

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R in der Beschwerde-sache A, Adresse, vertreten durch Rechtsanwalt Edward W. Daigneault, Solicitor, Lerchenfelder Gürtel 45/11, 1160 Wien gegen den Bescheid des Finanzamtes B vom 07.11.2012, betreffend Abweisung eines Antrages vom 21.08.2012 auf Zuerkennung von Familienbeihilfe für den Zeitraum ab Juni 2011 für ihren Sohn C, geboren am XX.XX.XXXX 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 am 21.08.2012 einen Antrag auf Zuerkennung von Familienbeihilfe für den Zeitraum ab Juni 2011 für ihren Sohn C, geboren am XX.XX.XXXX.

Mit Abweisungsbescheid vom 07.11.2012 wurde der Antrag der Bf vom 21.08.2012 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 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhielten.

In ihrer gegen den Abweisungsbescheid eingebrachten Berufung (nun: Beschwerde) vom 19.11.2012 führte die Bf unter anderem aus, dass ihr Sohn die österreichische Staatsbürgerschaft besitze und in ihrem Haushalt wohne. Er sei in Spanien geboren und habe bis Juni 2011 mit ihr in Spanien gelebt. Der Kindesvater und Ehegatte der Bf - Herr D - habe nur kurz mit der Bf und dem gemeinsamen Sohn in Spanien gelebt. In Österreich bestehe kein gemeinsamer Wohnsitz. Durch den knapp zweijährigen Aufenthalt in Spanien sei das Kind freizügig in unionsrechtlichem Sinne geworden. Die Bf wies darauf hin, dass sie überwiegend für ihren Sohn Sorge und sich schon deshalb nach

unionsrechtlicher Vorgabe rechtmäßig in Österreich aufhalte (siehe EuGH Zhu & Chen - Rs C-200/02 v 19.10.2004, EuGH Ruiz Zambrano - Rs C-34/09 v 08.03.2011 ua). Außerdem sei sie in Besitz einer gültigen spanischen Aufenthaltsbewilligung, weshalb sie sich auch nach § 31 Abs 1 Z 3 FPG in Österreich rechtmäßig aufhalte. Die Bf führte weiter aus, es erscheine gleichheitswidrig und damit Art 7 B-VG verletzend, wenn freizügige Kinder mit österreichischer Unionsbürgerschaft gegenüber freizügigen Kindern mit fremder Unionsbürgerschaft beim Bezug der Familienbeihilfe benachteiligt würden.

Die abweisende Berufungsvorentscheidung (nun: Beschwerdeentscheidung) vom 20.11.2012 wurde mit Hinweis auf Artikel 21 Abs 1 Schengener Durchführungsübereinkommen abgewiesen, dass mit einem Aufenthaltstitel eines Mitgliedstaates kein Niederlassungsrecht im Bundesgebiet verbunden sei.

Im Vorlageantrag vom 03.12.2012 führte die Bf aus, dass sie als für ihr "freizügiges" österreichisches Kind sorgende Mutter jedenfalls ein vom Kind abgeleitetes Niederlassungsrecht in Österreich habe, das ihr mit Übersiedlung des Kindes aus Spanien im Juni 2011 zugefallen sei. Die Bf verwies auf das bereits in der Beschwerde erwähnte Urteil des EuGH Zhu & Chen Rz 45, in dem es heißt: *"Offenkundig setzt nämlich der Genuss des Aufenthalts durch ein Kind im Kleinkindalter voraus, dass sich die für das Kind tatsächlich sorgende Person bei diesem aufhalten darf und dass es demgemäß dieser Person ermöglicht wird, während dieses Aufenthalts mit dem Kind zusammen im Aufnahmemitgliedstaat zu wohnen"*. Dies weise darauf hin, dass sie ein vom Kind abgeleitetes Niederlassungsrecht habe und sich sohin rechtmäßig in Österreich aufhalte. Die Bf zitierte ein Erkenntnis des unabhängigen Finanzsenates vom 27.03.2012, RV/0808-G/11 wie folgt: *"Das Aufenthalts- und Niederlassungsrecht ergibt sich in diesen Fällen 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"*. Die Bf führte weiter aus, dass auch der Hinweis der Behörde auf Art 21 Abs 1 SDÜ daran nichts ändern könne, Österreich habe mit § 31 Abs 1 Z 3 FPG eine günstigere innerstaatliche Regelung geschaffen: *"Der Verwaltungsgerichtshof hat allerdings zu § 31 FPG in seinem Erkenntnis vom 24. November 2009, ZI 2008/21/0436 festgehalten, dass nach § 31 Abs 1 Z 3 FPG während der Gültigkeit eines von einem anderen Mitgliedstaat ausgestellten Aufenthaltstitels das Recht zum weiteren Aufenthalt im Bundesgebiet (auf innerstaatlicher Grundlage) zusteht."* (VwGH 20.10.2011; 2008/18/0554).

Mit Schriftsatz vom 21.05.2013 teilte die Bf unter anderem mit, dass sie einen spanischen Aufenthaltstitel für Familienangehörige erteilt bekommen habe, der bis 15.12.2013 gültig sei und sie am 11.02.2013 eine Aufenthaltskarte in Österreich beantragt habe. Hinsichtlich des Kindesvaters führte die Bf aus, dass sie von ihm getrennt lebe und zu ihm ein loser und unregelmäßiger Kontakt bestehe. In unregelmäßigen Abständen erhalte sie

von ihm Geld für den gemeinsamen Sohn, zirka 20 € im Durchschnitt pro Monat. Weiters begehrte die Bf, dass Familienbeihilfe ab Jänner 2011 zuerkannt werde.

Mit Schreiben vom 16.01.2015 teilte die Bf mit, dass sie sich seit 11.02.2013 in einem anhängigen Verfahren bei der Wiener Einwanderungsbehörde MA 35 bezüglich ihrer Aufenthaltskarte nach § 54 Abs 1 NAG befinde. Aufgrund der unerklärbaren Säumigkeit der MA 35 habe sie am 19.12.2014 eine Säumnisbeschwerde erhoben. Die Bf wies auch darauf hin, dass ihr spanischer Aufenthaltstitel am 15.12.2013 auf weitere 10 Jahre verlängert worden sei.

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 und lebte von 2007 bis Juni 2011 in Spanien. Im Dezember 2008 heiratete die Bf in Spanien einen österreichischen Staatsangehörigen woraufhin der Bf in Spanien ein Aufenthaltstitel für Familienangehörige ausgestellt wurde. Am XX.XX.XXXX wurde der Sohn der Bf in Spanien geboren. Seit Juni 2011 lebt die Bf mit ihrem Sohn, der die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt, in Österreich. Die Bf sorgt für ihren Sohn, während der beschäftigungslose Kindesvater in unregelmäßigen Abständen im Durchschnitt zirka 20 € pro Monat als Unterhaltsleistung erbringt. Die Bf beantragte am 21.08.2012 die Zuerkennung von Familienbihilfe für ihren Sohn ab Juni 2011, im Schriftsatz vom 21.05.2013 ab Jänner 2011.

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Staatsbürgerschaftsnachweis und dem spanischen Aufenthaltstitel der Bf, dem Staatsbürgerschaftsnachweis und dem Personalausweis des Sohnes der Bf, dem Auszug aus dem Zentralen Melderegister, der Beschwerde vom 19.11.2012, dem Vorlageantrag vom 03.12.2012 und Schriftsätzen vom 21.05.2013 und 16.01.2015.

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.

Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) zählt zum Primärrecht der EU. Basis des AEUV ist der EWG-Vertrag aus 1957, Änderungen erfolgten durch den

Vertrag von Maastricht (EG-Vertrag, EGV), den Vertrag von Nizza und den Vertrag von Lissabon.

Gemäß Art 20 Abs 1 AEUV wird eine Unionsbürgerschaft eingeführt.

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, Randnr 41).

Auf dieser Grundlage hat der Gerichtshof entschieden, dass Art 20 AEUV nationalen Maßnahmen entgegensteht, die bewirken, dass den Unionsbürgern der tatsächliche Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihnen dieser Status verleiht, verwehrt wird (vgl Urteil Ruiz Zambrano, Randnr 42).

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 (vgl Urteil Ruiz Zambrano, Randnr 43).

Eine Aufenthaltsverweigerung hat nämlich zur Folge, dass sich die Kinder, die Unionsbürger sind, gezwungen sehen, das Gebiet der Union zu verlassen, um ihre Eltern zu begleiten. Ebenso kann sich die Verweigerung einer Arbeitserlaubnis auswirken, weil die Gefahr besteht, dass dieser Person dann die für ihren Unterhalt und den ihrer Angehörigen erforderlichen Mitteln fehlen. Unter derartigen Umständen wäre es den genannten Unionsbürgern *de facto* unmöglich, den Kernbestand der Rechte, die ihnen der Unionsbürgerstatus verleiht, in Anspruch zu nehmen (vgl Urteil Ruiz Zambrano, Randnr 44).

Für minderjährige Unionsbürger folgt daraus, dass ihre Mitgliedstaaten ihren drittstaatsangehörigen Eltern, die den Kindern Unterhalt gewähren, ein Aufenthaltsrecht und eine Arbeitserlaubnis einräumen müssen, weil die Kinder sonst faktisch gezwungen wären, gemeinsam mit den Eltern das Unionsgebiet zu verlassen.

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 ihrem minderjährigen Sohn Unterhalt gewährt und als Familienangehörige eines Unionsbürgers 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 ihren Sohn ab Juni 2011.

Hinsichtlich des im Vorlageantrag geäußerten Vorbringens, wonach die Zuerkennung von Familienbeihilfe nicht wie im Antrag vom 21.08.2012 "ab Juni 2011", sondern "ab Jänner 2011" begehrt werde, ist zunächst auf § 279 zweiter Satz BAO zu verweisen, demzufolge das Verwaltungsgericht berechtigt ist, sowohl im Spruch als auch hinsichtlich der Begründung seine Anschauung an die Stelle jener der Abgabenbehörde zu setzen und demgemäß den angefochtenen Bescheid nach jeder Richtung abzuändern, aufzuheben oder die Bescheidbeschwerde als unbegründet abzuweisen. Die Abänderungsbefugnis nach jeder Richtung ist durch die Sache begrenzt. Sache ist die Angelegenheit, die den Inhalt des Spruches der Abgabenbehörde gebildet hat. Da der Zeitraum "ab Juni 2011" Inhalt des Spruches des angefochtenen Abweisungsbescheides ist, ist auch im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht über den Zeitraum "ab Juni 2011" zu entscheiden. Im Hinblick darauf, dass Familienbeihilfe gemäß § 10 Abs 3 FLAG 1967 höchstens für fünf Jahre rückwirkend vom Beginn des Monats der Antragstellung gewährt wird, steht es der Bf frei, einen Antrag auf Zuerkennung von Familienbeihilfe für ihren Sohn ab Jänner 2011 einzubringen.

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 Recht auf Aufenthalt und eine Arbeitserlaubnis einer einem Drittstaat angehörenden Person in dem Mitgliedstaat des Wohnsitzes ihres minderjährigen Kindes, das diesem Mitgliedstaat angehört und dem sie Unterhalt gewährt, aus dem primären Gemeinschaftsrecht (Art 20 AEUV) ableitbar ist, vom Verwaltungsgerichtshof bisher noch nicht entschieden wurde.

Wien, am 28. Jänner 2015