

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Ri in der Beschwerdesache der Bf, vertreten durch Vertr., gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 8/16/17 vom 25. Oktober 2011 betreffend die Familienbeihilfe für den Zeitraum ab 1. Jänner 2011 zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird Folge gegeben.

Die Familienbeihilfe ist bezüglich des verstorbenen Kindes A für Jänner 2011, bezüglich des Kindes B ab Jänner 2011 zu gewähren.

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

## Entscheidungsgründe

Die Beschwerdeführerin (Bf.) ist eine kenianische (nigerianische) Staatsangehörige, sie hält sich seit 9.1.2003 in Österreich auf. Ihr an diesem Tag gestellter Asylantrag wurde mit Erkenntnis des Asylgerichtshofes vom 9.3.2011 abgewiesen. Die Bf. ist Mutter eines am 2008 geborenen Kindes, das die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt. Ihr zweites Kind wurde am 2010 geboren und verstarb am 2011. Der Vater der Kinder und Ehemann der Bf. ist österreichischer Staatsbürger, wohnte im streitgegenständlichen Zeitraum nicht mehr im gemeinsamen Haushalt mit der Bf. und ihren Kindern und leistete an sie keine Unterhaltszahlungen.

Das Finanzamt wies den Antrag der Bf. auf Familienbeihilfe mit Bescheid vom 25.10.2011 bezüglich des verstorbenen Kindes für Jänner 2011, hinsichtlich des anderen Kindes für den Zeitraum ab Jänner 2011 ohne Angabe eines Endzeitpunktes als unbegründet ab, da sie weder über einen "Aufenthaltstitel gemäß § 8 und § 9 NAG" noch über einen positiven Asylbescheid verfüge.

In der gegen diesen Bescheid erhobenen, nunmehr als Beschwerde zu behandelnden Berufung brachte die Beschwerdeführerin u.a. vor, ihr Aufenthalt in Österreich sei "nach der UnionsbürgerRL iVm § 57 u. § 54 Abs 1 NAG" rechtmäßig. Im Schriftsatz vom 12.3.2012 führte sie dazu ergänzend aus, ihr Ehemann habe zwischen September und

Dezember 2009 in Spanien gearbeitet, und sie verwies auf das beim Landeshauptmann von Wien anhängige Verfahren zur Ausstellung einer Aufenthaltskarte.

Nach einem vom Finanzamt am 21.12.2015 vorgelegten Versicherungsdatenauszug war die Bf. im Jänner 2011 wegen Kindererziehung vorläufig, in den Zeiträumen 11.4.2011 bis 1.6.2011, 14.7. 2011 bis 16.7.2011 und 9.9.2011 bis 30.9.2011 als Arbeiterin versichert. Der genannte Versicherungsdatenauszug weist in den nachfolgenden Zeiträumen laufende Versicherungszeiten aus, die Bf. bezog ab dem 20.4.2015 bis laufend Arbeitslosenentgelt.

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

Das Bundesfinanzgericht geht auf Grund der Aktenlage von nachfolgendem erwiesenen Sachverhalt aus und legt diesen der Entscheidung zu Grunde.

Die Bf. ist nigerianische Staatsbürgerin. Sie lebte im streitgegenständlichen Zeitraum mit ihrem am 2008 geborenen Kind, das die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt, in Österreich. Ihr zweites am 2010 in Österreich geborene Kind verstarb am 2011. Der Kindesvater und Ehegatte der Beschwerdeführerin ist österreichischer Staatsbürger und lebte im verfahrensgegenständlichen Zeitraum mit ihr und ihren Kindern nicht im gemeinsamen Haushalt. Nach einem Versicherungsdatenauszug vom 21.12.2015 war die Bf. im Jänner 2011 wegen Kindererziehung vorläufig, in den Zeiträumen 11.4.2011 bis 1.6.2011, 14.7. 2011 bis 16.7.2011 und 9.9.2011 bis 30.9.2011 als Arbeiterin versichert, danach bezog sie Arbeitslosenentgelt.

Feststeht auch, dass die Bf. im streitgegenständlichen Zeitraum keine Leistungen aus der Grundversorgung erhielt. Ein die Bf. betreffendes Asylverfahren wurde am 9.1.2003 eingeleitet und am 9.3.2011 mit einer abweisenden Entscheidung beendet.

In Streit steht der Familienbeihilfenanspruch der Bf. ab dem Jänner 2011.

### **In rechtlicher Hinsicht ist dazu auszuführen:**

Gemäß § 2 Abs 8 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) haben Personen Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben. Eine Person hat den Mittelpunkt der Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.

Nach obigen Feststellungen hat die Bf. im verfahrensgegenständlichen Zeitraum ihren Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich.

§ 3 Abs 1 FLAG 1967 in der im streitgegenständlichen Zeitraum geltenden Fassung lautet:

Abs 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.

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).

.....

§ 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.

..."

Gemäß § 54 Abs. 1 NAG idF des Fremdenrechtsänderungsgesetzes 2011 - FrÄG 2011, sind u.a. drittstaatsangehörige Ehegatten von unionsrechtlich aufenthaltsberechtigten EWR-Bürgern, die die in § 52 Abs 1 Z 1 bis 3 NAG genannten Voraussetzungen erfüllen, zum Aufenthalt in Österreich für mehr als drei Monate berechtigt. Ihnen ist auf Antrag eine Aufenthaltskarte für die Dauer von fünf Jahren oder für die geplante kürzere Aufenthaltsdauer auszustellen.

Nach den Erläuterungen zur Regierungsvorlage des Fremdenrechtspaketes 2005 (952 der Beilagen XXII. GP, 155) sollen Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, einschließlich Staatenloser, nunmehr dann Anspruch auf die Familienbeihilfe haben, wenn sie zur Niederlassung in Österreich berechtigt sind (Hinweis auf §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes).

Gemäß § 57 NAG gelten für Angehörige von Österreichern die Bestimmungen der §§ 52 bis 56 sinngemäß, sofern der Österreicher sein "unionsrechtliches" oder das ihm auf Grund des Freizügigkeitsabkommens EG-Schweiz zukommende Aufenthaltsrecht von mehr als drei Monaten in einem anderen EWR-Mitgliedstaat oder in der Schweiz in Anspruch genommen hat und im Anschluss an diesen Aufenthalt nach Österreich nicht bloß vorübergehend zurückkehrt.

Im Beschwerdefall ist der § 52 Abs 1 Z 3 NAG anzuwenden, wonach Angehörige von EWR-Bürger in gerader aufsteigender Linie nach der Freizügigkeitsrichtlinie zum Aufenthalt für mehr als drei Monate berechtigt sind. Diese Ausführungen beziehen sich beispielsweise auf das Verhältnis Eltern zu ihren Kindern.

Der Verwaltungsgerichtshof führte zum konkreten Fall aus, dass das von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Aufenthaltsrecht nach § 54 Abs. 1 iVm § 57 NAG auf ihren Antrag von der Niederlassungsbehörde durch Ausstellung einer Aufenthaltskarte gemäß § 9 Abs. 1 Z 2 NAG zu dokumentieren ist. Für die nach § 3 Abs. 1 FLAG erforderliche Beurteilung der Rechtmäßigkeit des von der Bf. behaupteten unionsrechtlichen Aufenthaltsrechtes in Österreich kommt es somit nicht auf eine konstitutive Verleihung durch die Niederlassungsbehörde an.

Nach der Judikatur des EuGH und des darin zum Ausdruck kommenden Anwendungsvorranges des Unionsrechtes vor dem nationalen Recht ist für den Beschwerdefall zu beachten, dass das Unionsrecht vorrangig und unmittelbar anzuwenden ist unwd insofern nationales Recht verdrängt.

Der EuGH hat zum Aufenthaltsrecht von Drittstaatsangehörigen bei alleiniger Sorge für minderjährige Kinder mit Unionsbürgerschaft entschieden, dass bezüglich eines Unionsbürgers, der im Aufnahmemitgliedstaat geboren worden war und keinen Gebrauch von seinem Freizügigkeitsrecht gemacht hatte, die in einer Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2004/38 entsprechenden Bestimmung enthaltene Formulierung "über die erforderlichen Mittel verfügen" dahin auszulegen ist, dass es ausreicht, wenn dem Unionsbürger diese Mittel zur Verfügung stehen, ohne dass diese Bestimmung Anforderungen in Bezug auf die Herkunft der Mittel enthält, so dass sie auch von einem Drittstaatsangehörigen, der Elternteil der betroffenen Unionsbürger im Kleinkindalter ist, stammen können (vgl. EuGH 19.10.2004, Zhu und Chen, C-200/02, EuGH 10.10.2013, Alokpa, C-86/12). Würde daher dem für einen minderjährigen Unionsbürger tatsächlich sorgenden Elternteil, der Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats oder eines Drittstaats ist, nicht erlaubt, sich mit dem Unionsbürger im Aufnahmemitgliedstaat aufzuhalten, so würde dem Aufenthaltsrecht des Unionsbürgers jede praktische Wirksamkeit genommen, da der Genuss des Aufenthaltsrechts durch ein Kind im Kleinkindalter notwendigerweise voraussetzt, dass sich die für das Kind tatsächlich sorgende Person bei ihm aufhalten darf und dass es demgemäß dieser Person ermöglicht wird, während dieses Aufenthalts mit dem Kind zusammen im Aufnahmemitgliedstaat zu wohnen.

Im verfahrensgegenständlichen Fall sind die Voraussetzungen des "Verfügens über die erforderlichen Mittel" insofern erfüllt, als die Bf. in diesem Zeitraum keine Sozialhilfeleistungen in Anspruch genommen hat und der Krankenversicherungsschutz (Mutter-Kind Pass)gegeben war, bzw. andere aus dem Versicherungsdatenauszug ableitbare Versicherungszeiten in diesem Zeitraum bestanden haben.

Für das fortgesetzte Verfahren leitet sich daher daraus ab, dass sich für die Bf. das Aufenthalts- und Niederlassungsrecht aus dem unmittelbar anwendbaren Unionsrecht ergibt. Dieses bereits nach Unionsrecht bestehende Aufenthalts- und Niederlassungsrecht ist durch besondere Dokumente nachzuweisen, denen aber lediglich deklaratorische Wirkung zukommt (vgl BFG 20.1.2015, RV/7101450/2013, BFG 11.8.2015, RV/7101146/2014).

Der älteste Sohn der Bf. ist Unionsbürger iSd Art 20 AEUV und hat das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten. Er braucht keinen Aufenthaltstitel nach NAG bzw ist dieser nur deklarativ. Da nach dem festgestellten Sachverhalt die Bf. im Jänner 2011 ihren beiden Söhnen und danach ihrem ältesten Sohn tatsächlich Unterhalt gewährte und als Familienangehörige eines nach der Freizügigkeitsrichtlinie berechtigten Unions- und Staatsbürgers mit der Begründung eines ständigen Wohnsitzes in Österreich nach Unionsrecht ein Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht erworben hat, hielt sie sich im streitgegenständlichen Zeitraum rechtmäßig in Österreich auf.

Die für die Anerkennung der Familienbeihilfe erforderlichen Voraussetzungen des § 3 Abs 1 FLAG 1967 waren somit erfüllt.

Für die Monate Jänner 2011 bis März 2011 ist außerdem festzuhalten, dass sich die Bf. auch nach nationalem Recht und zwar nach § 3 Abs 2 FLAG 1967 idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl Nr 142/2004, auf Grund eines unbestrittenenmaßen gegebenen sechzig monatigen Aufenthaltes im Inland, rechtmäßig in Österreich aufgehalten hatte. Die Anwendung dieser Bestimmung ergibt sich aus der festgestellten Tatsache, dass gem. § 75 AsylG 2005 das Asylverfahren der Beschwerdeführerin noch nach dem Asylgesetz 1997 abgeführt wurde.

Festgestellt wird abschließend, dass das vorliegende Erkenntnis nach dem Zeitpunkt der Erlassung des Bescheides durch das Finanzamt am 25.10.2011 über den Zeitraum Jänner 2011 bis Oktober 2011 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 Beschwerdefall liegt eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor, zumal über das sich aus der unmittelbaren Anwendung des Unionsrechtes für die Zuerkennung der Familienbeihilfe abgeleitete Aufenthaltsrecht der Bf. als Drittstaatsangehörige im Mitgliedstaat des Wohnsitzes ihres minderjährigen Kindes, das Staatsbürger dieses Mitgliedstaates ist, vom Verwaltungsgerichtshof bisher noch nicht entschieden wurde.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 21. Jänner 2016