

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Dr. R in der Beschwerdesache E, Adr, vertreten durch Edward William Daigneault, Lerchenfelder Gürtel 45 Tür 11, 1160 Wien, gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 12/13/14 Purkersdorf vom 26.07.2013, betreffend Abweisung Familienbeihilfe zu Recht erkannt:

Der Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für das Kind D.E., geboren am XY, für den Zeitraum Mai 2008 bis Oktober 2010 wird abgewiesen. Familienbeihilfe für das Kind D ist ab November 2010 zu gewähren.

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

## Entscheidungsgründe

### I. Sachverhalt

#### 1. Verfahrensverlauf

Am 2.5.2013 stellte die Beschwerdeführerin (Bf) einen Antrag auf Familienbeihilfe (FB) für ihren Sohn D , geboren am XY, ab 06/2007.

Die Bf ist nigerianische Staatsbürgerin und lebt seit 2005 in Österreich.

Mit Schriftsatz vom 26.6.2013 führte die Bf aus:

„Ich bin in Österreich nicht als Flüchtling anerkannt, sondern habe ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht, um meinem deutschen Kind den Aufenthalt in Österreich zu ermöglichen. Zur Zulässigkeit siehe EuGH-Urteil vom 19.10.2004 iS Zhou & Chen, Rs C-200/02. Ich besitze deshalb auch eine Aufenthaltskarte des Amtes der Wiener Landesregierung, MA35, ZI MA00-0, ausgestellt am 12.11.2010 und gültig bis 12.11.2015. Das Kind besitzt eine Anmeldebescheinigung der MA35. Ich kann mich an das Datum der Antragstellung zur Bescheinigung selbst nicht erinnern, habe dazu keinerlei Unterlagen, und ersuche, falls diese Information überhaupt wesentlich sein sollte, um ein Nachfragen des Finanzamtes bei der MA35.“

Denn die Anmeldebescheinigung dokumentiert lediglich das Aufenthaltsrecht des Kindes, das Aufenthaltsrecht selbst ergibt sich aus der UnionsbürgerRL 2004/38/EG bzw. anderer unionsrechtlicher Normen, siehe die Schlussanträge des Generalanwaltes

vor dem EuGH vom 21.3.2013 iS Alopka, Rs C-86/12. Rz 42 verweist auf EuGH Zhou & Chen, demnach ist „dann, wenn ... Artikel 18 EG (jetzt Art. 21 EUV) und die Richtlinie 90/364 dem minderjährigen Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaats im Kleinkindalter für unbestimmte Zeit ein Aufenthaltsrecht im Aufnahmemitgliedstaat verleihen, dieselben Vorschriften es dem Elternteil, der für diesen Staatsangehörigen tatsächlich sorgt, erlauben, sich mit ihm im Aufnahmemitgliedstaat aufzuhalten“ und wird vom Generalanwalt in Rz 47 ein Urteil dahingehend vorgeschlagen, „dass sich minderjährige Kinder, die Unionsbürger und Unterhaltsberechtigte eines keinen Unterhalt beziehenden Verwandten in gerader aufsteigender Linie sind, der tatsächlich für sie sorgt, auf die Bestimmungen der Richtlinie 2004/38 berufen können, um es diesem Verwandten, der Angehöriger eines Drittstaats ist, zu ermöglichen, ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats in Anspruch zu nehmen, dessen Staatsangehörigkeit die Kinder nicht besitzen.“

Das unionsrechtliche Aufenthaltsrecht beginnt daher mit der Geburt des Kindes.

Mittlerweile ist daraus bereits ein nicht mehr an Bedingungen geknüpftes

Daueraufenthaltsrecht geworden, siehe Art 16 UnionsbürgerRL.

Wie aus dem beiliegenden Versicherungsdatenauszug hervorgeht, war ich auch nach Geburt des Kindes (am XY) in Grundversorgung. Dies deshalb, weil das AMS mir bzw. auch potentiellen Arbeitgebern immer wieder wahrheitswidrig mitgeteilt hatte, ich dürfe nicht arbeiten. Erst als ich mit einem Bescheid des AMS Hietzinger Kai vom 10.2.2012 (in welchem einem potentiellen Arbeitgeber eine ohnehin unnützer Weise beantragte Beschäftigungsbewilligung für mich nicht erteilt worden war) anwaltliche Hilfe suchte und infolge eine Bestätigung nach § 3 Abs 8 AusIBG beantragte, wurde mir am 2. 7.2012 vom AMS erstmals das Recht zur bewilligungslosen Arbeitsaufnahme bescheinigt.

Seit dieser Zeit stehe ich regelmäßig in Arbeit. Ebenfalls aus dem beiliegenden Versicherungsdatenauszug geht hervor, dass ich derzeit für die Fa. H. , beschäftigt bin. Daraus finanziere ich den Lebensunterhalt von mir und dem Kind.

Das Kind besucht seit 2011 den Kindergarten S , ich übermittle zur Dokumentation seines Aufenthalts davor auch mehrere Blätter aus dem Mutter-Kind-Pass. Das Kind war, wie auch ich, ständig in Österreich, es gab für das Kind daher keine ausländischen Beihilfen, ein Nachweis des Nichtbezuges von Beihilfen ist mir nicht möglich. Ab Herbst beginnt das Kind den Schulbesuch in der ALS .

Dem Schriftsatz beigelegt waren folgende Unterlagen:

- Anmeldebescheinigung des Kindes,
- Versicherungsdatenauszug,
- Mutter Kind Pass,
- Kindergartenbestätigung,
- Einladung der ALS1 .

Mit Ergänzungsauftrag vom 1.7.2013 wurde die Bf aufgefordert weitere Unterlagen vorzulegen, nämlich

- Nachweis, wann die Bf für sich den Aufenthaltstitel beantragt hatte,
- Nachweis, wann für D die Anmeldebescheinigung für EU-Bürger beantragt wurde und -belegmäßiger Nachweis dafür, für welchen Zeitraum genau die Grundversorgung bezogen wurde.

In Beantwortung des Vorhaltes vom 1.7.2013 legte die Bf am 16.7.2013 die Bestätigung der Caritas, Asylzentrum, vom 8.7.2013 vor, mit der bestätigt wurde, dass die Bf für ihren Sohn D Grundversorgungsleistungen bis 31.8.2011 erhalten hätte.

In Beantwortung des schriftlichen Auskunftsersuchen des Finanzamtes (gem. § 143 Bundesabgabenordnung, BAO) gab das Magistrat der Stadt Wien, MA 35, bekannt, dass die Bf am 24.4.2009 einen Antrag auf Ausstellung der Anmeldebescheinigung für ihren Sohn gestellt hätte. Der Antrag auf Ausstellung einer Aufenthaltskarte wäre am 31.11.2009 eingebracht worden. Mit Bescheid vom 20.5.2009 wäre der Antrag auf Anmeldebescheinigung zurückgewiesen worden, da gegen Mutter (Bf) und Sohn eine rechtskräftige Ausweisung beständen hätte. Gegen diesen Bescheid wäre Berufung eingebracht worden, welcher am 16.11.2009 stattgegeben worden wäre. Daraufhin wäre am 14.1.2010 die Anmeldebescheinigung für das Kind ausgestellt und am 12.11.2010 für die Bf die Aufenthaltskarte bewilligt worden (E-Mail Magistrat der Stadt Wien, MA 35, vom 23.5.2014).

Mit Bescheid des Finanzamtes vom 24.7.2013 wurde die Eingabe der Bf vom 2.5.2013 betreffend FB für D für den Zeitraum 06/2007-04/2008 und 02/2011-04/2011 zurückgewiesen mit der Begründung, dass der Anspruch auf FB für den Zeitraum 06/2007-04/2008 bereits verjährt und über den Zeitraum 02/2011-04/2011 bereits rechtskräftig abgesprochen worden wäre.

Mit Bescheid vom 26.7.2013 wurde der Antrag auf FB vom 2.5.2013 als unbegründet abgewiesen, weil trotz Aufforderung die abverlangten Unterlagen nicht beigebracht worden wären und dadurch die Bf ihrer Mitwirkungspflicht nach § 115 Bundesabgabenordnung (BAO) nicht nachgekommen wäre.

Die Bf legte am 9.8.2013 das Rechtsmittel der Beschwerde (vormals Berufung) ein. Begründend führte sie aus, dass sich ihr Kind als deutscher Staatsbürger rechtmäßig in Österreich aufhalten und sie aus unionsrechtlichen Gründen den rechtmäßigen Aufenthalt mit dem Kind teilen würde.

Mit Schreiben vom 16.8.2013 forderte das Finanzamt die Bf auf, die noch ausstehenden Unterlagen, nämlich Mutter-Kind Pass-Untersuchungen für D und Impfpass, Bestätigung der MA 35 über den rechtmäßigen Aufenthalt der Bf in Österreich bis Oktober 2010, Bekanntgabe der Adresse des Kindesvaters, die Höhe seiner Unterhaltszahlungen und Nachweis darüber, von wann bis wann Leistungen aus der Grundversorgung bezogen wurde, nachzureichen.

Mit Eingabe vom 4.9.2013 übermittelte die Bf unter Bezugnahme auf das Schreiben der Behörde vom 16.8.2013 nochmals die Eingabe vom 26.6.2013 samt allen Beilagen. Ergänzend wurde erläutert, dass die Bf von 9.2005 bis 4.11.2005, vom

16.1.2007 bis 29.6.2009, vom 1.7.2009 bis 15.5.2011 und vom 17.5.2011 bis 27.2.2012 Grundversorgung erhalten hätte. Der Kindesvater hätte in der Vergangenheit immer wieder unregelmäßige Zahlungen für sein Kind geleistet, derzeit würde er nichts zahlen.

Am 18.2.2014 erging ein E-Mail des Finanzamtes an den rechtsfreundlichen Vertreter der Bf mit der Aufforderung weitere Unterlagen und Angaben der Behörde vorzulegen.

Mit Beschwerdevorentscheidung (BVE) vom 12.2.2015 wies das Finanzamt die Beschwerde als unbegründet ab.

Am 19.3.2015 stellte die Bf den Antrag, die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vorzulegen:

Das Finanzamt würde die Freizügigkeit des Kindes bestreiten, weil dieses als deutscher Staatsbürger in Österreich geboren worden wäre und sich bisher immer in Österreich aufgehalten hätte. Unter Hinweis auf das Urteil des EuGH McCarthy (5.5.2011, C-434/09) führte die Bf aus, dass Berechtigter jeder Unionsbürger wäre, der sich in einem anderen als den Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, begibt oder sich dort aufhält. Nach ständiger Rechtsprechung des BFG folgt aus EUGH Ruiz Zambrano (8.3.2011, Rs C-34/09) für mij Unionsbürger, dass die Mitgliedstaaten den drittstaatsangehörigen Eltern, die den Kindern Unterhalt gewähren, ein Aufenthaltsrecht und eine Arbeitserlaubnis einräumen müssen.

Außerdem wäre sie nur deshalb in „Nichtarbeit“ gewesen, weil das AMS als auch die Caritas/Fonds Soziales Wien, als auch mehrere Beratungsstellen davon ausgegangen wären, dass sie ohne ausgestellter Aufenthaltspauschale nicht arbeiten dürfte. Die Aufenthaltspauschale wäre bereits am 12.11.2010 ausgestellt worden.

## **2. entscheidungsrelevanter Sachverhalt**

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus den Auszügen des Zentralen Melderegisters, dem Abgabeninformationssystem des Bundes, dem Antrag auf Zuerkennung der FB vom 2.5.2013, einer E-Mail der Magistratsabteilung 35 der Stadt Wien vom 23.5.2014 an das FA Wien 12/13/14, dem Versicherungsdatenauszug der Österreichischen Sozialversicherung, dem Bestätigungsschreiben der Caritas, Asylzentrum, Wien, vom 8.7.2013.

Am 2.5.2013 stellte die Beschwerdeführerin (Bf) einen Antrag auf Familienbeihilfe (FB) für ihren Sohn D , geboren XY , ab 06/2007 (Antrag Beih 1).

Die Bf ist nigerianische Staatsbürgerin und lebt seit 2005 in Österreich. Sie ist in Österreich nicht als Flüchtling anerkannt. Sie besitzt einen gültigen Aufenthaltstitel für Österreich von 12.11.2010 bis 12.11.2015 als Angehörige eines EWR-Bürgers (Eingabe der Bf vom 26.6.2013). Der Antrag hierfür wurde am 23.11.2009 gestellt.

Es wurde der Bf bis zur Ausstellung ihrer Aufenthaltspauschale kein Asyl und kein Status als subsidiär Schutzberechtigte zuerkannt.

Mit 28.6.2012 wurde der Bf eine Ausnahmebescheinigung nach § 3/8 AusIBG ausgestellt (Vorlageantrag der Bf vom 19.3.2015).

Die Bf hat von September 2005 bis 4.11.2005, vom 16.1.2007 bis 29.6.2009 vom 1.7.2009 bis 15.5.2011 und vom 17.5.2011 bis 27.2.2012 Grundversorgung erhalten (Schreiben der Bf vom 4.9.2013, SV-Datenauszug).

Der Sohn der Bf wurde im Juni 2007 in Österreich geboren, ist deutscher Staatsbürger und lebt seither in Österreich. Am 20.5.2009 wurde erstmals für ihn ein Antrag auf Anmeldebescheinigung gestellt, der zurückgewiesen wurde, weil gegen Mutter und Sohn eine rechtskräftige Ausweisung bestand. Nach einem stattgebenden Rechtsmittelverfahren wurde am 14.1.2010 die Anmeldebescheinigung für D ausgestellt (E-Mail der Magistratsabteilung 35 der Stadt Wien vom 23.5.2014 an das FA Wien 12/13/14).

Der Vater von D ist deutscher Staatsbürger. Er lebt von Kindesmutter und Kind getrennt in Deutschland. Der Kindesvater trägt zur Versorgung des Kindes wenig bei (Eingabe der Bf vom 4.9.2013).

Es liegen Mutter-Kind-Untersuchungen im Zeitraum 28.12.2006 bis 21.4.2008 sowie eine Kindergartenbesuchsbestätigung des Kindes D ab 1.3.2011 vor.

## **II. Beweiswürdigung**

Der festgestellte Sachverhalt stützt sich auf die Angaben der Bf, auf die dem Gericht vorgelegten Unterlagen der Bf sowie auf die Ergebnisse der von der Behörde bzw. dem Gericht durchgeführten Ermittlungen.

## **III. Rechtslage**

§ 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) legt die allgemeinen und besonderen Voraussetzungen fest, unter denen jemand Anspruch auf FB hat.

Personen, die weder die österreichische Staatsbürgerschaft noch die Staatsbürgerschaft eines EU Mitgliedstaates (oder eines Vertragsstaates des EWR oder die Schweizer Staatsbürgerschaft) besitzen, müssen zusätzlich zu den allgemeinen Voraussetzungen für die FB auch die in § 3 FLAG festgelegten Bedingungen erfüllen (UFS 19.12.2007, RV/2945-W/07).

Bei Fremden, die FB beantragen, müssen damit zusätzlich die in § 3 Abs 1 FLAG angeführten qualifizierten Voraussetzungen vorliegen.

Fehlt nur einer der vom Gesetz geforderten Tatbestandsvoraussetzungen, um einen FB-Anspruch als ausländischer Staatsangehöriger zu begründen, kann einem Antrag auf Gewährung von FB kein Erfolg beschieden sein (UFS 2.3.2007, RV/0510-K/06).

Auch bei Fremden ist der Anspruch auf FB monatsbezogen zu beurteilen (siehe § 10 FLAG).

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

Gemäß § 3 Abs 2 FLAG besteht ein Anspruch für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des NAG rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz regelt die Erteilung, Versagung und Entziehung von Aufenthaltstiteln von Fremden, die sich länger als sechs Monate im Bundesgebiet aufhalten oder aufhalten wollen, sowie die Dokumentation des gemeinschaftsrechtlichen Aufenthaltsrechtes.

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 die Aufenthaltstitel des § 8 NAG gelten.

§ 9 Abs 1 Z 1 NAG bestimmt, dass zur Dokumentation des gemeinschaftsrechtlichen Aufenthaltsrechtes für mehr als drei Monate über Antrag eine Anmeldebescheinigung für EWR-Bürger, die sich länger als drei Monate in Österreich aufhalten, ausgestellt werden kann.

§ 9 Abs 1 Z 2 NAG bestimmt, dass zur Dokumentation des gemeinschaftsrechtlichen Aufenthaltsrechtes für mehr als drei Monate über Antrag eine Aufenthaltskarte für Angehörige eines EWR-Bürgers für Drittstaatsangehörige, die Angehörige von gemeinschaftsrechtlich aufenthaltsberechtigten EWR-Bürgern sind, die sich länger als drei Monate in Österreich aufhalten, ausgestellt werden kann.

Die näheren Voraussetzungen, unter denen die Aufenthaltstitel nach §§ 8 und 9 NAG zu erteilen sind, sind für Drittstaatsangehörige insb. in §§ 41 ff NAG und für EWR- und Schweizer Bürger insb. in §§ 51 ff NAG geregelt.

Gemäß § 51 Abs 1 NAG sind EWR-Bürger zum Aufenthalt für mehr als drei Monate berechtigt, wenn sie

1. in Österreich Arbeitnehmer oder Selbständige sind;
2. für sich oder ihre Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel und einen umfassenden Krankenversicherungsschutz verfügen, sodass sie während ihres Aufenthaltes weder Sozialleistungen noch die Ausgleichszulage in Anspruch nehmen müssen, oder

3. als Hauptzweck ihres Aufenthaltes eine Ausbildung bei einer Schule einschließlich einer Berufsausbildung bei einer öffentlichen Schule oder einer rechtlich anerkannten Privatschule oder Bildungseinrichtung absolvieren und für sich und ihre Familienangehörigen über eine ausreichende Krankenversicherung und ausreichende Existenzmittel verfügen

und auf Grund der Freizügigkeitsrichtlinie (Richtlinie, RL 2004/35/EG) das Recht auf Freizügigkeit in Anspruch genommen haben.

Gemäß § 52 Abs 1 Z 1 bis 3 NAG sind EWR-Bürger, die Angehörige von unionsrechtlich aufenthaltsberechtigen EWR-Bürgern sind, auf Grund der Freizügigkeitsrichtlinie zum Aufenthalt von mehr als drei Monate berechtigt, wenn

sie

1....

2....

3. Verwandter des EWR-Bürgers, seines Ehegatten oder eingetragenen Partners in gerader aufsteigender Linie sind, sofern ihnen von diesen Unterhalt tatsächlich gewährt wird.

Gemäß § 53 NAG sind EWR-Bürgern, die sich länger als drei Monate im Bundesgebiet aufhalten und denen das unionsrechtliche Aufenthaltsrecht zukommt (§§ 51 und 52), auf Antrag ein Anmeldebescheinigung auszustellen

Gemäß § 53a NAG erwerben EWR-Bürger, denen das unionsrechtliche Aufenthaltsrecht zukommt (§§ 51 und 52), unabhängig vom weiteren Vorliegen der Voraussetzungen gemäß §§ 51 und 52 nach 5 Jahren rechtmäßigem und ununterbrochenem Aufenthalt im Bundesgebiet das Recht auf Daueraufenthalt. Ihnen ist auf Antrag nach Überprüfung der Aufenthaltsdauer unverzüglich eine Bescheinigung ihres Daueraufenthaltes auszustellen.

Drittstaatsangehörige, die Angehörige von unionsrechtlich Aufenthaltsberechtigen EWR-Bürgern (§ 51) sind und die in § 52 Abs 1 Z 1 bis 3 genannten Voraussetzungen erfüllen, sind zum Aufenthalt für mehr als drei Monate berechtigt. Ihnen ist auf Antrag eine Aufenthaltskarte für die Dauer von 5 Jahren oder für die geplante kürzere Aufenthaltsdauer auszustellen (§ 54 NAG).

Die Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38/EG (RL) des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 29.4.2004 ist eine Richtlinie über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten und die in ihrem direkten Anwendungsbereich allfällig entgegenstehendem nationalem Recht vorgeht.

Die RL bestimmt in Art 1 den „Gegenstand“ und die Bedingungen, unter denen Unionsbürger und ihre Familienangehörigen das Recht auf Freizügigkeit und Aufenthalt innerhalb des Hoheitsgebietes der Mitgliedstaaten genießen.

Gemäß Art 2 der RL sind Familienangehörige unter anderem Verwandte in gerader absteigender oder in gerader aufsteigender Linie des Unionsbürgers und des Ehegatten

oder des Lebenspartners im Sinne des Buchstaben b, denen von diesen Unterhalt gewährt wird.

Gemäß Art 3 Abs 1 der RL gilt diese für jeden Unionsbürger, der sich in einem anderen als den Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, begibt oder sich dort aufhält, sowie für seine Familienangehörigen im Sinne von Art 2 Nummer 2, die ihn begleiten oder ihm nachziehen („Berechtigte“).

Gemäß Art 7 der Freizügigkeitsrichtlinie sind EWR-Bürger und Schweizer unionsrechtlich zum Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates für mehr als drei Monate berechtigt, wenn sie

1. Arbeitnehmer oder Selbständige sind oder
2. für sich oder ihre Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel und einen umfassenden Krankenversicherungsschutz verfügen, oder
3. eine Ausbildung bei einer Schule oder Bildungseinrichtung absolvieren und für sich und ihre Familienangehörigen über eine ausreichende Krankenversicherung und ausreichende Existenzmittel verfügen.

Abs 2 des Art 7 bestimmt, dass das Aufenthaltsrecht nach Abs 1 auch für Familienangehörige, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates besitzen und die den Unionsbürger in den Aufnahmemitgliedstaat begleiten oder ihm nachziehen, gilt, sofern der Unionsbürger die Voraussetzungen des Abs 1 Buchstabe a, b oder c erfüllt.

Art 16 der RL bestimmt, dass jeder Unionsbürger, der sich rechtmäßig 5 Jahre lang ununterbrochen im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten hat, das Recht hat, sich dort auf Dauer aufzuhalten. Dieses Recht ist nicht an die Voraussetzungen des Kapitels III (Aufenthaltsrecht) geknüpft.

#### **IV. Erwägungen**

Strittig ist, ob der Aufenthalt der Bf in Österreich im Zeitraum 05/2008 bis 10/2010 rechtmäßig war, obwohl für diesen Zeitraum kein gültiger NAG Titel vorlag und damit, ob ein Anspruch auf Familienbeihilfe für Sohn D für diesen Zeitraum gegeben war.

§ 3 Abs 1 und 2 FLAG sehen nach der geltenden Rechtslage – wie oben ausgeführt – einen Anspruch auf FB für die Bf, die nicht österreichische Staatsbürgerin ist, dann vor, wenn sowohl die Bf als antragstellende Person (Abs 1) als auch Sohn D als anspruchsvermittelndes Kind (Abs 2) sich jeweils nach den §§ 8 und 9 NAG rechtmäßig im Inland aufhalten.

Das FLAG knüpft hierbei an die Bestimmungen des NAG betreffend die jeweiligen Aufenthaltstitel an, sofern sich aus dem Unionsrecht nichts anderes ergibt.

EWR Bürger und ihre Familienangehörigen genießen das Recht auf Freizügigkeit.

Dieses Recht gründet sich auf primäres Gemeinschaftsrecht und findet seinen Niederschlag in der Freizügigkeits-Richtlinie 2004/38/EG, die in Österreich im Rahmen des Fremdenpaketes 2005 durch das NAG innerstaatlich umgesetzt wurde.

Ziel der Richtlinie (RL) ist es, den Unionsbürgern die Freizügigkeit im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten zu erleichtern. Sie bezweckt das „Freizügigkeits-und Aufenthaltsrecht aller Unionsbürger zu vereinfachen und zu verstärken.

Es stellt sich nun die Frage, ob sich der Sohn der Bf, D, als deutscher Staatsbürger, der in Österreich geboren wurde und immer nur in Österreich gelebt hatte, gegenüber Österreich auf die RL 2004/38 berufen kann, um in dessen Hoheitsgebiet ein Aufenthaltsrecht für sich und mittelbar für die Bf (Mutter) zu erlangen:

Nach der Definition des „Berechtigten“ im Sinne von Art 3 der RL 2004/38/EG ist dies zunächst zu bejahen:.

Nach Art 3 ist Berechtigter jeder Unionsbürger, der sich in einen anderen als den Mitgliedstaat seiner Staatsangehörigkeit begibt oder dort aufhält.

Was den Regelungszusammenhang von Art 3 Abs 1 anbelangt, so ist anzumerken, dass die Vorschriften der RL 2004/38/EG zeigen, dass die RL die Rechtstellung eines Unionsbürgers in einem Mitgliedstaat regelt, in dem er sich in Ausübung seines Rechtes auf Freizügigkeit aufhält und dessen Staatsangehörigkeit er nicht besitzt.

Dies gilt auch, wenn der Unionsbürger sein Recht auf Freizügigkeit in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsbürgerschaft er nicht besitzt, gegebenenfalls schon seit seiner Geburt ausübt.

Übertragen auf den gegenständlichen Fall bedeutet dies, dass der Sohn der Bf zunächst unter den Geltungsbereich der Richtlinie 2004/38 fällt.

D ist in Österreich geboren und lebt seit seiner Geburt in Österreich. D hat sich damit stets in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsbürgerschaft er nicht besitzt, in Ausübung seines Rechtes auf Freizügigkeit aufgehalten.

Der Sohn der Bf hat somit von seinem Recht auf Freizügigkeit im Sinne der RL 2004/38/EG Gebrauch gemacht hat, und ist daher als „Berechtigter“ im Sinne von Art 3 Abs 1 der RL 2004/38/EG anzusehen (vgl. Urteil des EuGH vom 5.5.2011, McCarthy, C-434/09).

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

Aufgrund der Bestimmung des Art 7 Abs 1 RL 2004/38/EG hat ein EWR-Bürger das Recht zum Aufenthalt für mehr als drei Monate im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates aber nur dann, wenn er Arbeitnehmer oder Selbständige im Aufnahmemitgliedstaat ist oder für sich und seine Familienangehörige über ausreichend Existenzmittel verfügt, so dass während ihres Aufenthaltes keine Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaates

in Anspruch nehmen müssen und er und seine Familienangehörigen über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz verfügen.

Nur ein Unionsbürger, der sich rechtmäßig fünf Jahre lang ununterbrochen im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten hat, hat das Recht, sich dort auf Dauer aufzuhalten (vgl Art 16 Abs RL 2004/38/EG).

Nehmen EWR Bürger das ihnen auf Grund des Freizügigkeitsabkommen zukommende Aufenthaltsrecht in Österreich von mehr als drei Monate in Anspruch, so kommen die für EWR Bürger innerstaatlich geltenden Vorschriften der §§ 51 bis 56 zur Anwendung.

Nach § 51 NAG ist der Sohn der Bf als EWR-Bürger zum Aufenthalt in Österreich von länger als drei Monaten nur dann berechtigt, wenn er in Österreich Arbeitnehmer oder Selbständiger ist oder für sich und seine Familienangehörige über ausreichend Existenzmittel und einen umfassenden Krankenversicherungsschutz verfügt, sodass während des Aufenthaltes weder Sozialleistungen noch die Ausgleichszulage in Anspruch genommen werden muss.

Eine Drittstaatsangehörige wie die Bf ist nach der Bestimmung des § 54 NAG nur dann zum Aufenthalt für mehr als drei Monate in Österreich berechtigt, wenn der Sohn der Bf als EWR Bürger, dessen Angehörige sie im Sinne des § 52 Abs 1 Z 1 bis 3 ist, die Voraussetzungen des § 51 NAG erfüllt.

Die Voraussetzungen des § 51 NAG erfüllte der Sohn der Bf nicht, da er im Streitzeitraum weder Arbeitnehmer oder Selbständiger war, noch über ausreichende Existenzmittel und einen umfassenden Krankenversicherungsschutz verfügte, sodass Sozialleistungen in Anspruch genommen werden mussten (vgl SV-Versicherungsdatenauszug, Schreiben „aufgetragene Ergänzung“ der Bf vom 4.9.2014, Grundversorgung: 9.2005 bis 4.11.2005, 16.1.2007 bis 29.6.2009 und vom 1.7.2009 bis 15.5.2011).

Ein Nachweis dafür, dass der Kindesvater regelmäßig seiner Unterhaltsverpflichtung nachgekommen wäre und den Unterhalt des Kindes überwiegend getragen hätte, konnte im laufenden Beschwerdeverfahren durch die Bf nicht erbracht werden.

Damit wurden die Voraussetzungen des § 51 NAG für den unionsrechtlichen Aufenthalt des Sohnes der Bf als EWR-Bürger in Österreich für mehr als drei Monate nicht erfüllt. Somit steht damit aber auch fest, dass der Aufenthalt des Sohnes der Bf als EWR-Bürger und damit die Bf als Familienangehörige eines EWR Bürgers im Streitzeitraum 05/2008 bis 10/2010 in Österreich nicht rechtmäßig war.

Am 24.4.2009 stelle die Bf einen Antrag auf Ausstellung der Anmeldebescheinigung für ihren Sohn und am 23.11.2009 auf Ausstellung einer Aufenthaltskarte.

Am 14.1.2010 wurde die Anmeldebescheinigung für den Sohn der Bf ausgestellt (Berufungsverfahren, § 9 Abs 1 Z 1 NAG, Amt der Wiener Landesregierung, MA 35).

Am 12.11.2010 wurde der Aufenthalt der Bf in Österreich bewilligt und eine Aufenthaltskarte ausgestellt (Berufungsverfahren, § 9 Abs Z 2 NAG).

Stellt ein Fremder einen Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels, liegt seit 1.1.2006 der für den Anspruch auf FB erforderliche Aufenthaltstitel erst mit der Erteilung der Niederlassungsbewilligung vor, nicht bereits mit der Stellung des darauf abzielenden Antrages (UFS 5.3.2010, RV/0099.L/09). Liegen aufrechte Aufenthaltstitel vor, sind die Voraussetzungen des rechtmäßigen Aufenthalts in Österreich nach § 3 Abs 1 und 2 FLAG für Anspruchswerber und Kind erfüllt, und der Anspruch auf FB ist nur mehr nach den allgemeinen Voraussetzungen, die auch für österreichische Staatsbürger gelten, zu beurteilen. Diese wurden von der Bf erfüllt (minderjähriges Kind, Kindergartenbesuch, etc).

Während der Titel für das Kind D bereits mit 14.1.2010 vorlag, wurde die Aufenthaltskarte für die Bf erst mit 12.11.2010 ausgestellt. Damit wurden die Voraussetzungen des § 3 Abs 1 und 2 FLAG für die Gewährung der FB erst mit 12.11.2010 erfüllt.

Der Bescheid des Finanzamtes vom 26.7.2013, wonach ein Anspruch der Bf auf Gewährung von FB im Zeitraum 05/2008 bis 10/2010 nicht gegeben war, besteht daher zu Recht.

Die Beschwerde betreffend die Gewährung der FB für den Zeitraum Mai 2008 bis Oktober 2010 für das Kind D war daher als unbegründet abzuweisen.

Hinzuweisen ist noch, dass die Bf in ihrer Beschwerde gegen den Abweisungsbescheid vom 26.7.2013 die Zuerkennung von FB auch für Zeiträume beantragte, über die in dem beschwerdegegenständlichen Abweisungsbescheid nicht abgesprochen wurde. Gegenstand des Verfahrens bildet der Abweisungsbescheid, mit dem der Beihilfenanspruch für den Zeitraum Mai 2008 bis Oktober 2010 abgewiesen wurde. Eine Ausdehnung des Beschwerdegegenstandes, der seinerseits durch den bekämpften Abweisungsbescheid determiniert ist, im Beschwerdeweg ist nach der BAO nicht zulässig (siehe Zurückweisungsbescheid vom 24.7.2013).

## V. Zulässigkeit einer Revision

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision unzulässig, 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 VwGH ist im vorliegenden Fall unzulässig, weil die Beantwortung der Rechtsfrage, ob ein minderjährige EWR-Bürger, der in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er nicht besitzt, seit seiner Geburt lebt, sich gegenüber diesem

Staat auf die Richtlinie 2004/38/EG berufen kann, um in dessen Hoheitsgebiet ein Aufenthaltsrecht für sich und mittelbar auch für die Bf als Familienangehörige zu erlangen und damit die Beantwortung der Frage, ob der Aufenthalt der Bf und ihres mj Sohnes in Österreich im Streitzeitraum rechtmäßig im Sinne des § 3 Abs 1 und 2 FLAG war, obwohl für diesen Zeitraum kein gültiger Titel im Sinne des NAG vorlag, sich aus den bezugshabenden rechtlichen, jeweils in Geltung stehenden Bestimmungen (RL 2004/38/EG, NAG, FLAG) ergibt.

Salzburg-Aigen, am 18. August 2015