltsrechtlichen Status ihrer Mutter einerseits und der Tatsache, dass sich die Kindesmutter andererseits weder in einer Ehe noch einer aufrechten Lebensgemeinschaft mit dem Kindesvater befindet (und dieser den Anspruch geltend machen könnte), weder Anspruch auf Familienbeihilfe hat, noch auf entsprechende Ersatzleistung auf einer anderen Rechtsgrundlage (wohl: Grundversorgung).

Folglich muss § 3 FLAG dahingehend analog angewandt werden, dass auch für Kinder, die österreichische Staatsbürger sind, unabhängig vom rechtlichen Aufenthaltsstatus der obsorgeberechtigten Kindesmutter Anspruch auf Gewährung der Familienbeihilfe besteht.

Dies ergibt sich auch aus der rechtshistorischen Betrachtung des FLAG in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes 2004 (BGBl. I Nr. 142/2004), in welcher im Zuge

der generellen Implementierung des Instruments "Grundversorgung" der vormalige Zugang zu Familienbeihilfe für Asylwerberfamilien eingeschränkt worden war. Die nunmehr bestehende Regelungslücke für Familien, wo dies nicht zur Gänze der Fall ist - ein Elternteil unterliegt dem Asylgesetz, ein anderer nicht - war damals im § 3 Abs. 3 FLAG idF BGBl. 142/2004 dahingehend geschlossen, als in diesem Fall der "österreichische Teil" des Elternpaares als taugliche Ankerperson herangezogen wurde:

"Ist der Elternteil, der den Haushalt überwiegend führt (§ 2a Abs. 1), nicht österreichischer Staatsbürger, genügt für dessen Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn der andere Elternteil österreichischer Staatsbürger ist oder die Voraussetzungen nach Abs. 1 oder 2 erfüllt."

Der VwGH hat dazu klar gefordert, dass nämlicher Gesamtsachverhalt zu prüfen wäre und ein Unterlassen zur Rechtswidrigkeit der Entscheidung führt (Erkenntnis vom 24.6.2014 zur Zl. 2009/16/0123).

Auch zur aktuellen - mit eben jener Regelungslücke behafteten - Rechtslage besteht Rechtsprechung des VwGH, in der diese Lücke hilfsweise mit der Möglichkeit, Familienbeihilfe gem. § 3 Abs. 5 FLAG idGF rückwirkend geltend zu machen, "verkleinert" wird. Es ist damit iSd Erkenntnisses zur Zl. 2010/16/0175 vom 29.5.2013 die Rechtsansicht der Behörde, dass ein fraglicher Staus des Kindes schädlich wäre, dahingehend aufgelöst:

Allerdings normiert § 3 Abs. 5 FLAG für einen solchen Fall der Erteilung eines Aufenthaltstitels für das Kind, dass die Familienbeihilfe für nachgeborene Kinder rückwirkend, somit auch für Zeiträume vor der Erteilung des Aufenthaltstitels, gewährt wird. Als nachgeboren gelten nach dieser Bestimmung Kinder, die nach der Erteilung des Aufenthaltstitels an den zusammenführenden Fremden geboren wurden. Eine Einschränkung dergestalt, dass das Kind in Österreich geboren sein müsste, enthält § 3 Abs. 5 FLAG nicht.

Aus dem Vorbringen des Beschwerdeführers im Verwaltungsverfahren, er halte sich seit mehreren Jahren rechtmäßig in Österreich auf und sei in Österreich entsprechend den Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes rechtmäßig unselbständig beschäftigt, ergab sich die Notwendigkeit, den Sachverhalt unter dem Gesichtspunkt des § 3 Abs. 5 FLAG zu prüfen.

Ein völliger Ausschluss vom Bezug von Familienleistungen, was durch ein "Akzeptieren" der Regelungslücke zwischen Familienbeihilfe und Grundversorgung erreicht wurde, verwirklicht hingegen eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung. Der VfGH hat im Erkenntnis zu B 2366/00 (sogar zu im Ausland lebenden Kindern) ausgeführt:

Eine generelle steuerliche Vernachlässigung von Unterhaltslasten gegenüber sich ständig im Ausland aufhaltenden Kindern läßt sich aber auch nicht durch den Umstand rechtfertigen, daß sich in diesen Fällen die Unterhaltspflicht der Höhe nach zumindest teilweise an den Verhältnissen des Aufenthaltslandes des Kindes orientiert (vgl. dazu OGH 28. Juli 1998, 1 Ob 317 /97t, ZfRV 1999, S 110 ff.: Zuspruch eines "Mischwertes") und daher - bei ständigem Aufenthalt des Kindes - in einem Land mit niedrigeren

Lebenshaltungskosten - allenfalls geringer ist als die gegenüber im Inland befindlichen Kindern. Dies mag zur Folge haben, daß in solchen Fällen die für die steuerliche Entlastung erforderlichen Beträge niedriger sein können als bei im Inland befindlichen Kindern. Eine generelle Außerachtlassung der Unterhaltsverpflichtung rechtfertigt dies jedoch nicht.

An dieser Beurteilung ändert sich nicht deswegen etwas, weil der Steuerpflichtige - wie im vorliegenden Beschwerdefall - als Ausländer nicht Adressat des in Art7 B-VG und Art2 StGG verankerten Gleichheitssatzes ist. Nach der neueren Judikatur des Verfassungsgerichtshofes (VfSlg. 14.965/1997 mwN) enthält nämlich Art1 Abs1 des BVG zur Durchführung des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung, BGBl. 390/1973, (auch) das allgemeine, sowohl an die Gesetzgebung als auch an die Vollziehung gerichtete Verbot, sachlich nicht begründbare Unterscheidungen zwischen Fremden vorzunehmen. Diese Verfassungsnorm enthält ein - auch das Sachlichkeitsgebot einschließendes - Gebot der Gleichbehandlung von Fremden untereinander; deren Ungleichbehandlung ist also nur dann und insoweit zulässig, als hierfür ein vernünftiger Grund erkennbar und die Ungleichbehandlung nicht unverhältnismäßig ist.

Der Lückenschluss durch Analogie wird deshalb zur Vermeidung eines verfassungswidrigen Erfolgs geboten sein.

2. Formelle Rechtswidrigkeit

Der angefochtene Bescheid ist dahingehend mit formeller Rechtswidrigkeit belastet, als die Begründung eine detaillierte Auseinandersetzung mit der konkreten Sachlage vermissen lässt und somit ein erheblicher Begründungsmangel vorliegt. Diese fehlende Auseinandersetzung mit der (bekannten) rechtlichen Situation lässt die Begründung nicht nachvollziehbar erscheinen.

Die BF hat nach Maßgabe der Möglichkeiten die von ihr geforderten Unterlagen vorgelegt. Faktisch ist es jedenfalls nicht möglich, sämtliche geforderten Unterlagen vorzulegen, denn: ein negativer Asylbescheid schließt aus, dass die BF aktuell im Besitz von Bescheiden des Bundesasylamts betreffend die Dauer der Aufenthaltsberechtigung (gemeint wohl: als subsidiär Schutzberechtigte) wäre; als Asylwerberin kann die BF in der aktuellen Situation nach dem klaren Gesetzeswortlaut keine Mindestsicherung beziehen, somit kann sie auch über diesen allfälligen Bezug keine Unterlagen vorlegen; die Tochter der BF schließlich kann als Österreichische Staatsbürgerin keine Grundversorgung beziehen. Insgesamt wurden somit - abgesehen vom negativen Asylbescheid - Unterlagen gefordert, die faktisch nicht vorgelegt werden können. Die Nichtvorlage dieser Dokumente ist somit der BF nicht vorwerfbar, für die rechtliche Beurteilung der Situation auch nicht erforderlich und darauf aufbauend ist die Abweisung des Antrags gestützt auf diese Nichtvorlage unzulässig.

In der entsprechenden Begründung sind die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens und die bei der Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen anzuführen, die darauf gestützte Beurteilung der Rechtsfrage ist klar und übersichtlich zusammenzufassen.

Gemäß regelmäßiger Judikatur des VwGH kann ein Begründungsmangel eine wesentlichen Verfahrensmangel iSd § 42 Abs. 2 Z 3 AVG darstellen. Ein nicht nachvollziehbarer Hinweis auf eine wie ausgeführt unmögliche Dokumentenvorlage alleine kann der behördlichen Begründungspflicht ebenso wenig entsprechen, wie die. alleinige Bezugnahme auf den Grundsatz der freien Beweiswürdigung oder die undifferenzierte Bezugnahme auf ein Sachverständigengutachten (vgl. VwGH 82/12/0079; VwGH 82/11/0087; VwGH 86/07 /0244)

In rezenten Judikatur (VwGH 26.09.2006, 2004/21/0057) hat der Verwaltungsgerichtshof zu einem Bescheid, in dem sich die belangte Behörde zumindest vermeintlich auf Judikatur gestützt hatte, ausgeführt und den Bescheid behoben:

Vorweg ist zu bemerken, dass die Bescheidbegründung der belangten Behörde nicht unbeanstandet bleiben kann, weil sie den Anforderungen des § 60 AVG, wonach in der Begründung die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens, die bei der Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen und die darauf gestützte Beurteilung der Rechtsfrage klar und übersichtlich zusammenzufassen sind, nicht gerecht wird.

Wie ausgeführt, trifft dies nicht auf den gegenständlich angefochtenen Bescheid zu. Daher ist der angefochtene Bescheid zumindest wegen formeller Rechtswidrigkeit zu beheben und an die erste Instanz zurückzuverweisen.

Meldeabfragen

In weiterer Folge nahm das Finanzamt am 19.2.2015 Meldeabfragen betreffend der Mutter, der Tochter und dem Vater vor. Es ergaben sich daraus keine neuen Tatsachen.

Bundesverwaltungsgericht

Am 20.8.2015 sprach die Bf am Finanzamt vor und legte neben einer Kopie ihrer Beschwerde vom 12.2.2015 ein Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts (BVwG 30.3.2015, W205 1417587-1) vor.

Das BVwG sprach darin aus, dass eine Rückkehrentscheidung gemäß § 9 Abs. 2 BFA-VG iVm § 75 Abs. 20 1. Satz, 1. Fall AsylG 2005 idgF auf Dauer unzulässig sei und begründete dies unter anderem so:

... Die Beschwerdeführerin ist nigerianische Staatsbürgerin, reiste illegal ins Bundesgebiet ein und stellte am 19.10.2009 einen Antrag auf internationalen Schutz.

Am ...07.2014 brachte die Beschwerdeführerin in Österreich ihre Tochter zur Welt. Die Tochter der Beschwerdeführerin besitzt - wie auch der Vater des Kindes - die österreichische Staatsbürgerschaft. Die Eltern haben vor dem Standesamt erklärt, gemeinsam die Obsorge für ihre Tochter zu übernehmen. Die Beschwerdeführerin lebt mit ihrem Kind im gemeinsamen Haushalt.

Die Beschwerdeführerin spricht Deutsch zumindest auf dem Niveau A1 und hat große Anstrengungen unternommen, sich mit Erfolg in die österreichische Gesellschaft zu integrieren.

Die Beschwerdeführerin ist unbescholten, das sie betreffende Asylverfahren ist nach wie vor anhängig, es handelt sich bei diesem Asylantrag um ihren einzigen Asylantrag; Folgeanträge wurden nicht gestellt und die Beschwerdeführerin kam ihrer Mitwirkungspflicht im Asylverfahren stets nach. Familiäre Bindungen der Beschwerdeführerin zum Heimatstaat liegen nicht vor...

Die Beschwerdeführerin zog ihre Beschwerde mit Schriftsatz vom 11.03.2015 hinsichtlich der Spruchpunkte I. und II. des angefochtenen Bescheides zurück, somit erwuchs die Entscheidung hinsichtlich des Antrages auf internationalen Schutz (Absprache über die Zuerkennung des Status des Asylberechtigten sowie des Status des subsidiär Schutzberechtigten in Bezug auf den Herkunftsstaat Nigeria) in Rechtskraft. Inhaltlich ist demnach lediglich über die Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme - vormals Ausweisungsentscheidung - zu entscheiden, wobei hierbei grundsätzlich § 10 AsylG 2005, § 9 BFA-VG sowie die entsprechenden Bestimmungen des FPG anzuwenden sind...

Die Beschwerdeführerin reiste illegal in das Bundesgebiet ein, sie hält sich aber seit ihrer Antragstellung am 19.10.2009 aufgrund einer vorläufigen Aufenthaltsberechtigung nach dem AsylG rechtmäßig im österreichischen Bundesgebiet auf. Zwar musste ihr klar sein, dass ihr weiterer Aufenthalt in Österreich möglicherweise lediglich ein vorübergehender und über den Ausgang des Asylverfahrens bestimmter sein würde. Doch dauert das gegenständliche Verfahren nun bereits mehr als fünf Jahre. Während dieses Verfahrens hat die Beschwerdeführerin zu keinem Zeitpunkt ihre Mitwirkungspflichten verletzt oder das Verfahren mutwillig verzögert. Vielmehr kam sie behördlichen Aufforderungen fristgerecht nach. Demnach ist die Dauer ihres bisherigen Aufenthaltes in den Behörden/ Gerichten zurechenbaren überlangen Verzögerungen begründet.

Weiters besteht ein Familienleben zwischen der Beschwerdeführerin und ihrer am ...07.2014 in Österreich geborenen Tochter, die - wie ihr Vater- die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt. Auch deshalb würde durch die in Spruchpunkt III. des angefochtenen Bescheides verfügte Ausweisung der Beschwerdeführerin aus dem österreichischen Bundesgebiet nach Nigeria jedenfalls in ihr durch Art. 8 EMRK geschütztes Recht auf Privat- und Familienleben eingegriffen werden, weshalb im hier vorliegenden Fall eine Interessenabwägung im Sinne des Art. 8 Abs. 2 EMRK durchzuführen ist.

Im Beschwerdefall ist die leibliche Tochter der Beschwerdeführerin österreichische Staatsbürgerin, eine Rückkehrentscheidung hinsichtlich der Beschwerdeführerin aus dem österreichischen Bundesgebiet nach Nigeria würde nun dazu führen, dass die Beschwerdeführerin Österreich ohne ihr Kind, das aktuell noch nicht einmal ein Jahr alt ist, verlassen müsste. Eine Fortführung des gemeinsamen Familienlebens im Herkunftsstaat der Beschwerdeführerin Nigeria, ist unter Berücksichtigung der oben dargestellten Familiensituation nicht zumutbar. Hinweise auf die Möglichkeit, das Familienleben in einem anderen Staat fortsetzen zu können, sind ebenfalls nicht hervorgekommen. Schon unter besonderer Berücksichtigung dieser familiären Konstellation wäre daher nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts eine Rückkehrentscheidung hinsichtlich der Beschwerdeführerin unverhältnismäßig im Sinne des Art. 8 Abs. 2 EMRK und würde zudem dem Kindeswohl der Tochter der Beschwerdeführerin abträglich sein.

Zudem verfügt die Beschwerdeführerin aufgrund des mehrjährigen Aufenthaltes über eine soziale Verfestigung in Österreich und hat einen großen Bekannten- und Freundeskreis, wohin gegen ihr Bezug zum Herkunftsstaat Nigeria aufgrund ihrer langjährigen Abwesenheit nicht mehr gegeben ist.

Verstöße gegen die öffentliche Ordnung, insbesondere im Bereich des Asyl-, Fremdenpolizei- und Einwanderungsrechts, sind im gegenständlichen Fall - abgesehen von der illegalen Einreise der Beschwerdeführerin in das österreichische Bundesgebiet - nicht ersichtlich. Wie oben bereits angeführt, kann die mehrjährige Verfahrensdauer auch nicht auf das Verhalten der Beschwerdeführerin (beispielsweise in Form unterlassener Mitwirkungspflichten oä.) zurückgeführt werden. Außerdem ist die Beschwerdeführerin strafgerichtlich unbescholten.

Zwar kommt dem öffentlichen Interesse an der Einhaltung der die Einreise und den Aufenthalt von Fremden regelnden Bestimmungen im Interesse des Schutzes der öffentlichen Ordnung (Art. 8 Abs. 2 EMRK) grundsätzlich ein hoher Stellenwert zu (vgl. etwa VfGH 1. 7. 2009, U992/08 bzw. VwGH 17. 12. 2007, 2006/01/0216; 26. 6. 2007, 2007/01/0479; 16. 1. 2007, 2006/18/0453; 8. 11. 2006, 2006/18/0336 bzw. 2006/18/0316; 22. 6. 2006, 2006/21/0109; 20. 9. 2006, 2005/01/0699), im gegenständlichen Fall überwiegen aber aufgrund der dargestellten Umstände dennoch die familiären und privaten Interessen der Beschwerdeführerin an einem Verbleib in Österreich das öffentliche Interesse an einer Aufenthaltsbeendigung, für die sich in der vorliegenden Konstellation keine begründete Rechtfertigung erkennen lässt (vgl. VwGH 22. 2. 2005, 2003/21/0096; vgl. ferner VwGH 26. 3. 2007, 2006/01/0595, sowie VfSlg 17.457/2005).

Zusammengefasst war der Beschwerde gegen Spruchpunkt III. des angefochtenen Bescheides somit stattzugeben und eine die Beschwerdeführerin betreffende Rückkehrentscheidung aus dem österreichischen Bundesgebiet in den Herkunftsstaat Nigeria gemäß § 75 Abs. 20 1. Satz, 1. Fall Asylgesetz 2005, BGBl. I Nr. 100 in der Fassung BGBl. I Nr. 68/2013, für auf Dauer unzulässig zu erklären....

Neuer Antrag

Am 15.2.2016 stellte die Bf neuerlich mit dem Formular Beih 1 einen Antrag Familienbeihilfe für Tochter D E, der inhaltlich im Wesentlichen dem vom 9.9.2014 entspricht. Neben bereits aktenkundigen Dokumenten wurden auch E-Card-Kopien sowie eine Passkopie von D vorgelegt.

Neuerliche Vorsprache

Am 21.6.2016 sprach die Bf offenkundig wieder am Finanzamt vor und ergänzte ihre Beschwerde unter Hinweis auf das Erkenntnis BFG 20.1.2015, RV/7101450/2013, das sie in Kopie vorlegte.

Das Bundesfinanzgericht führte in diesem Erkenntnis unter anderem (zu einer anderen Beschwerdeführerin aus Nigeria) aus:

Die Bf ist nigerianische Staatsbürgerin, ihre beiden Töchter B D, geboren am XX.XX.XXXX und C D, geboren am YY.YY.YYYY besitzen die österreichische Staatsbürgerschaft. Die Bf beantragte für ihre beiden Töchter die Zuerkennung von Familienbeihilfe, für B D ab September 2009 und für C D ab August 2006. Der Vater der Kinder ist beschäftigungslos und trägt zur Versorgung der Kinder wenig, zur Zeit der Antragstellung auf Zuerkennung von Familienbeihilfe gar nichts bei. Der Bf wurde ein Erstaufenthaltstitel "Rot-Weiß-Rot-Karte plus" für die Dauer von zwölf Monaten (20.12.2012 bis 20.12.2013) erteilt...

Gemäß § 3 Abs 1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Gemäß § 9 Abs 1 Z 2 NAG wird zur Dokumentation eines gemeinschaftsrechtlichen Aufenthalts- und Niederlassungsrechts für Angehörige von EWR-Bürgern, die Drittstaatsangehörige sind, über Antrag eine "Daueraufenthaltskarte" (§ 54), wenn der EWR-Bürger das Recht auf Freizügigkeit in Anspruch genommen hat, ausgestellt.

Gemäß § 54 Abs 1 NAG sind Angehörige von freizügigkeitsberechtigten EWR-Bürgern (§ 51), die nicht EWR-Bürger sind und die die in § 52 Z 1 bis 3 genannten Voraussetzungen erfüllen, zur Niederlassung berechtigt.

Gemäß § 52 Z 3 NAG sind Angehörige von freizügigkeitsberechtigten EWR-Bürgern (§ 51), die selbst EWR-Bürger sind, zur Niederlassung berechtigt, wenn sie Verwandter des EWR-Bürgers oder seines Ehegatten in gerader aufsteigender Linie sind, sofern ihnen von diesen Unterhalt tatsächlich gewährt wird.

EWB-Bürger und ihre Familienangehörigen genießen das Recht auf Freizügigkeit. Dieses Recht gründet sich auf primäres Gemeinschaftsrecht und findet seine Konkretisierung in der Unionsbürger-Richtlinie 2004/38/EG, die in Österreich im Rahmen des Fremdenrechtspaketes 2005 durch das NAG innerstaatlich umgesetzt wurde.

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 Mitgliedstaaten 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.

Da sich die beiden Töchter der Bf als österreichische Staatsangehörige und somit Unionsbürgerinnen sowie die Bf als ihre Familienangehörige nicht wie in Artikel 3 ("Berechtigte") Abs 1 der Richtlinie 2004/38/EG gefordert, in einen anderen Mitgliedstaat als den, dessen Staatsangehörigkeit der Unionsbürger besitzt, begeben haben oder sich dort aufhalten, haben die Töchter der Bf nicht von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht. Nach einer grammatikalischen, teleologischen und systematischen Auslegung dieser Bestimmung, fällt ein Unionsbürger, der nicht von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat, nicht unter den Begriff "Berechtigter" im Sinne von Art 3 Abs 1 der Richtlinie 2004/38/EG, sodass diese auf ihn nicht anwendbar ist (vgl Urteil des EuGH vom 05.05.2011, McCarthy, C-434/09).

Wenn ein Unionsbürger nicht unter den Begriff "Berechtigter" im Sinne von Art 3 Abs 1 der Richtlinie 2004/38/EG fällt, so fällt auch sein Familienangehöriger nicht unter diesen Begriff, da die durch diese Richtlinie den Familienangehörigen eines nach ihr Berechtigten verliehenen Rechte keine eigenen Rechte dieser Angehörigen, sondern abgeleitete Rechte sind, die sie als Familienangehörige des Berechtigten erworben haben.

Aus der Richtlinie 2004/38/EG ergibt sich nämlich nicht für alle Drittstaatsangehörigen das Recht, in einen Mitgliedstaat einzureisen und sich dort aufzuhalten, sondern nur für diejenigen, die Familienangehörige eines Unionsbürgers sind, der sein Recht auf Freizügigkeit ausgeübt hat, indem er sich in einem anderen Mitgliedstaat als dem, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, niedergelassen hat. Da die Töchter der Bf von ihrem Recht auf Freizügigkeit im Sinne der Richtlinie 2004/38/EG nicht Gebrauch gemacht hat, fallen sie nicht unter den Begriff "Berechtigter" im Sinne von Art 3 Abs 1 der zitierten Richtlinie, so dass diese weder auf die Töchter der Bf noch auf die Bf als Familienangehörige anwendbar ist.

Der Europäische Gerichtshof hat mehrfach hervorgehoben, dass der Unionsbürgerstatus dazu bestimmt ist, der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten zu sein (vgl Urteil vom 08.03.2011, Ruiz Zambrano, Rs C-34/09). Auf dieser Grundlage hat der Gerichtshof zu Art 20 AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union) festgestellt, dass es ganz besondere Sachverhalte gibt, in denen - obwohl das

für das Aufenthaltsrecht von Drittstaatsangehörigen geltende abgeleitete Recht nicht eingreift und 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 (vgl Urteil vom 08.11.2012, Iida, C-40/11 und Urteil vom 08.05.2013, Ymeraga und Ymeraga-Tafarshiku, C-87/12).

Eine Verwehrung des Kernbestandsschutzes liegt vor, wenn einer einem Drittstaat angehörenden Person in dem Mitgliedstaat des Wohnsitzes ihrer minderjährigen Kinder, die diesem Mitgliedstaat 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.

Das Aufenthalts- und Niederlassungsrecht ergibt sich im gegenständlichen Beschwerdefall nicht aus einer nationalen gesetzlichen Berechtigung, sondern kraft unmittelbar anwendbaren 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.

Im Hinblick darauf, dass die Bf ihren beiden minderjährigen Töchtern Unterhalt gewährt und als Familienangehörige von Unionsbürgerinnen mit ihrer Einreise nach Österreich nach Gemeinschaftsrecht ein Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht im Bundesgebiet erworben hat, hält sich die Bf rechtmäßig in Österreich auf. Da somit die Voraussetzungen des § 3 Abs 1 FLAG erfüllt waren, hat die Bf Anspruch auf Zuerkennung von Familienbeihilfe für den Zeitraum ab September 2009 für ihre Tochter B D und für den Zeitraum ab August 2006 für ihre Tochter C D...

Antrag auf Zuerkennung des Erhöhungsbetrags

Mit Telefax vom 22.6.2016 beantragte die Bf die Zuerkennung des Erhöhungsbetrags:

Ich verweise auf den bereits gestellten Antrag für das o.a. Kind ab Geburt Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag zu zahlen.

Wie aus dem beiliegenden Befundbericht des AKH hervorgeht ist das Kind ein Albino und vermutlich deshalb erheblich sehbehindert.

Aufgrund dieser Behinderung des Kindes beantrage ich mir ab dem Geburtsmonat des Kindes 7/2014 die erhöhte Familienbeihilfe zu bewilligen.

Beigeschlossen war ein Befundbericht des Allgemeinen Krankenhauses der Stadt Wien vom 20.6.2016. Bei D wurde diagnostiziert:

okulokutaner Albinismus

Myopie et Astigmatismus o. u.

Nystagmus

bds. sekundäre Amblyopie

Photophobie

Vorhalt vom 13.7.2016

Das Finanzamt ersuchte hierauf die Bf mit Vorhalt vom 13.7.2016:

Do Dokumentbeschreibung

89 1) Ist das Asylverfahren abgeschlossen ? Wenn ja, bitte um Übermittlung des diesbezüglichen Bescheides.

Wenn nein, bitte um Bekanntgabe.

2) Bitte um Übermittlung der vorläufigen Titel der Aufenthaltsberechtigung der Antragstellerin ab der Geburt des Kindes bis dato.

Antwort vom 20.7.2016

Die Bf antwortete am 20.7.2016:

Ich habe vom Bundesverwaltungsgericht die auf Dauer unzulässige Rückkehrentscheidung bescheinigt erhalten. Vermutlich werde ich irgendwann einen humanitären Aufenthaltstitel des BFA erhalten, falls nicht vorher die MA35 eine Aufenthaltskarte ausstellt. Das Kind besitzt die österreichische Staatsbürgerschaft.

Damit gilt aber, dass mir Familienbeihilfe zu bewilligen ist (siehe BFG 20.1.2015, RV /7101450/2013).

Beschwerdevorentscheidung

Nachdem am 25.7.2016 neuerlich Meldeabfragen betreffend Mutter, Tochter und Vater durchgeführt wurden, wies das Finanzamt mit Beschwerde vorentscheidung vom 25.7.2016 die Beschwerde als unbegründet ab:

Gemäß § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz (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.

Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 2005 (AsylG 2005), BGBl. I Nr. 100/2005, gewährt wurde, haben Anspruch auf Familienbeihilfe. Dieser muss durch Vorlage eines positiven Asylbescheides dokumentiert werden.

Da das Finanzamt an die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts gebunden ist und bis dato kein positiver Asylbescheid übermittelt werden konnte, war die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

Die Beschwerdevorentscheidung wurde am 4.8.2016 (Beginn der Abholfrist) durch Hinterlegung zugestellt.

Vorlageantrag

Mit Telefax vom 4.8.2016 stellte die Bf Vorlageantrag:

Mit Beschwerdevorentscheidung vom 25.7.2016 weist das Finanzamt meine Beschwerde gegen den Bescheid vom 13.1.2015 zurück. Nach Ansicht des Finanzamtes halte ich mich nicht rechtmäßig in Österreich auf.

Das Finanzamt berücksichtigt dabei nicht, dass mein Kind seit Geburt die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt. Nach aktueller Judikatur des BFG (BFG vom 20.01.2015, RV/7101450/2013 u.a.) besitze ich ein Aufenthaltsrecht aufgrund unmittelbar anwendbaren Gemeinschaftsrechts und bin ich zum Bezug der Familienbeihilfe für mein Kind berechtigt. Auf die Behinderung des Kindes wird nochmals hingewiesen.

ich beantrage daher die Vorlage meiner Beschwerde an das Bundesfinanzgericht.

Abweisungsbescheid vom 24.8.2016

Mit Abweisungsbescheid vom 24.8.2016 wies das Finanzamt Wien 3/6/7/11/15 Schwechat Gerasdorf einen (mit diesem Datum in den vorgelegten Verwaltungsakten nicht enthaltenen) Antrag der Bf "vom 24.8.2016 (= Datum des Bescheides) auf erhöhte Familienbeihilfe für D mit folgender Begründung ab:

Die erhöhte Familienbeihilfe steht nur zu wenn die normale Familienbeihilfe ausbezahlt wird. Da für obengenanntes Kind keine Familienbeihilfe zusteht ist auch die erhöhte Familienbeihilfe abzuweisen.

Vorlage

Mit Bericht vom 30.8.2016 legte das Finanzamt die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vor und führte dazu aus:

Sachverhalt:

Die Antragstellerin beehrte am 9.9.2014 die Zuerkennung der Familienbeihilfe für das Kind E D, geb. am7.2014.

Mit Abweisungsbescheid vom 13.1.2015 wurde der Antrag abgewiesen, da die abverlangten Unterlagen nicht übermittelt wurden.

Am 12.2.2015 wurde gegen den Abweisungsbescheid das Rechtsmittel der Beschwerde erhoben.

Mit Beschwerdevorentscheidung vom 25.7.2016 wurde die Beschwerde abgewiesen (Begründung: Da das Finanzamt an die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts gebunden ist und bis dato kein positiver Asylbescheid übermittelt werden konnte, war die Beschwerde als unbegründet abzuweisen).

Am 4.8.2016 wurde der Vorlageantrag gestellt.

Beweismittel:

Gescannte Dokumente.

Stellungnahme:

Die Entscheidung über den Vorlageantrag wird dem Bundesfinanzgericht überlassen.

Vollmachtsvorlage

Mit E-Mail vom 17.11.2016 übermittelte der rechtsfreundliche Vertreter dem Bundesfinanzgericht ein PDF der ihm am 1.9.2016 von der Bf erteilten Vollmacht.

Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

Sachverhalt

Die Bf ist nigerianische Staatsbürgerin, lebt seit dem Jahr 2009 ununterbrochen in Österreich und beantragte in Österreich Asyl.

Im Juli 2014 kam ihre Tochter D in Österreich zur Welt. Deren Vater F E ist zwar in Nigeria geboren, aber österreichischer Staatsbürger. D ist österreichische Staatsbürgerin.

D lebt gemeinsam mit ihrer Mutter in deren Haushalt und getrennt von ihrem Vater.

Die Bf und ihre Tochter beziehen keine Leistungen aus der Grundversorgung und auch nicht aus der bedarfsorientierten Mindestsicherung. Woher die Bf und ihre Tochter die Mittel zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts nehmen, steht nicht fest.

Der Antrag der Bf auf internationalen Schutz wurde, was den Status als Asylberechtigte und den Status als subsidiär Schutzberechtigte anlangt, rechtskräftig abgewiesen. Das BVwG hat am 30.3.2015 entschieden, dass eine Rückkehrentscheidung gemäß § 9 Abs. 2 BFAVG iVm § 75 Abs. 20 1. Satz, 1. Fall AsylG 2005 idgF auf Dauer unzulässig sei.

D leidet an okulokutanem Albinismus, Myopie et Astigmatismus o. u., Nystagmus, bds. sekundärer Amblyopie und Photophobie; eine Bescheinigung des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen i.S. § 8 Abs. 6 FLAG 1967 liegt bis jetzt nicht vor.

Beweiswürdigung

Die getroffenen Feststellungen stützen sich vor allem auf das glaubwürdige Vorbringen der Bf und die von ihr vorgelegten Beweismittel. Das Finanzamt hat weder im angefochtenen Bescheid noch in der Beschwerdeverentscheidung Feststellungen getroffen.

Laut Beschwerde soll die Bf zwei Töchter, die beide österreichische Staatsbürger seien, haben. Zur zweiten Tochter befinden sich im Akt des Finanzamts jedoch keine näheren Angaben, dies ist für das gegenständliche Verfahren aber auch nicht von Bedeutung.

Rechtsgrundlagen

Nationales Recht

§ 2 Abs. 1 lit. a FLAG 1967 lautet:

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

a) für minderjährige Kinder, ...

§ 2 Abs. 2 FLAG 1967 lautet:

(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 Abs. 1 FLAG 1967 idF des Fremdenrechtspaketes 2005, BGBl. I Nr. 100/2005 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, rechtmäßig in Österreich aufhalten.

§ 8 FLAG 1967 lautet:

§ 8. (1) Der einer Person zustehende Betrag an Familienbeihilfe bestimmt sich nach der Anzahl und dem Alter der Kinder, für die ihr Familienbeihilfe gewährt wird.

(2) Ab 1. Jänner 2003 beträgt die Familienbeihilfe für jedes Kind monatlich 105,4 €; sie erhöht sich für jedes Kind ab Beginn des Kalendermonats, in dem dieses das 3. Lebensjahr vollendet, um monatlich 7,3 €; sie erhöht sich weiters für jedes Kind ab Beginn des Kalendermonats, in dem dieses das 10. Lebensjahr vollendet, um monatlich 18,2 €; sie erhöht sich weiters ab Beginn des Kalendermonats, in dem das Kind das 19. Lebensjahr vollendet, um monatlich 21,8 €. Diese Beträge gelten für eine Vollwaise (§ 6) entsprechend.

(3) Ab 1. September 2013 erhöht sich die Familienbeihilfe monatlich für jedes Kind, wenn sie

- a) für zwei Kinder gewährt wird, um 6,4 € für jedes Kind,*
- b) für drei Kinder gewährt wird, um 15,94 € für jedes Kind,*
- c) für vier Kinder gewährt wird, um 24,45 € für jedes Kind,*
- d) für fünf Kinder gewährt wird, um 29,56 € für jedes Kind,*
- e) für sechs Kinder gewährt wird, um 32,97 € für jedes Kind,*
- f) für sieben Kinder gewährt wird, um 35,4 € für jedes Kind,*
- g) für acht Kinder gewährt wird, um 37,23 € für jedes Kind,*
- h) für neun Kinder gewährt wird, um 38,65 € für jedes Kind,*
- i) für zehn Kinder gewährt wird, um 39,78 € für jedes Kind,*
- j) für elf Kinder gewährt wird, um 40,71 € für jedes Kind,*
- k) für zwölf Kinder gewährt wird, um 41,49 € für jedes Kind,*
- l) für dreizehn Kinder gewährt wird, um 42,14 € für jedes Kind,*
- m) für vierzehn Kinder gewährt wird, um 42,7 € für jedes Kind,*
- n) für fünfzehn Kinder gewährt wird, um 43,19 € für jedes Kind und*
- o) für sechzehn und mehr Kinder gewährt wird, um 50 € für jedes Kind.*

(4) Ab 1. Jänner 2003 erhöht sich die Familienbeihilfe für jedes Kind, das erheblich behindert ist, monatlich um 138,3 €.

(5) Als erheblich behindert gilt ein Kind, bei dem eine nicht nur vorübergehende Funktionsbeeinträchtigung im körperlichen, geistigen oder psychischen Bereich oder in der Sinneswahrnehmung besteht. Als nicht nur vorübergehend gilt ein Zeitraum von voraussichtlich mehr als drei Jahren. Der Grad der Behinderung muß mindestens 50 vH betragen, soweit es sich nicht um ein Kind handelt, das voraussichtlich dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen. Für die Einschätzung des Grades der Behinderung sind § 14 Abs. 3 des Behinderteneinstellungsgesetzes, BGBl. Nr. 22/1970, in der jeweils geltenden Fassung, und die Verordnung des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz betreffend nähere Bestimmungen über die Feststellung des Grades der Behinderung (Einschätzungsverordnung) vom 18. August 2010, BGBl. II Nr. 261/2010, in der jeweils geltenden Fassung anzuwenden. Die erhebliche Behinderung ist spätestens nach fünf Jahren neu festzustellen, soweit nicht Art und Umfang eine Änderung ausschließen.

(6) Der Grad der Behinderung oder die voraussichtlich dauernde Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, ist durch eine Bescheinigung des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen auf Grund eines ärztlichen Sachverständigengutachtens nachzuweisen. Die diesbezüglichen Kosten sind aus Mitteln des Ausgleichsfonds für Familienbeihilfen zu ersetzen.

(7) Die Abs. 4 bis 6 gelten sinngemäß für Vollwaisen, die gemäß § 6 Anspruch auf Familienbeihilfe haben.

(8) Für jedes Kind, das in einem Kalenderjahr das 6. Lebensjahr bereits vollendet hat oder vollendet und das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, erhöht sich die Familienbeihilfe für den September dieses Kalenderjahres um 100 €.

§ 33 Abs. 3 EStG 1988 lautet:

(3) Steuerpflichtigen, denen auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, steht im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag von monatlich 58,40 Euro für jedes Kind zu. Für Kinder, die sich ständig außerhalb eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines Staates des Europäischen Wirtschaftsraumes oder der Schweiz aufhalten, steht kein Kinderabsetzbetrag zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 anzuwenden.

§§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG) in der Fassung des Fremdenrechtsänderungsgesetzes 2011 - FrÄG 2011, BGBl. I Nr. 38/2011 lauten auszugsweise:

3. Hauptstück

Aufenthalts- und Niederlassungsberechtigungen Arten und Form der Aufenthaltstitel

§ 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 §§ 12d 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 § 12d Abs. 2 Z 4 AuslBG erstellt wurde, berechtigt;
4. 'Niederlassungsbewilligung', 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 - 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 - EG' 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 - Familienangehöriger' (Z 9) zu erhalten;
9. Aufenthaltstitel 'Daueraufenthalt - Familienangehöriger' für die Dokumentation des unbefristeten Niederlassungsrechts, unbeschadet der Gültigkeitsdauer des Dokuments;
10. 'Aufenthaltsbewilligung' für einen vorübergehenden befristeten Aufenthalt im Bundesgebiet zu einem bestimmten Zweck (§§ 58 bis 69a).

...

Dokumentation des unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts

§ 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....

§ 2 BAO lautet:

§ 2. Die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes gelten, soweit sie hierauf nicht unmittelbar anwendbar sind und nicht anderes bestimmt ist, sinngemäß in Angelegenheiten

a) der von den Abgabenbehörden des Bundes zuzuerkennenden oder rückzufordernden bundesrechtlich geregelten

1. Beihilfen aller Art und

2. Erstattungen, Vergütungen und Abgeltungen von Abgaben und Beiträgen;

b) des Tabak-, Salz- und Alkoholmonopols, soweit die Abgabenbehörden des Bundes nach den diese Monopole regelnden Vorschriften behördliche Aufgaben zu besorgen haben;

c) der von den Abgabenbehörden der Länder und Gemeinden zuzuerkennenden oder rückzufordernden landesrechtlich geregelten Erstattungen von Abgaben.

§ 93 BAO lautet:

§ 93. (1) Für schriftliche Bescheide gelten außer den ihren Inhalt betreffenden besonderen Vorschriften die Bestimmungen der Abs. 2 bis 6, wenn nicht nach gesetzlicher Anordnung die öffentliche Bekanntmachung oder die Auflegung von Listen genügt.

(2) Jeder Bescheid ist ausdrücklich als solcher zu bezeichnen, er hat den Spruch zu enthalten und in diesem die Person (Personenvereinigung, Personengemeinschaft) zu nennen, an die er ergeht.

(3) Der Bescheid hat ferner zu enthalten

a) eine Begründung, wenn ihm ein Anbringen (§ 85 Abs. 1 oder 3) zugrunde liegt, dem nicht vollinhaltlich Rechnung getragen wird, oder wenn er von Amts wegen erlassen wird;

b) eine Belehrung, ob ein Rechtsmittel zulässig ist, innerhalb welcher Frist und bei welcher Behörde das Rechtsmittel einzubringen ist, ferner, daß das Rechtsmittel begründet werden muß und daß ihm eine aufschiebende Wirkung nicht zukommt (§ 254).

(4) Enthält der Bescheid keine Rechtsmittelbelehrung oder keine Angabe über die Rechtsmittelfrist oder erklärt er zu Unrecht ein Rechtsmittel für unzulässig, so wird die Rechtsmittelfrist nicht in Lauf gesetzt.

(5) Ist in dem Bescheid eine kürzere oder längere als die gesetzliche Frist angegeben, so gilt das innerhalb der gesetzlichen oder der angegebenen längeren Frist eingebrachte Rechtsmittel als rechtzeitig erhoben.

(6) Enthält der Bescheid keine oder eine unrichtige Angabe über die Abgabenbehörde, bei welcher das Rechtsmittel einzubringen ist, so ist das Rechtsmittel richtig eingebracht, wenn es bei der Abgabenbehörde, die den Bescheid ausgefertigt hat, oder bei der angegebenen Abgabenbehörde eingebracht wurde.

§ 115 BAO lautet:

§ 115. (1) Die Abgabenbehörden haben die abgabepflichtigen Fälle zu erforschen und von Amts wegen die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zu ermitteln die für die Abgabepflicht und die Erhebung der Abgaben wesentlich sind.

(2) Den Parteien ist Gelegenheit zur Geltendmachung ihrer Rechte und rechtlichen Interessen zu geben.

(3) Die Abgabenbehörden haben Angaben der Abgabepflichtigen und amtsbekannte Umstände auch zugunsten der Abgabepflichtigen zu prüfen und zu würdigen.

(4) Solange die Abgabenbehörde nicht entschieden hat, hat sie auch die nach Ablauf einer Frist vorgebrachten Angaben über tatsächliche oder rechtliche Verhältnisse zu prüfen und zu würdigen.

§ 119 BAO lautet:

§ 119. (1) Die für den Bestand und Umfang einer Abgabepflicht oder für die Erlangung abgabenrechtlicher Begünstigungen bedeutsamen Umstände sind vom Abgabepflichtigen nach Maßgabe der Abgabenvorschriften offenzulegen. Die Offenlegung muß vollständig und wahrheitsgemäß erfolgen.

(2) Der Offenlegung dienen insbesondere die Abgabenerklärungen, Anmeldungen, Anzeigen, Abrechnungen und sonstige Anbringen des Abgabepflichtigen, welche die Grundlage für abgabenrechtliche Feststellungen, für die Festsetzung der Abgaben, für die Freistellung von diesen oder für Begünstigungen bilden oder die Berechnungsgrundlagen der nach einer Selbstberechnung des Abgabepflichtigen zu entrichtenden Abgaben bekanntgeben.

§§ 166, 167 BAO lauten:

§ 166. Als Beweismittel im Abgabenverfahren kommt alles in Betracht, was zur Feststellung des maßgebenden Sachverhaltes geeignet und nach Lage des einzelnen Falles zweckdienlich ist.

§ 167. (1) Tatsachen, die bei der Abgabenbehörde offenkundig sind, und solche, für deren Vorhandensein das Gesetz eine Vermutung aufstellt, bedürfen keines Beweises.

(2) Im übrigen hat die Abgabenbehörde unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht.

§ 183 BAO lautet:

§ 183. (1) Beweise sind von Amts wegen oder auf Antrag aufzunehmen.

(2) Die Abgabenbehörde kann die Beweisaufnahme auch im Wege der Amtshilfe durch andere Abgabenbehörden vornehmen lassen.

(3) Von den Parteien beantragte Beweise sind aufzunehmen, soweit nicht eine Beweiserhebung gemäß § 167 Abs. 1 zu entfallen hat. Von der Aufnahme beantragter Beweise ist abzusehen, wenn die unter Beweis zu stellenden Tatsachen als richtig anerkannt werden oder unerheblich sind, wenn die Beweisaufnahme mit unverhältnismäßigem Kostenaufwand verbunden wäre, es sei denn, daß die Partei sich zur Tragung der Kosten bereit erklärt und für diese Sicherheit leistet, oder wenn aus den Umständen erhellt, daß die Beweise in der offenbaren Absicht, das Verfahren zu verschleppen, angeboten worden sind. Gegen die Ablehnung der von den Parteien angebotenen Beweise ist ein abgesondertes Rechtsmittel nicht zulässig.

(4) Den Parteien ist vor Erlassung des abschließenden Sachbescheides Gelegenheit zu geben, von den durchgeführten Beweisen und vom Ergebnis der Beweisaufnahme Kenntnis zu nehmen und sich dazu zu äußern.

§§ 262 - 266 BAO lauten:

§ 262. (1) Über Bescheidbeschwerden ist nach Durchführung der etwa noch erforderlichen Ermittlungen von der Abgabenbehörde, die den angefochtenen Bescheid erlassen hat, mit als Beschwerdeverentscheidung zu bezeichnendem Bescheid abzusprechen.

(2) Die Erlassung einer Beschwerdeverentscheidung hat zu unterbleiben,

a) wenn dies in der Bescheidbeschwerde beantragt wird und

b) wenn die Abgabenbehörde die Bescheidbeschwerde innerhalb von drei Monaten ab ihrem Einlangen dem Verwaltungsgericht vorlegt.

(3) Wird in der Bescheidbeschwerde lediglich die Gesetzwidrigkeit von Verordnungen, die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen oder die Rechtswidrigkeit von Staatsverträgen behauptet, so ist keine Beschwerdeverentscheidung zu erlassen, sondern die Bescheidbeschwerde unverzüglich dem Verwaltungsgericht vorzulegen.

(4) Weiters ist keine Beschwerdeverentscheidung zu erlassen, wenn der Bundesminister für Finanzen den angefochtenen Bescheid erlassen hat.

§ 263. (1) Ist in der Beschwerdeverentscheidung die Bescheidbeschwerde

a) weder als unzulässig oder als nicht rechtzeitig eingebracht zurückzuweisen (§ 260) noch

b) als zurückgenommen (§ 85 Abs. 2, § 86a Abs. 1) oder als gegenstandslos (§ 256 Abs. 3, § 261) zu erklären,

so ist der angefochtene Bescheid nach jeder Richtung abzuändern, aufzuheben oder die Bescheidbeschwerde als unbegründet abzuweisen.

(2) In der Beschwerdeverentscheidung ist auf das Recht zur Stellung eines Vorlageantrages (§ 264) hinzuweisen.

(3) Eine Beschwerde vorentscheidung wirkt wie ein Beschluss (§ 278) bzw. ein Erkenntnis (§ 279) über die Beschwerde.

(4) § 281 gilt sinngemäß für Beschwerde vorentscheidungen; § 281 Abs. 2 allerdings nur, soweit sich aus der in § 278 Abs. 3 oder in § 279 Abs. 3 angeordneten Bindung nicht anderes ergibt.

§ 264. (1) Gegen eine Beschwerde vorentscheidung kann innerhalb eines Monats ab Bekanntgabe (§ 97) der Antrag auf Entscheidung über die Bescheidbeschwerde durch das Verwaltungsgericht gestellt werden (Vorlageantrag). Der Vorlageantrag hat die Bezeichnung der Beschwerde vorentscheidung zu enthalten.

(2) Zur Einbringung eines Vorlageantrages ist befugt

a) der Beschwerdeführer, ferner

b) jeder, dem gegenüber die Beschwerde vorentscheidung wirkt.

(3) Wird ein Vorlageantrag rechtzeitig eingebracht, so gilt die Bescheidbeschwerde von der Einbringung des Antrages an wiederum als unerledigt. Die Wirksamkeit der Beschwerde vorentscheidung wird durch den Vorlageantrag nicht berührt. Bei Zurücknahme des Antrages gilt die Bescheidbeschwerde wieder als durch die Beschwerde vorentscheidung erledigt; dies gilt, wenn solche Anträge von mehreren hiezu Befugten gestellt wurden, nur für den Fall der Zurücknahme aller dieser Anträge.

(4) Für Vorlageanträge sind sinngemäß anzuwenden:

a) § 93 Abs. 4 und 5 sowie § 245 Abs. 1 zweiter Satz und Abs. 2 bis 5 (Frist),

b) § 93 Abs. 6 und § 249 Abs. 1 (Einbringung),

c) § 255 (Verzicht),

d) § 256 (Zurücknahme),

e) § 260 Abs. 1 (Unzulässigkeit, nicht fristgerechte Einbringung),

f) § 274 Abs. 3 Z 1 und 2 sowie Abs. 5 (Unterbleiben einer mündlichen Verhandlung).

(5) Die Zurückweisung nicht zulässiger oder nicht fristgerecht eingebrachter Vorlageanträge obliegt dem Verwaltungsgericht.

§ 265. (1) Die Abgabenbehörde hat die Bescheidbeschwerde, über die keine Beschwerde vorentscheidung zu erlassen ist oder über die infolge eines Vorlageantrages vom Verwaltungsgericht zu entscheiden ist, nach Durchführung der etwa noch erforderlichen Ermittlungen ohne unnötigen Aufschub dem Verwaltungsgericht vorzulegen.

(2) Die Vorlage der Bescheidbeschwerde hat jedenfalls auch die Vorlage von Ablichtungen (Ausdrucken) des angefochtenen Bescheides, der Beschwerde vorentscheidung, des Vorlageantrages und von Beitrittserklärungen zu umfassen.

(3) Der Vorlagebericht hat insbesondere die Darstellung des Sachverhaltes, die Nennung der Beweismittel und eine Stellungnahme der Abgabenbehörde zu enthalten.

(4) Die Abgabenbehörde hat die Parteien (§ 78) vom Zeitpunkt der Vorlage an das Verwaltungsgericht unter Anschluss einer Ausfertigung des Vorlageberichtes zu verständigen.

(5) Partei im Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht ist auch die Abgabenbehörde, deren Bescheid mit Bescheidbeschwerde angefochten ist.

(6) Die Abgabenbehörde ist ab der Vorlage der Bescheidbeschwerde verpflichtet, das Verwaltungsgericht über Änderungen aller für die Entscheidung über die Beschwerde bedeutsamen tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse unverzüglich zu verständigen. Diese Pflicht besteht ab Verständigung (Abs. 4) auch für den Beschwerdeführer.

§ 266. (1) Die Abgabenbehörde hat, soweit nicht anderes angeordnet ist, gleichzeitig mit der Vorlage der Bescheidbeschwerde die Akten (samt Aktenverzeichnis) vorzulegen. Die Abgabenbehörde hat den Parteien (§ 78) eine Ausfertigung des Aktenverzeichnisses zu übermitteln.

(2) Mit Zustimmung des Verwaltungsgerichtes darf die Übermittlung der Beschwerde (§ 265) und die Aktenvorlage (Abs. 1) in Form von Ablichtungen erfolgen.

(3) Soweit Akten oder Beweismittel nur auf Datenträgern vorliegen, sind auf Verlangen des Verwaltungsgerichtes ohne Hilfsmittel lesbare, dauerhafte Wiedergaben von der Abgabenbehörde bzw. von der Partei (§ 78) beizubringen.

(4) Soweit die Abgabenbehörde die Vorlage von Akten (Abs. 1 bzw. bezüglich Maßnahmenbeschwerden oder Säumnisbeschwerden auf Verlangen des Verwaltungsgerichtes) unterlässt, kann das Verwaltungsgericht nach erfolgloser Aufforderung unter Setzung einer angemessenen Nachfrist auf Grund der Behauptungen des Beschwerdeführers erkennen.

§ 270 BAO lautet:

§ 270. Auf neue Tatsachen, Beweise und Anträge, die der Abgabenbehörde im Laufe des Beschwerdeverfahrens zur Kenntnis gelangen, ist von der Abgabenbehörde Bedacht zu nehmen, auch wenn dadurch das Beschwerdebegehren geändert oder ergänzt wird. Dies gilt sinngemäß für dem Verwaltungsgericht durch eine Partei oder sonst zur Kenntnis gelangte Umstände.

§ 274 BAO lautet:

§ 274. (1) Über die Beschwerde hat eine mündliche Verhandlung stattzufinden,

1. wenn es beantragt wird

a) in der Beschwerde,

b) im Vorlageantrag (§ 264),

c) in der Beitrittserklärung (§ 258 Abs. 1) oder

d) wenn ein Bescheid gemäß § 253 an die Stelle eines mit Bescheidbeschwerde angefochtenen Bescheides tritt, innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe (§ 97) des späteren Bescheides, oder

2. Wenn es der Einzelrichter bzw. der Berichterstatter für erforderlich hält.

(2) Obliegt die Entscheidung über die Beschwerde dem Senat, so hat eine mündliche Verhandlung weiters stattzufinden,

1. wenn es der Senatsvorsitzende für erforderlich hält oder

2. wenn es der Senat auf Antrag eines Mitglieds beschließt.

(3) Der Senat kann ungeachtet eines Antrages (Abs. 1 Z 1) von einer mündlichen Verhandlung absehen, wenn die Beschwerde

1. als unzulässig oder nicht rechtzeitig eingebracht zurückzuweisen ist (§ 260),

2. als zurückgenommen (§ 85 Abs. 2, § 86a Abs. 1) oder als gegenstandslos (§ 256 Abs. 3, § 261) zu erklären ist oder

3. wenn eine Aufhebung unter Zurückverweisung der Sache an die Abgabenbehörde erfolgt (§ 278).

(4) Der Senatsvorsitzende hat den Ort und den Zeitpunkt der Verhandlung zu bestimmen. Hat eine mündliche Verhandlung stattzufinden, so sind die Parteien mit dem Beifügen vorzuladen, dass ihr Fernbleiben der Durchführung der Verhandlung nicht entgegensteht.

(5) Obliegt die Entscheidung über die Beschwerde dem Einzelrichter und hat nach Abs. 1 eine mündliche Verhandlung stattzufinden, so sind Abs. 3 und 4 sowie § 273 Abs. 1, § 275 und § 277 Abs. 4 sinngemäß anzuwenden; hierbei sind die Obliegenheiten und Befugnisse des Senatsvorsitzenden dem Einzelrichter auferlegt bzw. eingeräumt.

§ 278 BAO lautet:

§ 278. (1) Ist die Bescheidbeschwerde mit Beschluss des Verwaltungsgerichtes

a) weder als unzulässig oder nicht rechtzeitig eingebracht zurückzuweisen (§ 260) noch

b) als zurückgenommen (§ 85 Abs. 2, § 86a Abs. 1) oder als gegenstandslos (§ 256 Abs. 3, § 261) zu erklären,

so kann das Verwaltungsgericht mit Beschluss die Beschwerde durch Aufhebung des angefochtenen Bescheides und allfälliger Beschwerdevorentscheidungen unter Zurückverweisung der Sache an die Abgabenbehörde erledigen, wenn Ermittlungen (§ 115 Abs. 1) unterlassen wurden, bei deren Durchführung ein anders lautender Bescheid hätte erlassen werden oder eine Bescheiderteilung hätte unterbleiben können. Eine solche Aufhebung ist unzulässig, wenn die Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

(2) Durch die Aufhebung des angefochtenen Bescheides tritt das Verfahren in die Lage zurück, in der es sich vor Erlassung dieses Bescheides befunden hat.

(3) Im weiteren Verfahren sind die Abgabenbehörden an die für die Aufhebung maßgebliche, im aufhebenden Beschluss dargelegte Rechtsanschauung gebunden. Dies gilt auch dann, wenn der Beschluss einen kürzeren Zeitraum als der spätere Bescheid umfasst.

Europarecht

Art 8 EMRK lautet:

Artikel 8 - Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens

(1) Jedermann hat Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, seiner Wohnung und seines Briefverkehrs.

(2) Der Eingriff einer öffentlichen Behörde in die Ausübung dieses Rechts ist nur statthaft, insoweit dieser Eingriff gesetzlich vorgesehen ist und eine Maßnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist.

Art 14 EMRK lautet:

Artikel 14 - Verbot der Benachteiligung

Der Genuss der in der vorliegenden Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten ist ohne Benachteiligung zu gewährleisten, die insbesondere im Geschlecht, in der Rasse, Hautfarbe, Sprache, Religion, in den politischen oder sonstigen Anschauungen, in nationaler oder sozialer Herkunft, in der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, im Vermögen, in der Geburt oder im sonstigen Status begründet ist.

Unionsrecht

Art 20 AEUV lautet:

Artikel 20

(ex-Artikel 17 EGV)

(1) Es wird eine Unionsbürgerschaft eingeführt. Unionsbürger ist, wer die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt. Die Unionsbürgerschaft tritt zur nationalen Staatsbürgerschaft hinzu, ersetzt diese aber nicht.

(2) Die Unionsbürgerinnen und Unionsbürger haben die in den Verträgen vorgesehenen Rechte und Pflichten. Sie haben unter anderem

a) das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten;

b) in dem Mitgliedstaat, in dem sie ihren Wohnsitz haben, das aktive und passive Wahlrecht bei den Wahlen zum Europäischen Parlament und bei den Kommunalwahlen, wobei für sie dieselben Bedingungen gelten wie für die Angehörigen des betreffenden Mitgliedstaats;

c) im Hoheitsgebiet eines Drittlands, in dem der Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen, nicht vertreten ist, Recht auf Schutz durch die diplomatischen und konsularischen Behörden eines jeden Mitgliedstaats unter denselben Bedingungen wie Staatsangehörige dieses Staates;

d) das Recht, Petitionen an das Europäische Parlament zu richten und sich an den Europäischen Bürgerbeauftragten zu wenden, sowie das Recht, sich in einer der Sprachen der Verträge an die Organe und die beratenden Einrichtungen der Union zu wenden und eine Antwort in derselben Sprache zu erhalten.

Diese Rechte werden unter den Bedingungen und innerhalb der Grenzen ausgeübt, die in den Verträgen und durch die in Anwendung der Verträge erlassenen Maßnahmen festgelegt sind.

Art 21 AEUV lautet:

Artikel 21

(ex-Artikel 19 EGV)

(1) Jeder Unionsbürger hat das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten vorbehaltlich der in den Verträgen und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen frei zu bewegen und aufzuhalten.

(2) Erscheint zur Erreichung dieses Ziels ein Tätigwerden der Union erforderlich und sehen die Verträge hierfür keine Befugnisse vor, so können das Europäische Parlament und der Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren Vorschriften erlassen, mit denen die Ausübung der Rechte nach Absatz 1 erleichtert wird.

(3) Zu den gleichen wie den in Absatz 1 genannten Zwecken kann der Rat, sofern die Verträge hierfür keine Befugnisse vorsehen, gemäß einem besonderen Gesetzgebungsverfahren Maßnahmen erlassen, die die soziale Sicherheit oder den sozialen Schutz betreffen. Der Rat beschließt einstimmig nach Anhörung des Europäischen Parlaments.

Art 7 GRC lautet:

Artikel 7

Achtung des Privat- und Familienlebens

Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihrer Kommunikation.

Art 20, 21 GRC lauten:

Artikel 20

Gleichheit vor dem Gesetz

Alle Personen sind vor dem Gesetz gleich.

Artikel 21

Nichtdiskriminierung

(1) Diskriminierungen insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung sind verboten.

(2) Unbeschadet besonderer Bestimmungen der Verträge ist in ihrem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten.

Art 24 GRC lautet:

Artikel 24

Rechte des Kindes

(1) Kinder haben Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge, die für ihr Wohlergehen notwendig sind. Sie können ihre Meinung frei äußern. Ihre Meinung wird in den Angelegenheiten, die sie betreffen, in einer ihrem Alter und ihrem Reifegrad entsprechenden Weise berücksichtigt.

(2) Bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher Stellen oder privater Einrichtungen muss das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein.

(3) Jedes Kind hat Anspruch auf regelmäßige persönliche Beziehungen und direkte Kontakte zu beiden Elternteilen, es sei denn, dies steht seinem Wohl entgegen.

Art 33 GRC lautet:

Artikel 33

Familien- und Berufsleben

(1) Der rechtliche, wirtschaftliche und soziale Schutz der Familie wird gewährleistet.

(2) Um Familien- und Berufsleben miteinander in Einklang bringen zu können, hat jeder Mensch das Recht auf Schutz vor Entlassung aus einem mit der Mutterschaft zusammenhängenden Grund sowie den Anspruch auf einen bezahlten Mutterschaftsurlaub und auf einen Elternurlaub nach der Geburt oder Adoption eines Kindes.

Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheids

Der angefochtene Abweisungsbescheid wirft der Bf unter Hinweis auf § 115 BAO mangelnde Mitwirkung vor und nimmt an, dass ein Anspruch auf Familienbeihilfe nicht bestehe.

Ein Blick in das Gesetz würde genügen um zu sehen, dass § 115 BAO der Partei (§ 78 BAO) keine Mitwirkungspflichten auferlegt, sondern im Gegenteil die Behörde dazu verpflichtet, von Amts wegen den maßgebenden Sachverhalt zu ermitteln.

Die Partei (§ 78 BAO) trifft zwar eine Offenlegungs- und Wahrheitspflicht, die in § 119 BAO geregelt ist, diese entbindet die Behörde jedoch nicht von ihrer Ermittlungspflicht. Die amtswegige Ermittlungspflicht besteht auch dann, wenn die Partei (§ 78 BAO) ihre Verpflichtungen verletzt (vgl. Ritz, BAO⁵, § 115 Tz. 9 m.w.N.).

Im vorliegenden Fall hat die Bf nicht einmal ihre Mitwirkungspflicht verletzt, sondern wiederholt darauf hingewiesen (zuletzt wenige Wochen vor Erlassung des angefochtenen Bescheides), dass sie selbst auf einen positiven Asylbescheid warte. Verfügt die Bf über keinen positiven Asylbescheid, weil das Asylverfahren noch nicht abgeschlossen ist oder unter Abweisung des Asylantrags beendet wurde, kann ihr nicht der Vorwurf gemacht werden, diesen nicht vorzulegen.

Das Finanzamt wäre allerdings verpflichtet gewesen, mit der Asylbehörde, dem Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl (BFA), unmittelbar, etwa durch Ersuchsschreiben gemäß § 158 BAO, in Kontakt zu treten.

Die Behörde hat nicht "anzunehmen", ob Anspruch auf Familienbeihilfe besteht, sie hat in einem ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahren festzustellen, ob Anspruch auf Familienbeihilfe besteht oder nicht. Dieses Ermittlungsverfahren hat das Finanzamt nicht auf die Antragstellerin abzuwälzen, sondern selbst durchzuführen. Nur dort, wo das Finanzamt begrenzte Ermittlungsmöglichkeiten hat, etwa bei Fragen des höchstpersönlichen Lebensbereichs oder bei der Beischaffung von Unterlagen von Behörden eines Staates, mit dem keine umfassende Amtshilfe besteht, kann eine fehlende Mitwirkung der Partei (§ 78 BAO) dieser zur Last gelegt werden.

Rechtswidrigkeit der Beschwerdeverentscheidung

Die Beschwerdeverentscheidung ist schon deswegen rechtswidrig, da aus dieser nicht hervorgeht, welcher Sachverhalt der Entscheidung zugrunde gelegt wurde, aus welchen Erwägungen die belangte Behörde zur Einsicht gelangt ist, dass gerade dieser Sachverhalt vorliegt, und aus welchen Gründen die Behörde die Subsumtion des Sachverhaltes unter einem bestimmten Tatbestand für zutreffend erachtet. Diese für

das allgemeine Verwaltungsverfahren in § 60 AVG verankerten Grundsätze sind auch im Verfahren nach der BAO zu beachten (vgl. BFG 25.4.2014, RV/7101531/2014; BFG 23.2.2016, RV/7104898/2015 u.a.).

Die Beschwerdeverentscheidung ist rechtswidrig, da sie sich mit keinem Wort mit der umfassenden Argumentation der Bf im Beschwerdeverfahren auseinandersetzt. Die Bf gründet ihren Anspruch, wie aus der ausführlichen Beschwerde hervorgeht, nicht auf einen Status als Asylberechtigte, sondern auf ein Aufenthaltsrecht als Angehörige von Unionsbürgern kraft Unionsrechts, und stützt sich dabei auf das im weiteren Verfahren vorgelegte Erkenntnis BFG 20.1.2015, RV/7101450/2013. Mit dieser Argumentation hat sich das Finanzamt überhaupt nicht befasst.

Aufenthaltsrecht der Beschwerdeführerin

Die Bf ist, wie ausgeführt, zwar Drittstaatsangehörige, die weder asylberechtigt noch subsidiär schutzberechtigt ist, aber Mutter und damit Angehörige i.S.d. Art. 3 Abs. 1 RL 2004/38/EG (Freizügigkeitsrichtlinie), jedenfalls einer österreichischen Staatsbürgerin, nämlich ihrer Tochter D E.

Das Bundesfinanzgericht hat bereits vor Erlassung der Beschwerdeverentscheidung mehrfach entschieden, was von jedermann in der FINDOK nachgelesen werden kann, dass Drittstaatsangehörigen, die nahe Angehörige von österreichischen Staatsbürgern sind, ein Aufenthaltsrecht kraft Unionsrechts zukommen kann (BFG 20.1.2015, RV/7101450/2013; BFG 28.1.2015, RV/7100238/2013; BFG 11.8.2015, RV/7101146/2014; BFG 21.1.2016, RV/7105692/2015). Das Bundesfinanzgericht stützt sich dabei auf die Rechtsprechung des EuGH.

So hat der EuGH entschieden (EuGH 8.3.2011, C-34/09, Ruiz Zambrano), dass Art. 20 AEUV dahin auszulegen sei, dass er es einem Mitgliedstaat verwehrt, einem Drittstaatsangehörigen, der seinen minderjährigen Kindern, die Unionsbürger sind, Unterhalt gewährt, zum einen den Aufenthalt im Wohnsitzmitgliedstaat der Kinder, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen, zu verweigern und ihm zum anderen eine Arbeitserlaubnis zu verweigern, da derartige Entscheidungen diesen Kindern den tatsächlichen Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihnen der Unionsbürgerstatus verleiht, verwehren würde.

Im einzelnen hat der Gerichtshof unter anderem ausgeführt:

39 *Vorab ist festzustellen, dass die Richtlinie 2004/38 gemäß Abs. 1 ihres Art. 3 („Berechtigte“) für jeden Unionsbürger gilt, „der sich in einen anderen als den Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, begibt oder sich dort aufhält, sowie für seine Familienangehörigen“. Daher gilt diese Richtlinie nicht in einem Fall, wie er dem Ausgangsverfahren zugrunde liegt.*

40 Art. 20 AEUV verleiht jeder Person, die die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt, den Status eines Unionsbürgers (vgl. insbesondere Urteile vom 11. Juli 2002, *D'Hoop*, C-224/98, Slg. 2002, I-6191, Randnr. 27, und vom 2. Oktober 2003, *Garcia Avello*, C-148/02, Slg. 2003, I-11613, Randnr. 21). Da das zweite und das dritte Kind von Herrn Ruiz Zambrano die belgische Staatsangehörigkeit besitzen und die Bedingungen für den Erwerb derselben der Zuständigkeit des fraglichen Mitgliedstaats unterliegen (vgl. in diesem Sinne insbesondere Urteil vom 2. März 2010, *Rottmann*, C-135/08, I-0000, Randnr. 39), genießen das zweite und das dritte Kind von Herrn Ruiz Zambrano eindeutig diesen Status (vgl. in diesem Sinne Urteile *Garcia Avello*, Randnr. 21, sowie *Zhu und Chen*, Randnr. 20).

41 Wie der Gerichtshof mehrfach hervorgehoben hat, ist der Unionsbürgerstatus dazu bestimmt, der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten zu sein (vgl. insbesondere Urteile vom 20. September 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, Slg. 2001, I-6193, Randnr. 31, vom 17. September 2002, *Baumbast und R*, C-413/99, Slg. 2002, I-7091, Randnr. 82, *Garcia Avello*, Randnr. 22, *Zhu und Chen*, Randnr. 25, sowie *Rottmann*, Randnr. 43).

42 Unter diesen Umständen steht Art. 20 AEUV nationalen Maßnahmen entgegen, die bewirken, dass den Unionsbürgern der tatsächliche Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihnen der Unionsbürgerstatus verleiht, verwehrt wird (vgl. in diesem Sinne Urteil *Rottmann*, Randnr. 42).

43 Eine derartige Auswirkung liegt vor, wenn einer einem Drittstaat angehörenden Person in dem Mitgliedstaat des Wohnsitzes ihrer minderjährigen Kinder, die diesem Mitgliedstaat angehören und denen sie Unterhalt gewährt, der Aufenthalt und eine Arbeitserlaubnis verweigert werden.

44 Eine solche Aufenthaltsverweigerung hat nämlich zur Folge, dass sich die genannten Kinder – Unionsbürger – gezwungen sehen, das Gebiet der Union zu verlassen, um ihre Eltern zu begleiten. Ebenso besteht die Gefahr, dass eine solche Person, wenn ihr keine Arbeitserlaubnis erteilt wird, nicht über die für ihren Unterhalt und den ihrer Angehörigen erforderlichen Mittel verfügt, was ebenfalls zur Folge hätte, dass sich ihre Kinder – Unionsbürger – gezwungen sähen, das Hoheitsgebiet der Union zu verlassen. Unter derartigen Umständen wäre es den genannten Unionsbürgern de facto unmöglich, den Kernbestand der Rechte, die ihnen der Unionsbürgerstatus verleiht, in Anspruch zu nehmen.

Diese Rechtsprechung wurde vom EuGH in der Entscheidung EuGH 10.10.2013, C-86/12, *Alopa*, bestätigt:

Der Gerichtshof wiederholt dort, "dass es ganz besondere Sachverhalte gibt, in denen – obwohl das für das Aufenthaltsrecht von Drittstaatsangehörigen geltende abgeleitete Recht nicht eingreift und 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" (Rn 32).

So habe das nationale Gericht zu prüfen, ob der Mutter nicht "ausnahmsweise ein solches Aufenthaltsrecht gewährt werden kann, da sonst die Unionsbürgerschaft ihrer Kinder ihrer praktischen Wirksamkeit beraubt würde, weil sie sich infolge dieser Weigerung de facto gezwungen sähen, das Gebiet der Union als Ganzes zu verlassen, und ihnen dadurch der tatsächliche Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihnen die Unionsbürgerschaft verleiht, verwehrt würde" (Rn 33).

Feststellungen darüber, womit die Bf und ihre Tochter (ihre Töchter) ihren Lebensunterhalt bestreiten, hat das Finanzamt nicht getroffen. Die Bf selbst bringt vor, dass der Vater von D wenig bis keinen Unterhalt leistet, und D bei ihr haushaltszugehörig ist.

Nach Ansicht des Bundesfinanzgerichts ist der Begriff der Unterhaltsgewährung i.S.d. Rz 43 des Urteils in der Rs Ruiz Zambrano umfassend zu verstehen und nicht auf materielle Leistungen beschränkt.

Die Pflege des minderjährigen Kindes umfasst besonders die Wahrnehmung des körperlichen Wohles und der Gesundheit sowie die unmittelbare Aufsicht, die Erziehung besonders die Entfaltung der körperlichen, geistigen, seelischen und sittlichen Kräfte, die Förderung der Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten des Kindes sowie dessen Ausbildung in Schule und Beruf (§ 160 ABGB).

Es versteht sich von selbst, dass gerade für einen Säugling und später für ein Kleinkind die unmittelbare Pflege durch seine Mutter von ganz besonderer Bedeutung ist. Eine Trennung von Mutter und Kind wäre dem Kindeswohl (vgl. Art. 1 Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern, BGBl. I Nr. 4/2011) in erheblichem Maße abträglich.

Müsste die Bf Österreich verlassen, wäre ihre Tochter D praktisch gezwungen, mit ihrer Mutter Österreich ebenfalls zu verlassen, da ihr Vater nicht für sie sorgt. Würde D von ihrer Mutter getrennt, müsste die Obsorge für D der Jugendwohlfahrtsträger übernehmen. Eine Trennung von Mutter und Tochter widerspräche dem nach der EMRK gebotenen Schutz der Familie und dem Wohl des Kindes. D wäre daher der tatsächliche Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihr die Unionsbürgerschaft verleiht, verwehrt.

Die Bf hält sich somit, solange sie für ihre Tochter D E tatsächlich die Obsorge ausübt, kraft Unionsrechts rechtmäßig in Österreich auf.

Da dieser Aufenthalt einen gesonderten Aufenthaltstitel für seine Rechtmäßigkeit nicht erfordert, ist, wie etwa bei Unionsbürgern, ein Aufenthaltstitel nach § 9 NAG nur deklarativ (vgl. BFG 20.1.2015, RV/7101450/2013; BFG 11.8.2015, RV/7101146/2014; BFG 21.1.2016, RV/7105692/2015).

Die Bf erfüllt daher im Beschwerdezeitraum (September 2014 bis Jänner 2015) die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 FLAG 1967 (vgl. BFG 20.1.2015, RV/7101450/2013; BFG 28.1.2015, RV/7100238/2013; BFG 11.8.2015, RV/7101146/2014; BFG 21.1.2016, RV/7105692/2015).

Antragszeitraum

Da der am 9.9.2014 gestellte Antrag auf Zuerkennung von Familienbeihilfe (Grundbetrag) kein Datum enthält, ab wann Familienbeihilfe zuerkannt werden soll, wirkt dieser grundsätzlich ab Antragstellung, also ab September 2014. Der angefochtene Bescheid sprach daher im Zeitpunkt seiner Erlassung zu Rec über einen Antrag ab September 2014 ab. Die Bf hat nach der Aktenlage mit Telefax vom 22.6.2016 ihren Antrag vom 9.9.2014 erweitert, dass ab Geburt ihrer Tochter Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag gezahlt werden soll. Dieser Antrag ist, soweit er den Zeitraum Juli und August 2014 betrifft, nach der Aktenlage noch unerledigt.

Sache des Beschwerdeverfahrens ist der angefochtene Bescheid. In diesem Beschwerdeverfahren kann über den Zeitraum Juli und August 2014 nicht abgesprochen werden, da damit die Sache des Beschwerdeverfahrens überschritten würde (vgl. etwa BFG 1.3.2016, RV/7100093/2016; BFG vom 13.5.2016, RV/7101741/2015; BFG 2.7.2016, RV/7102318/2015; BFG 8.9.2016, RV/7103135/2015; BFG 1.9.2016, RV/7102211/2015; BFG 1.9.2016, RV/7102211/2015).

Anders verhält es sich mit dem auch am 22.6.2016 gestellten Anbringen, rückwirkend ab Geburt den Erhöhungsbetrag zur Familienbeihilfe zu gewähren. Es handelt sich dabei um eine gemäß § 270 BAO maßgebende Erweiterung des ursprünglichen Antrags vom 9.9.2014, die auch den Beschwerdezeitraum (September 2014 bis Jänner 2015) betrifft, auch wenn dadurch das Beschwerdebegehren ergänzt wird (hinsichtlich Juli und August 2014 ist dieses Anbringen vom Finanzamt gemeinsam mit dem Antrag auf Gewährung des Grundbetrages für diesen Zeitraum vom 22.6.2016 zu erledigen).

Da es sich bei einem Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe (Grundbetrag) unter Berücksichtigung des Erhöhungsbetrages zur Familienbeihilfe wegen erheblicher Behinderung nach § 8 Abs. 4 FLAG um ein einziges Anbringen (§ 85 BAO) handelt, auch wenn für die Gewährung des Erhöhungsbetrages ein eigenes weiteres Formular (Beih 3) zusätzlich zum Formular Beih 1 und für die Feststellung der erheblichen Behinderung ein eigenes weiteres Verfahren im Rahmen des Familienbeihilfenverfahrens vorgesehen ist, ist im Fall einer bescheidmäßigen Erledigung (§ 13 FLAG 1967) über das gesamte Anbringen zu entscheiden bzw. bei Gewährung durch einheitliche Auszahlung (§ 11 FLAG 1967) vorzugehen (vgl. BFG 5.6.2015, RV/7104516/2014).

Der aktenkundige Abweisungsbescheid vom 24.8.2016 des Finanzamts Wien 3/6/7/11/15 Schwechat Gerasdorf steht der Berücksichtigung des Erhöhungsbetrages zur Familienbeihilfe nicht wegen entschiedener Sache (res iudicata) entgegen, da damit

über einen Antrag vom 24.8.2016 und nicht über den hier maßgeblichen vom 22.6.2016 entschieden wurde. Der Antrag vom 22.6.2016 wurde mit diesem Bescheid vom 24.8.2016 nicht abgewiesen (vgl. etwa BFG 1.3.2016, RV/7100093/2016; BFG vom 13.5.2016, RV/7101741/2015; BFG 2.7.2016, RV/7102318/2015; BFG 8.9.2016, RV/7103135/2015; BFG 1.9.2016, RV/7102211/2015; BFG 1.9.2016, RV/7102211/2015).

Nachweisführung betreffend erhebliche Behinderung

§ 8 Abs. 6 FLAG 1967 bestimmt zur Lösung der Frage, ob das Kind behindert oder voraussichtlich dauernd unfähig ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, die Nachweisführung ausschließlich durch eine Bescheinigung des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen (früher: Bundessozialamt, jetzt: Sozialministeriumservice).

Diese Bescheinigung hat gemäß § 8 Abs. 6 FLAG 1967 auf Grund eines ärztlichen Sachverständigengutachtens zu erfolgen.

Bei der Antwort auf die Frage, ob das Kind dauernd außerstande war bzw. ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, ist die Behörde bzw. das Bundesfinanzgericht an die der Bescheinigung des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen zugrunde liegenden Gutachten gebunden und darf diese nur insoweit prüfen, ob sie schlüssig und vollständig und nicht einander widersprechend sind (vgl. VwGH 29.9.2011, 2011/16/0063; VwGH 25.11.2010, 2010/16/0068, und die bei Lenneis in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 8 Rz 29 zitierte Rechtsprechung). Die Beihilfenbehörden haben bei ihrer Entscheidung von dieser durch ärztliche Gutachten untermauerten Bescheinigung auszugehen und können von ihr nur nach entsprechend qualifizierter Auseinandersetzung abgehen (vgl. VwGH 25.11.2010, 2010/16/0068; VfGH 10.12.2007, B 700/07).

Der im Verfahren vorgelegte Befundbericht betreffend D ist daher für die Gewährung der erhöhten Familienbeihilfe nicht ausreichend. Das Sozialministeriumservice hat (unter Berücksichtigung dieses Befundes und allfälliger weiterer Befunde) zu beurteilen, ob und ab wann bei D ein Grad der Behinderung von mindestens 50% (oder eine voraussichtlich dauernde Erwerbsunfähigkeit) besteht.

Zurückverweisung

Gemäß § 278 BAO kann das Verwaltungsgericht bei unterlassenen Ermittlungen mit Beschluss die Beschwerde durch Aufhebung des angefochtenen Bescheides und allfälliger Beschwerdeverordnungen unter Zurückverweisung der Sache an die Abgabenbehörde erledigen.

Der Erlass des BMF vom 23.12.2002, 66 5002/6-VI/6/02, Anforderung einer ärztlichen Bescheinigung des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen, sieht ebenso wie die Richtlinie des BMF vom 2.2.2010, BMF-280000/0222-IV/2/2013,

Organisationshandbuch – zur verwaltungsökonomischen Abwicklung des Verfahrens – ausschließlich den elektronischen Verkehr mit dem Sozialministeriumservice durch die Finanzämter vor.

Hier erweist sich eine sofortige Aufhebung des angefochtenen Bescheides unter Zurückverweisung der Sache an die Abgabenbehörde als weitaus verwaltungsökonomischer (vgl. BFG 21.7.2014, RV/7101144/2014; BFG 23.3.2015, RV/7105504/2014; BFG 6.4.2015, RV/7103602/2014; BFG 20.4.2015, RV/7103843/2014 BFG 6.3.2016, RV/7103019/2015; BFG 2.6.2016, RV/7105776/2015 oder BFG 3.7.2016, RV/7105191/2015).

Die Veranlassung ein Gutachtens erfolgt im elektronischen Verkehr der Finanzämter mit dem Sozialministeriumservice, das Bundesfinanzgericht ist in dieses elektronische Verfahren nicht eingebunden. Daher erweist sich die Zurückverweisung der Sache als zweckmäßiger (rascher und kostengünstiger) als die Führung dieser Ermittlungen durch das Bundesfinanzgericht selbst.

Die Aufhebung unter Zurückverweisung dient der Verfahrensbeschleunigung und entspricht dem Gebot der angemessenen Verfahrensdauer. Dem Bundesfinanzgericht fehlen zumindest für umfangreichere Ermittlungen die erforderlichen Ressourcen (das BFG hat eine verglichen mit allen anderen Gerichten signifikant zu niedrige Ausstattung mit nichtrichterlichen Mitarbeitern vgl. Wanke/Unger, BFGG § 18 Anm. 6). Die erforderlichen Erhebungen sind daher jedenfalls vom Finanzamt (sei es nach § 278 BAO, sei es bei Nichtaufhebung nach § 269 Abs. 2 BAO) durchzuführen (vgl. BFG 8.1.2016, RV/7105055/2015 oder BFG 6.3.2016, RV/7103019/2015).

Die Bf erhält somit schneller und kostengünstiger eine Entscheidung, wenn das Finanzamt nach Aufhebung des angefochtenen Bescheides unter Beachtung der im Aufhebungsbeschluss dargelegten Rechtsansicht des Gerichts neuerlich entscheiden kann (vgl. BFG 6.3.2016, RV/7103019/2015).

Von der Durchführung der beantragten mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 274 Abs. 3 Z 3 BAO i.V.m. § 274 Abs. 5 BAO abgesehen werden.

Zulässigkeit einer Revision

Gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Die Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist im vorliegenden Fall zulässig, weil die Rechtsfrage, ob das aus dem primären Unionsrecht (Art. 20 AEUV) abgeleitete Recht

auf Aufenthalt und eine Arbeitserlaubnis einer einem Drittstaat angehörenden Person in dem Mitgliedstaat des Wohnsitzes ihrer minderjährigen Kinder, die diesem Mitgliedstaat angehören und denen sie Unterhalt gewährt, einen Anspruch auf Familienbeihilfe begründet, vom Verwaltungsgerichtshof bisher noch nicht entschieden wurde (vgl. BFG 20.1.2015, RV/7101450/2013).

Wien, am 10. März 2017