

## **IM NAMEN DER REPUBLIK**

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R in der Beschwerdesache A, Adresse, vertreten durch Rechtsanwalt Edward W. Daigneault, Solicitor, Lerchenfelder Gürtel 45/11, 1160 Wien gegen den Bescheid des Finanzamtes FA vom 16.08.2011, betreffend Abweisung eines Antrages vom 14.06.2011 auf Zuerkennung von Familienbeihilfe für den Zeitraum ab September 2009 für ihre Tochter B D, geboren am XX.XX.XXXX und für den Zeitraum ab August 2006 für ihre Tochter C D, geboren am YY.YY.YYYY zu Recht erkannt:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art 133 Abs 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) zulässig.

## **Entscheidungsgründe**

Die Beschwerdeführerin (Bf) - Frau A - stellte mit Datum 25.03.2011 einen Antrag auf Zuerkennung von Familienbeihilfe für ihre Töchter B D, geboren am XX.XX.XXXX und C D, geboren am YY.YY.YYYY. Die Bf übermittelte gleichzeitig ihre Heiratsurkunde, die beiden Geburtsurkunden und Staatsbürgerschaftsnachweise ihrer Töchter und wies in einem Begleitschreiben darauf hin, dass sie selbst nigerianische Staatsbürgerin sei, ihre Kinder aber die österreichische Staatsbürgerschaft besäßen. Die Kinder wohnten mit ihr in einem gemeinsamen Haushalt und würden von ihr betreut und versorgt. Der Gatte und Kindesvater wohne nicht bei ihnen, trage zur Versorgung der Kinder zeitweise wenig, damals aber gar nichts bei. Weiters verwies die Bf darauf, dass der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft in der Rs C 34/09 Zambrano wie folgt entschieden habe: "Art. 20 AEUV ist dahin auszulegen, 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." Die Bf wies darauf hin, dass sie zur Versorgung der Kinder in Österreich gemeinschaftsrechtlich aufenthaltsberechtigt sei. Die Bf beantragte die Zuerkennung von Familienbeihilfe für ihre Tochter B ab Geburt und für ihre Tochter C ab August 2006, da sie für das erste Lebensjahr von C Familienbeihilfe bezogen habe.

Mit Schriftsatz vom 04.07.2011 übermittelte die Bf unter anderem Kopien des Mutter-Kind-Passes die Tochter B betreffend und ein Angebot der Magistratsabteilung 10 der Stadt Wien für eine Halbtagsbetreuung ihrer Tochter C in einem Kindertagesheim. Die Bf wies darauf hin, dass ihr aufgrund der jüngeren Rechtsprechung des EuGH iS Zambrano in Österreich ein Aufenthaltsrecht zukomme, da sie für den Unterhalt ihrer österreichischen Kinder aufkomme. Die Familienbeihilfe sei eine Transferleistung, die es Eltern erleichtern solle, den Unterhaltsleistungen für ihre Kinder nachzukommen und diene daher direkt dem Kindeswohl. Es scheine gleichheitswidrig, dass ihre Kinder mangels Genuss dieser Transferzahlung einen geringeren Unterhalt und damit einen geringeren Lebensstandard erdulden müssten, nur weil ihre Mutter nicht die österreichische Staatsangehörigkeit besitze.

Mit Abweisungsbescheid vom 16.08.2011 wurde der Antrag der Bf vom 14.06.2011 auf Zuerkennung von Familienbeihilfe mit der Begründung abgewiesen, dass gemäß § 3 Abs 1 FLAG 1967 Personen, die nicht österreichische Staatsbürger seien, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe hätten, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG), BGBl. I Nr 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhielten.

In ihrer gegen den Abweisungsbescheid eingebrachten Berufung (nun: Beschwerde) vom 22.08.2011 führte die Bf aus, dass sie nigerianische Staatsbürgerin sei, ihre beiden Töchter aber nach deren Vater die österreichische Staatsbürgerschaft besäßen. Weiters verwies die Bf darauf, dass der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft in der Rs C-34/09 Zambrano entschieden habe: "Art. 20 AEUV ist dahin auszulegen, 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."

Die Bf führte weiter aus, dass damit für den drittstaatsangehörigen Elternteil, der so wie sie ihre Kinder versorge, das Recht auf Aufenthalt in Österreich (siehe Randnr 42 u 43 des Urteils) sowie auch das Recht auf Arbeitsaufnahme (siehe Randnr 44) bestehe. Die Bf vertrat die Meinung, dass sie nun rechtmäßig in Österreich aufhältig sei und ihr zur Versorgung der österreichischen Kinder auch sämtliche dafür infrage kommenden Sozialleistungen und damit auch die Familienbeihilfe zu gewähren sei. Die Bf wies weiters darauf hin, dass andernfalls ihre österreichischen Unionsbürger-Kinder einen geringeren Unterhalt und damit einen geringeren Lebensstandard erdulden müssten und zwar

nur weil ihre Mutter nicht die österreichische Staatsangehörigkeit und damit nicht die Unionsbürgerschaft besitze. Die Bf verwies darauf, dass sie dies für gleichheitswidrig halte.

Mit Schriftsatz vom 06.12.2012 übermittelte die Bf einen Bescheid des Bundesministeriums für Inneres vom 23.11.2012 dessen Spruch unter anderem wie folgt lautet:

"Aufgrund Ihres Antrages auf Übergang der Entscheidungspflicht (Devolutionsantrag) vom 23.02.2012 wird Ihrem Erstantrag vom 06.04.2011 auf Erteilung [zum Zeitpunkt der Antragstellung zunächst eines Aufenthaltstitels "Familienangehöriger, am 20.04.2011 modifiziert in "Niederlassungsbewilligung - unbeschränkt" gemäß § 43 Abs 2 NAG] gemäß § 73 Abs 1 und 2 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG) in Verbindung mit § 41a Abs 9 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) stattgegeben. Es wird Ihnen ein Erstaufenthaltstitel "Rot-Weiß-Rot - Karte plus" für die Dauer von zwölf Monaten erteilt."

Mit Berufungsvorentscheidung (nun: Beschwerde vorentscheidung) vom 21.01.2013 wurde der Beschwerde gegen den Abweisungsbescheid vom 16.08.2011 teilweise stattgegeben: Für das Kind B D wurde der Zeitraum September 2009 bis November 2012 abgewiesen und ab dem Monat Dezember 2012 wurde der Beschwerde stattgegeben. Für das Kind C D wurde der Zeitraum August 2006 bis November 2012 abgewiesen und ab dem Monat Dezember 2012 wurde der Beschwerde stattgegeben. In der Begründung wurde darauf hingewiesen, dass gemäß § 3 Abs 1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 Personen, die nicht österreichische StaatsbürgerInnen seien, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe hätten, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhielten und dass nach Rücksprache mit der Magistratsabteilung 35 der Stadt Wien dem Devolutionsantrag der Bf stattgegeben und ein Aufenthaltstitel für den Zeitraum 20.12.2012 bis 20.12.2013 bewilligt worden sei.

Den Vorlageantrag vom 21.02.2013 begründete die Bf wie folgt:

"Es trifft zu, dass mir erstmals ab Dezember 2012 ein Aufenthaltstitel erteilt worden ist. Ich habe aber bereits am 10.12.2003 nach § 49 Abs 1 FrG 1997 Antrag auf Bewilligung des Aufenthaltes gestellt, über diesen Antrag hat weder die damals zuständige BPD Wien noch die nach dem NAG zuständig gewordene MA 35 entschieden, sondern scheint der Antrag kommentarlos im Fremdenpolizeiakt abgelegt und dort vergessen worden zu sein, jedenfalls ist erst dem BM für Inneres bei Behandlung des Devolutionsantrages aufgefallen, dass dieser Antrag noch offen war.

Die Behörde darf von mir verlangen einen Antrag auf Bewilligung des Aufenthaltes einzubringen, für ihre jahrelange Säumnis bin ich aber nicht verantwortlich, bei gesetzmäßiger Bewilligung des Aufenthaltsantrages (siehe den Rechtsanspruch nach § 49 Abs 1 FrG) wäre ich schon vor Geburt des ersten Kindes im Besitz einer Aufenthaltsbewilligung gewesen, diesfalls hätte das Finanzamt auch die Familienbeihilfe zuerkannt. Es wäre unfair iS Art 6 MRK mich wegen der jahrelangen Untätigkeit

der Fremden- bzw Niederlassungsbehörde schlechter zu stellen, weshalb bei verfassungskonformer Auslegung des FLAG den Kindern die Familienbeihilfe zur Gänze zuzuerkennen ist.

Die Familienbeihilfe dient der Erleichterung des Unterhalts der Kinder. Meine Kinder besitzen die österreichische Staatsbürgerschaft, sie können nichts dafür, dass ihre Mutter nicht auch Österreicherin ist. Die Kinder werden aber durch Nichtgewährung der Familienbeihilfe für den gesamten beantragten Zeitraum in ihrem Unterhalt geschmälert. Dies ist unzulässig, weil nach Art 1 B-VG Kinderrechte bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher und privater Einrichtungen das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein muss. Dem Wohl des Kindes ist hier nur dann gedient, wenn die österreichischen Kinder zu anderen österreichischen Kinder, denen Familienbeihilfe gewährt wird, gleich behandelt werden. Es erfordert also auch die hier angesprochene verfassungskonforme Auslegung des FLAG die Zuerkennung der Familienbeihilfe für die Kinder für den gesamten geltend gemachten Zeitraum."

Hingewiesen wird darauf, dass die am 31. Dezember 2013 beim Unabhängigen Finanzsenat als Abgabenbehörde zweiter Instanz anhängigen Berufungen gemäß § 323 Abs 38 BAO idgF vom Bundesfinanzgericht als Beschwerden im Sinn des Art 130 Abs 1 B-VG zu erledigen sind.

### **Über die Beschwerde wurde erwogen:**

Folgender Sachverhalt wird dem Erkenntnis zu Grunde gelegt:

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.

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus Auszügen des Zentralen Melderegisters, dem Abgabeninformationssystem des Bundes, dem Antrag auf Zuerkennung von Familienbeihilfe vom 25.03.2011, dem Bescheid des Ministeriums für Inneres vom 23.11.2012 und einer E-Mail vom 20.12.2012 der Magistratsabteilung 35 der Stadt Wien an das Finanzamt FA.

Der festgestellte Sachverhalt ist in folgender Weise rechtlich zu würdigen:

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.

EWR-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.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

#### 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 Gemeinschaftsrecht (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.

Wien, am 20. Jänner 2015