

## **IM NAMEN DER REPUBLIK**

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin R. in der Beschwerdesache W., Wien, über die Beschwerde vom 05.07.2016 gegen den Bescheid des Finanzamt Wien 8/16/17 vom 07.06.2016, mit dem der Antrag auf Familienbeihilfe für den Zeitraum ab Jänner 2016 für die Kinder E. G. C. und M. B. O. abgewiesen wurde, zu Recht erkannt:

1.) Soweit der Bescheid über die Gewährung der Familienbeihilfe 1/2016 bis 6/2016 für das Kind E. G. C. abspricht, wird dieser aufgehoben.

2.) Soweit der Bescheid über die Gewährung der Familienbeihilfe 1/2016 bis 6/2016 für das Kind M. B. O. abspricht, wird die Beschwerde abgewiesen.

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

## **Entscheidungsgründe**

Die Beschwerdeführerin W., (Bf.), StA. Nigeria, ist im Jahr 2009 illegal nach Österreich eingereist und stellte am 15.02.2009 den Antrag auf internationalen Schutz. Das Verfahren wurde vom Bundesverwaltungsgericht am 2015 eingestellt, eine Rückkehrentscheidung auf Dauer wurde als unzulässig festgestellt.

Am 16.12.2015 erging an die Bf. das Schreiben des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl in dem der Bf. mitgeteilt wird, dass ihr Aufenthaltsrecht bis 08.07.2016 gelte.

Am 2013 hat sie ihr erstes Kind E. G. C., StA. Nigeria, geboren, dessen Vater D. österreichischer Staatsbürger ist, mit dem die Bf. nicht zusammenlebt sondern nur telefonischen Kontakt hat und dieser seiner Tochter Unterhalt von € 200 zahlt.

Am 2015 bekam die Bf. ihr zweites Kind M. B. O., StA. Nigeria, mit dessen Vater S. M., nigerianischer Staatsbürger, sie zusammen in einem Haushalt lebt.

Aufgrund des Antrages auf Familienbeihilfe vom 13.07.2015 erließ das Finanzamt am 11.11.2015 eine Mitteilung über den Bezug der Familienbeihilfe von Juli 2015 bis Dez. 2015 für ihre beiden Kinder und dem Kinderabsetzbetrag.

In einem Überprüfungsschreiben vom 2013 wurde die Bf. ersucht,

- einen Nachweis über den rechtmäßigen Aufenthalt (z. B.: NAG-Karte mit Aufenthaltstitel) von ihr und den Kindern,
- einen Nachweis über den Erhalt einer Grundversorgung bzw Nachweis, wann diese eingestellt worden sei,
- einen Einkommensnachweis vorzulegen,
- weiters einen Mutter- Kind Pass beider Kinder (Untersuchungstermine seit Geburt bis lfd) vorzulegen.

Die Bf. legte das oa. Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes und den Mutter-Kind Pass vor.

Sie stellte Jänner 2016 einen Antrag auf Weitergewährung von Familienbeihilfe für ihre beiden Kinder.

Das Finanzamt ersuchte daraufhin die Bf. mit Vorhalt vom 03.05.2016

- um Aufstellung ihrer monatlicher Kosten + Bekanntgabe aus welchen Einkünften sie diese Kosten decke und den Mietvertrag;
- eine Bestätigung der MA 11 aus der ersichtlich ist, ob sie und ihre Kinder bzw.bis zu welchem Datum Grundversorgung bezogen wird bzw. bezogen wurde;
- die bezugsauszahlende Stelle ihres Lebensgefährten bekannt zu geben;
- die genauen Daten vom Kindesvater Herrn E. und
- die Alimentationsbescheide.

Auf Grund des Vorhaltes des Finanzamtes führte die Bf. mit Schreiben vom 17.05.2016 Folgendes aus und legte die angeführten Unterlagen vor:

"Mir wurde bereits mit aktenkundigen Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 07.07.2015 die Rückkehrentscheidung für die Dauer unzulässig erklärt. Meine Aufenthaltsberechtigungskarte sowie die meiner Tochter B. wird uns nachwie vor in den nächsten Wochen erteilt werden.

Außerdem übermittle ich beiliegend den Mietvertrag sowie die Strom/Gas Rechnung der letzten drei Monate. Weiters gebe ich bekannt, dass ich bereits im August 2015 eine Unterstützungserklärung des Lebensgefährten, S. M. der für meinen Lebensunterhalt und für den der Kinder aufkommt, übermittelte. Er stellte am 18.02.2016 einen Antrag auf Aufnahme in die Grundversorgung - siehe beiliegende Caritas Karte.

Außerdem verdiene ich durch meine selbständige Tätigkeit als Englisch Konversationshilfe um die € 250 monatlich. Desweiteren bezahlt der Kindesvater von G. C. E., geb. 2013, Herr D E., € 200 Unterhalt pro Monat für G.. Seine Wohnadresse ist mir nicht bekannt aber ich stehe telefonisch mit ihm in Kontakt. Eine offiziellen Alimenterbescheid gibt es nicht. Es wird ersucht mir die Familienbeihilfe umgehend auszubezahlen."

Beiliegende Unterlagen: Mahnung Wien Energie, ihre Caritas Terminkarte, Mietvertrag.

**Das Finanzamt erließ am 07.06.2016 einen Bescheid, mit dem der Antrag auf Familienbeihilfe für die beiden Kinder ab Jänner 2016 abgewiesen wurde.**

Begründend wurde ausgeführt, da die Bf. trotz Aufforderung die abverlangten Unterlagen nicht eingebracht habe und dadurch ihrer Mitwirkungspflicht nach § 115 Bundesabgabenordnung nicht nachgekommen sei, müsse angenommen werden, dass im oben genannten Zeitraum kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestanden habe und bestehe.

Ebenfalls am 06.07.2016 gab das Finanzamt der Bf. bekannt, dass sie ab 01.01.2016 keinen Anspruch auf Familienbeihilfe habe. Sie könne die Familienbeihilfe erneut beantragen wenn in späterer Folge der Anspruch auf Familienbeihilfe wieder entstehen sollte.

**Gegen diesen Bescheid brachte die Bf. Beschwerde beim Bundesfinanzgericht mit folgender Begründung ein:**

[...]

Das Kind B. ist nicht das Kind eines Österreicherers. Hier ist zu argumentieren, dass sich das unionsrechtliche Aufenthaltsrecht der Mutter ab Geburt des "österreichischen" Kindes auch auf Geschwister erstreckt, da nicht anzunehmen ist, dass EUGH Zabrano u.a. den Eltern ein Aufenthaltsrecht zukommen lassen will, den Geschwistern aber nicht (diesfalls wäre die Familie ebenfalls zum Auswandern gezwungen). Ohnehin regelt aber § 31 Abs. 4 FPG, dass sich Kinder einer aufenthaltsbewilligten Mutter zumindest die ersten sechs Monate rechtmäßig in Österreich aufhalten. Für das Kind B. ist das Familienbeihilfe ab dem Geburtsmonat 6/15 b.a.w. zuzuerkennen.

Anträge:

Es ergeht daher der Antrag, das Bundesfinanzgericht möge den angefochtenen Bescheid vom 07.06.2016 abändern und Familienbeihilfe wie oben dargelegt weiter zusprechen. Dazu möge eine Beschwerdeverhandlung durchgeführt werden."

Als Beilage wurde ein Schreiben des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl vom 16.12.2015 vorgelegt, in dem das Aufenthaltsrecht der Bf. bis 08.07.2016 gelte.

Weiters wurde festgestellt, dass die Formalitäten zur Ausstellung einer Aufenthaltskarte eingestellt worden seien, da die Voraussetzungen von der Bf. nicht erfüllt worden seien.

**Im Vorlageantrag (wurde der Bf. vom Finanzamt im Zuge der Vorlage bekanntgegeben) führte das Finanzamt in einem ergänzenden Aktenvermerk folgendes aus:**

"Mit Eingabe vom 05.07.2016 erhob der Vertreter der Bf. „Beschwerde an das Bundesfinanzgericht“ (bzw. in weiterer Folge wiederholt als „Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Bundes für Finanzen“) gegen den Bescheid vom 07.06.2016 ein, mit welchem der Antrag auf Zuerkennung der Familienbeihilfe für die beiden Kinder E. G. C. und M. B. O. ab Jänner 2016 abgewiesen worden war.

Auch der Beschwerdeantrag ist zweifelsfrei darauf gerichtet, dass „das Bundesfinanzgericht“ den angefochtenen Bescheid abändern, und Familienbeihilfe zusprechen möge.

Gemäß § 262 Abs. 1 BAO hat eine Erlassung einer BVE zu unterbleiben, wenn dies in der Bescheidbeschwerde beantragt wird, und wenn die Abgabenbehörde die Bescheidbeschwerde innerhalb von 3 Monaten ab ihrem Einlangen dem Verwaltungsgericht vorlegt.

§ 262 (2) BAO legt keine exakte Wortfolge fest, mit welcher ein Beschwerdeführer das Unterbleiben einer BVE beantragt, in der Literatur (Ritz, BAO-Kommentar, 5. Auflage, Rz. 5 zu § 262 BAO) wird die Rechtsansicht vertreten, dass eine Abstandnahme von der Erlassung einer BVE de facto „Einvernehmen“ des Beschwerdeführers und der Abgabenbehörde voraussetzt.

Zur Intention der Bf. (dass das Bundesfinanzgericht den angefochtenen Bescheid abändern möge usw.) ist den Ausführungen im Beschwerdeschreiben ohnehin zu entnehmen, dass eine sofortige Befassung des BFG (und nicht des Finanzamtes) angestrebt wird.

Zur diesbezüglich „einvernehmlichen Sicht“ des Finanzamtes werden in späterer Folge dahingehende Zweckmäßigkeitserwägungen dargestellt.

Die Bescheidbeschwerde führt aus, dass aus der beiliegenden Mitteilung des Bundesamtes für Asyl hervorgehe, dass die Bf. seit 08.07.2015 eine Aufenthaltsbewilligung nach § 55 AsylG besitze.

Der Beschwerde ist ein Schreiben des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl vom 16.12.2015 (Zahl: 790196502/150819720/BMI—BFA) beigelegt, mit welchem unter Hinweis auf eine Abweisung hinsichtlich der begehrten Zuerkennung des Status des subsidiär Schutzberechtigung und Ausweisung aus dem österreichischen Bundesgebiet sowie einer dagegen eingebrachten Beschwerde und eines daran anschließenden Erkenntnisses des Bundesverwaltungsgerichts (mit welchem festgestellt wurde, dass eine Rückkehrentscheidung gem. § 9 BFA—Verfahrensgesetz auf Dauer unzulässig ist) ein Mängelbehebungsauftrag (zur Vorlage eines Reisepasses und einer Geburtsurkunde) erteilt worden war.

Ebenso erhellt aus dem beigelegten Schreiben, dass letztlich das Verfahren zur amtswegigen Ausstellung einer Aufenthaltsberechtigung gem. § 58 (11) Z. 1 AsylG eingestellt wurde.

Bereits mit Eingabe vom 20.08.2015 war unter der Titelbezeichnung „Stellungnahme“ mitgeteilt worden: *„Beiliegend übermittle ich mein Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts mit welchem meine Rückkehrentscheidung für auf Dauer unzulässig erklärt wurde. Meine Aufenthaltsberechtigungskarte wird mir in den nächsten Wochen erteilt werden.“*

Auf Basis der solcherart angekündigten „Aufenthaltsberechtigungskarte“ wurde die Familienbeihilfe im November 2015 zunächst für den Antragszeitraum (ab 07/2015), aber zufolge der noch nicht vorliegenden Aufenthalts—Karten nur bis 12/2015 lediglich kurzfristig zuerkannt, und ein Überprüfungsschreiben veranlasst, mit welchem eine Vorlage der Nachweise über den rechtmäßigen Aufenthalt (NAG-Karten, Aufenthalts-Karten) sowohl von der Antragstellerin (nunmehr Beschwerdeführerin), als auch von den Kindern erbeten wurde.

Da entsprechende Aufenthaltstitel in der Folge nicht nachgereicht wurden, wurde das Beihilfenbegehren letztlich mit angefochtenem Bescheid abgewiesen.

Ungeachtet des Umstandes, dass § 3 Abs. 1 FLAG 1967 für Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, einen Anspruch auf Familienbeihilfe nur dann festlegt, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 NAG, oder nach § 54 AsylG 2005 rechtmäßig in Österreich aufhalten, und insofern ein Aufenthalt nach § 55 AsylG demnach einen Beihilfenanspruch ohnehin nicht begründet, ist auch festzustellen, dass die in der Beschwerde erneut aufgestellte Behauptung, dass „seit 08.07.2015 eine Aufenthaltsbewilligung nach § 55 AsylG vorläge“ nicht zutrifft.

Es ist zutreffend, dass § 55 (1) Z. 1 AsylG 2005 normiert, dass im Bundesgebiet aufhältigen Drittstaatsangehörigen von Amts wegen oder auf begründeten Antrag eine „Aufenthaltsberechtigung plus“ zu erteilen ist, wenn dies gemäß § 9 Abs. 2 BFA-VG zur "Aufrechterhaltung des Privat- und Familienlebens i.S. des Art. 8 EMRK geboten ist, ebenso ist aber auch zutreffend, dass

- ° das Bundesamt für Asyl gem. § 58 (2) AsylG 2005 die Erteilung eines Aufenthaltstitels gemäß § 55 von Amts wegen zu prüfen hat, wenn eine Rückkehrentscheidung auf Grund des § 9 Abs. 1 bis 3 BFA—VG auf Dauer für unzulässig erklärt wird, dass

- ° das Bundesamt für Asyl gem. § 58 (3) AsylG 2005 über das Ergebnis der von Amts wegen erfolgten Prüfung der Erteilung eines Aufenthaltstitels gemäß § 55 im verfahrensabschließenden Bescheid abzusprechen hat, und dass

- ° das Bundesamt gemäß § 58 (4) AsylG 2005 den von Amts wegen erteilten Aufenthaltstitel gemäß § 55 auszufolgen hat, wenn der Spruchpunkt im verfahrensabschließenden Bescheid in Rechtskraft erwachsen ist.

Im vorliegenden Fall war, wie schon der, der Beschwerdeschrift beigefügten Verständigung über die gemäß § 58 Abs. 11 Z. 1 AsylG 2005 erfolgte Verfahrenseinstellung entnommen werden kann, weder ein Bescheid gemäß § 58 (3) erlassen worden, noch gem. § 58 (4) AsylG ein Aufenthaltstitel nach § 55 AsylG ausgehändigt worden, sondern letztlich das Verfahren einfach gem. § 58 Abs. 11 Z. 1 AsylG eingestellt worden.

Dieser Sachverhalt (samt Verfahrenseinstellung vom 16.12.2015) wurde nach telefonischer Rückfrage beim Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl neuerlich bestätigt, und weiter ausgeführt, dass der Aufenthalt nunmehr (insbesondere nach Verstreichen der Jahresfrist für eine allf. Erteilung einer Aufenthaltsberechtigung plus) kein berechtigter, aber zufolge der Unzulässigkeit einer Abschiebung fremdenpolizeilich geduldeter ist.

Somit steht fest, dass in Ermangelung einer erteilten Aufenthaltsberechtigung plus eine derartige Aufenthaltsberechtigungs-Karte auch gar nicht vorgelegt werden kann.

Insofern könnte das Finanzamt, selbst dann, wenn es einen Aufenthalt gem. § 54 AsylG mit einem solchen gem. § 55 AsylG gleichstellen sollte, dem Beschwerdebegehren schon allein deshalb nicht folgen, weil eine derartige Aufenthaltsberechtigung faktisch nie (den diesbezüglichen Vorgaben des § 58 AsylG entsprechend) erteilt, sondern das diesbezügliche amtswegige Verfahren vielmehr bereits am 16.12.2015 eingestellt wurde.

Es erscheint daher als keineswegs zweckmäßig, eine der ASt (Bf.) erteilte Aufenthaltskarte für das Beihilfenverfahren erneut abzuverlangen, wenn eine solche gar nicht existent ist.

Damit ergibt sich aber auch aus Sicht des Finanzamtes, dass eine Erlassung einer (abschlägigen) BVE das gegenständliche Beschwerdeverfahren nach dem vorliegenden Sachverhalt und den Intentionen der Bf. aller Voraussicht nach nicht abschließen wird können. Insoweit erscheint es als durchaus zweckmäßig, von einer Beschwerdevorentscheidung Abstand zu nehmen, und die Beschwerde (der Intention der Bf. folgend) gleich dem BFG vorzulegen."

Eine Stellungnahme der Bf. erfolgte nicht.

Das Bundesfinanzgericht teilte dem Vertreter mit Schreiben vom 26. April 2017 mit, dass die Bf. (nur) folgende Karten vorgelegt habe:

Bf.: Aufenthaltstitel vom 08.07.2016 bis 08.07.2017 Rot-Weiß-Rot-Karte-Plus, freier Zugang zum Arbeitsmarkt.

M. B. O.: Aufenthaltstitel vom 08.07.2016 bis 08.07.2017 Rot-Weiß-Rot-Karte-Plus, freier Zugang zum Arbeitsmarkt.

Diese beiden Karten wurden bereits vom Vertreter vorgelegt.

E. G. C.: Aufenthaltstitel 12.12.2016 bis 12.12.2019, Familienangehöriger. Vorgelegt worden war auch eine Karte mit dem Aufenthaltstitel Familienangehöriger für die Zeit davor 11.12.2015 bis 12.12.2016.

Aus dem Schreiben des BFA geht hervor, dass das Aufenthaltsrecht der Bf. bis 08.07.2016 gilt.

Der Vertreter teilte mit, dass er den Antrag auf mündliche Verhandlung zurücknehme und zu bedenken gebe, dass das Kind M. zwar nach § 31 Abs. 4 FPG nur bis zum 6. Lebensmonat sich rechtmäßig in Österreich aufgehalten habe, gemäß § 8 MRK jedoch auch ein Aufenthaltsrecht nach diesem Zeitpunkt zu erkennen sei.

Kind E. sei auf Grund der österr. Staatsbürgerschaft des Vaters als Österreicher zu behandeln, in der Beschwerde sei dazu bereits auf die Rsp des EGMR Bezug genommen worden. Wenn die Mutter eines österreichischen Kindes iS EuGH 10.5.2017, C-133/15, ein von diesem abgeleitetes Aufenthaltsrechts besitzt, müsse davon ausgegangen werden, dass auch dem nicht-österreichischen Bruder ein Aufenthaltsrecht zukomme.

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

#### **Der Entscheidung wird folgender Sachverhalt zu Grunde gelegt:**

Die Beschwerdeführerin (Bf.), nigerianische Staatsbürgerin, ist im Jahr 2009 illegal nach Österreich eingereist und stellte am 15.02.2009 einen Antrag auf internationalen Schutz. Das Verfahren wurde wegen Zurückziehung der Beschwerde am 8. Juli 2015 eingestellt.

Laut Schreiben des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl (BFA) vom 16.12.2015 wurde der Bf. mitgeteilt, dass mit Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom

07.07.2015 festgestellt worden sei, dass eine Rückkehrentscheidung gemäß § 9 BFA-Verfahrensgesetz idgF auf Dauer unzulässig sei.

Ihr Aufenthaltsrecht gelte bis 08.07.2016.

Am 2013 bekam die Bf. ihr erstes Kind E. G. C., StA Nigeria, dessen Vater D. österreichischer Staatsbürger ist

Am 2015 bekam die Bf. ihr zweites Kind M. B. O., StA Nigeria, dessen Vater S. M. nigerianischer Staatsbürger ist.

Bis Dezember 2015 bezog die Bf. für beide Kinder Familienbeihilfe.

Am 14.01.2016 stellte die Bf. den Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe ab Jänner 2016.

Das Finanzamt erließ am 07.06.2016 einen Bescheid, mit dem der Antrag auf Familienbeihilfe für die beiden Kinder ab Jänner 2016 abgewiesen wurde.

Begründend wurde ausgeführt, da die Bf. trotz Aufforderung die abverlangten Unterlagen nicht eingebracht habe und dadurch ihrer Mitwirkungspflicht nach § 115 Bundesabgabenordnung nicht nachgekommen sei, müsse angenommen werden, dass im oben genannten Zeitraum kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestanden habe und bestehe.

Ebenfalls am 06.07.2016 gab das Finanzamt der Bf. bekannt, dass sie ab 01.01.2016 keinen Anspruch auf Familienbeihilfe habe. Sie könne die Familienbeihilfe erneut beantragen wenn in späterer Folge der Anspruch auf Familienbeihilfe wieder entstehen sollte.

Gegen den Bescheid erhob die Bf. die Beschwerde vom 5. Juli 2016. Als Beilage wurde das Schreiben des BFA 16.12.2015 vorgelegt, welches das Aufenthaltsrecht der Bf. bis 08.07.2016 anführte.

Vorgelegt wurden die Kopien der Karten mit dem Aufenthaltstitel "Familienangehöriger" des Kindes E. gültig vom 10.12.2014 bis 10.12.2015, 11.12.2015 bis 11.12.2016 und 2.12.2016 bis 12.12.2019.

Vorgelegt wurden auch die Karten Aufenthaltstitel "Freier Zugang zum Arbeitsmarkt" vom 08.07.2016 bis 08.07.2017 für das Kind M. und die Bf..

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus Auszügen des Zentralen Melderegisters, dem Antrag auf Zuerkennung von Familienbeihilfe vom 14.01.2016, der Stellungnahme vom 17.05.2016, dem Urteil des BVwG vom 7.7.2015 und dem Schreiben des BFA vom 16.12.2015.

#### **Der festgestellte Sachverhalt ist in folgender Weise rechtlich zu würdigen:**

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. a FLAG 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, für minderjährige Kinder Anspruch auf Familienbeihilfe.

§ 2 FLAG 1967 legt die allgemeinen und besonderen Voraussetzungen fest, unter denen jemand Anspruch auf Familienbeihilfe hat.

§ 3 FLAG 1967 stellt ergänzend für Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, weitere besondere Voraussetzungen auf.

§ 3 Familienbeihilfebezug durch und für andere als österreichische Staatsbürger in der im streitgegenständlichen Zeitraum geltenden Fassung lautet:

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

(2) Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.

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

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

(5) ...

Für Bürger aus Mitgliedstaaten der EU und des EWR oder für Schweizer Bürger kommen die Aufenthaltstitel nach § 9 NAG in Betracht, soweit ein Aufenthaltstitel überhaupt erforderlich ist, während für Bürger aus Drittstaaten oder für Staatenlose die Aufenthaltstitel des § 8 NAG gelten.

Der Verwaltungsgerichtshof hat im Verfahren der Bf. am 22.10.2015 zur GZ.

2013/16/0217, entschieden, dass sich aus § 8 und § 9 NAG die gesetzliche Gliederung in Aufenthaltstitel und Dokumentationen des unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts ergibt (vgl. VwGH 2.10.2010, 2008/21/0564). Das unionsrechtlich begründete Recht auf Aufenthalt entfaltet unmittelbare Wirkung (vgl. VwGH 19.3.2009, 2009/18/0024) und wird nach dem NAG nicht verliehen oder konstitutiv verschafft, sondern lediglich dokumentiert (vgl. VwGH 3.4.2009, 2008/22/0439, und vom 17.11.2011, 2009/21/0378).

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

§ 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).

....."

Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits wiederholt angesprochen hat, ist die Frage, ob für einen bestimmten Zeitraum Familienbeihilfe zusteht, anhand der rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten im Anspruchszeitraum zu beantworten.

Der gesetzlich festgelegte Anspruchszeitraum ist für die Familienbeihilfe, wie sie sich aus den Regelungen des § 10 Abs. 2 und 4 FLAG 1967 entnehmen lässt, der Monat. Das Bestehen des Familienbeihilfenanspruches für ein Kind kann somit je nach dem Eintritt von Änderungen der Sach- und/oder Rechtslage von Monat zu Monat anders beurteilt sein.

Im gegenständlichen Fall wurde betreffend Antrag auf internationalen Schutz mit Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes festgestellt, dass eine Rückkehrentscheidung gemäß § 9 BFA-Verfahrensgesetz idgF auf Dauer unzulässig sei.

Das Aufenthaltsrecht gelte bis 08.07.2016. (Die Zustellung des Erkenntnis des BVwG erfolgte mit 08.07.2015).

Am 08.07.2016 wurde für die Bf. die Rot-Weiß-Rot-Plus Karte mit einer Gültigkeit bis 08.07.2017 ausgestellt.

Für das Kind E. G. C. wurden bereits Karten mit dem Aufenthaltstitel: Familienangehöriger am 10.12.2014 gültig bis 10.12.2015, 11.12.2015 bis 11.12.2016 ausgestellt. Am 12.12.2016 wurde eine weitere Karte mit dem Aufenthaltstitel Familienangehöriger bis 12.12.2019 ausgestellt.

Nach Ansicht des BFG liegen somit für die Gewährung der Familienbeihilfe für das Kind E. die Voraussetzungen vor.

Es steht daher für das Kind E. für Zeitraum vom 1/2016 bis 6/2016 Familienbeihilfe zu.

Für das Kind M. lag in dem gegenständlichen Zeitraum kein Aufenthaltstitel vor.

Zu den Ausführungen des Vertreters ist anzuführen, dass laut dem Erkenntnis des EuGH vom 10.5.2017, C-133/15, ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht in der EU geltend gemacht werden könne, wenn ein Elternteil, der Drittstaatsangehöriger ist, eines minderjährigen Kindes, das Bürger der Europäischen Union ist, ein Aufenthaltsrecht im fraglichen Mitgliedstaat verweigert würde.

Im gegenständlichen Fall hat weder die Bf. (die Mutter), noch das Kind M. eine Unionsbürgerschaft.

Auch der Bruder des Kindes E. ist nicht österreichischer Staatsbürger, sondern hat, da sein Vater österreichischer Staatsbürger ist, ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht als Familienangehöriger.

Im gegenständlichen Fall bezog die Bf. für das Kind M. ab dessen Geburt bis zu dessen 6. Lebensmonat Familienbeihilfe auf Grund § 31 Abs. 4 FPG.

Am 08.07.2016 erhielt die Bf. und ihr Kind B. eine Rot-weiß-Rot-Karte Plus, (bis 8.7.2017 ausgestellt) mit freiem Zugang zum Arbeitsmarkt.

Ab diesem Zeitpunkt hatten beide, die Anspruchsberechtigte und das Kind einen gültigen Aufenthaltstitel.

Die Beschwerde war daher insofern abzuweisen, soweit diese sich gegen den Abweisungsbescheid über die Gewährung der Familienbeihilfe 1/2016 bis 6/2016 für das Kind M. B. O. richtet.

Festgestellt wird abschließend, dass das vorliegende Erkenntnis nach dem Zeitpunkt der Erlassung des Bescheides durch das Finanzamt am 07.06.2016 über den Zeitraum Jänner 2016 bis Juni 2016 abspricht. Änderungen rechtlicher und tatsächlicher Verhältnisse in nachfolgenden Zeiträumen sind demzufolge von der Abgabenbehörde zu beurteilen.

## **Zulässigkeit einer Revision**

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

Im vorliegenden Beschwerdefall wurden keine Rechtsfragen aufgeworfen, denen im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzlich Bedeutung zukäme. Das Bundesfinanzgericht orientiert sich bei den zu lösenden Rechtsfragen an der einheitlichen höchstgerichtlichen Judikatur, darüber hinaus hing die Entscheidung im Wesentlichen von den Umständen des Einzelfalles ab.

Die Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist daher unzulässig.

Wien, am 24. Mai 2017