

Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch Dr. Herbert Pochieser, Rechtsanwalt, 1070 Wien, Schottenfeldgasse 2-4/II/23, gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 21/22 betreffend Familienbeihilfe ab 1. September 1998 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (Bw.) ist polnische Staatsangehörige. Sie war mit einem österreichischen Staatsangehörigen verheiratet. Der Ehegatte verstarb am 14. Juni 1998. Strittig ist, ob der Bw. für die aus dieser Ehe stammende Tochter N., geb. am 15. September 1998, die Familienbeihilfe ab September 1998 zusteht.

Das Finanzamt erließ am 1. Juli 2003 einen abweisenden Bescheid mit folgender Begründung:

„Gemäß § 3 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet bei einem Dienstgeber beschäftigt sind und aus dieser Beschäftigung Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit oder zufolge einer solchen Beschäftigung Bezüge aus der gesetzlichen Krankenversicherung im Bundesgebiet beziehen. Anspruch auf Familienbeihilfe haben auch Personen, die sich seit mindestens sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten, sowie Staatenlose und gesetzlich anerkannte Flüchtlinge. Diese gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen liegen in Ihrem Fall nicht vor, weil Sie weder in Österreich jemals einer unselbstständigen Beschäftigung nachgegangen sind noch ständig seit mindestens fünf Jahren nachweislich im Bundesgebiet leben noch der Status „Staatenlose“ oder „Flüchtling“ auf Sie zutrifft. Die österreichische Staatsbürgerschaft Ihres Kindes ist mangels gesetzlicher Voraussetzungen für einen Familienbeihilfenan spruch nicht relevant. Ein Anspruch auf Familienbeihilfe ist somit vorerst nicht gegeben.“

Der Rechtsvertreter der Bw. er hob namens seiner Mandantin am 21. Juli 2003 Berufung und begründete diese unter anderem wie folgt:

„Der Bescheid wird seinem gesamten Umfange nach wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit angefochten: § 3 FLAG 1967 kann mir nicht entgegengehalten werden:

Mir wurde jahrelang durch rechtswidrige Auffassungen der Niederlassungsbehörden das mir zustehende Aufenthaltsrecht und damit auch der Zugang zu einer Beschäftigung rechtswidrig versagt.

In einem richtungsweisenden Erkenntnis (VfGH vom 9.6.1999, B 1045/98) hat der VfGH ausgesprochen, dass Umstände, die durch die rechtswidrige Versagung der Aufenthaltsbewilligung durch die Aufenthaltsbehörden herbeigeführt wurden, einem sonstigen Recht, dass ein Ausländer in Anspruch nimmt nicht entgegengehalten werde. Dies gilt jedenfalls auch in Ansehung des § 3 FLAG.

Mir wurde jahrelang durch rechtswidrige Entscheidungen der Aufenthaltsbehörden das Niederlassungsrecht und der Zugang zum Arbeitsmarkt verwehrt. Als derartige Umstände (im Sinne der VfGH Judikatur) mache ich die Aufenthaltsverweigerung entsprechend der von mir am 4.9.2000 an den VwGH erstatteten Beschwerde (protokolliert zu 2000/19/0131) wie folgt geltend...“

In der Folge wird vom Rechtsvertreter die an den Verwaltungsgerichtshof gerichtete Beschwerde betreffend den Bescheid der Sicherheitsdirektion für das Bundesland Wien vom 2.3.2000 wiedergegeben. Beantragt wurde "Parteienvernehmung, Akt. Zl. MA 20..."

Das in der Berufung angeführte VfGH-Erkenntnis vom 9.6.1999, B 1045/98, betreffend Versagung der Arbeitserlaubnis enthält folgende Kernaussage:

"Im vorliegenden Fall haben die Aufenthaltsbehörden die Unmöglichkeit, weiter in Österreich beschäftigt zu bleiben, durch die rechtswidrige Versagung der Aufenthaltsbewilligung herbeigeführt. Diesen Umstand muß auch das für die Arbeitserlaubnis zuständige Arbeitsmarktservice berücksichtigen. Daß die Zuständigkeiten auf verschiedene Behörden verteilt sind, darf am Endergebnis nichts ändern. Das Arbeitsmarktservice durfte daher den Mangel einer Beschäftigung seit diesem Zeitpunkt bis zur möglich gewordenen Rückkehr der Beschwerdeführerin nicht zum Anlaß einer Versagung der Verlängerung der Arbeitserlaubnis nehmen, sondern hätte diese Zeit - wie in VfSlg. 14049/1995 das Fehlen einer Beschäftigungsbewilligung - unberücksichtigt lassen müssen. Indem sie dies verkannte, hat sie die Beschwerdeführerin in dem durch Art I Abs 1 des BVG zur Durchführung des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassischer Diskriminierung gewährleisteten Recht auf Gleichbehandlung von Fremden untereinander verletzt (vgl. VfSlg. 14989/1997 und die dort genannte ständige Rechtsprechung)."

Das Finanzamt erließ am 19. April 2004 eine Berufungsvorentscheidung, mit der es die Berufung mit folgender Begründung abwies:

Gemäß § 3 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet bei einem Dienstgeber beschäftigt sind und aus dieser Beschäftigung Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit oder zufolge einer solchen Beschäftigung Bezüge aus der gesetzlichen Krankenversicherung im Bundesgebiet beziehen. Anspruch auf Familienbeihilfe haben auch Personen, die sich seit mindestens sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten, sowie Staatenlose und gesetzlich anerkannte Flüchtlinge. Da Sie weder in Österreich jemals einer unselbstständigen Beschäftigung nachgegangen sind noch einen mindestens fünfjährigen ständigen Aufenthalt im Bundesgebiet glaubhaft machen konnten, bestand die Abweisung der Familienbeihilfe ab September 1998 zu Recht.“

Der steuerliche Vertreter stellte am 21. Mai 2004 den Antrag auf Vorlage der Berufung an die Abgabenbehörde II. Instanz zur Entscheidung.

Der Verwaltungsgerichtshof hat über die von der Bw. durch ihren Rechtsvertreter eingebauchte Beschwerde gegen den Bescheid der Sicherheitsdirektion Wien vom 2.3.2000 betreffend Niederlassungsbewilligung mit Erkenntnis vom 19.1.2001, 2000/19/0131, entschieden. Die wesentlichsten Sachverhaltelemente und Rechtsausführungen werden an dieser Stelle wiedergegeben.

"Die Beschwerdeführerin heiratete (nach der Aktenlage 1994) einen österreichischen Staatsangehörigen.

Mit Bescheid der Bundespolizeidirektion Wien vom 27. Dezember 1996 wurde über die Beschwerdeführerin ein Aufenthaltsverbot in der Dauer von fünf Jahren erlassen. Auf Grund dieses Aufenthaltsverbotes wurde die Beschwerdeführerin am 21. Jänner 1997 abgeschoben. Am 14. Juni 1998 verstarb der Ehegatte der Beschwerdeführerin. Am 15. September 1998 brachte die Beschwerdeführerin ein helisches Kind zur Welt, welches die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt.

Mit einem am 12. November 1998 bei der Bundespolizeidirektion Wien eingelangten Antrag begehrte die Beschwerdeführerin die Erteilung einer Niederlassungsbewilligung. Sie verwies in diesem Zusammenhang auf die österreichische Staatsangehörigkeit ihres verstorbenen Ehegatten sowie ihrer Tochter. Sie brachte vor, sie beziehe eine Witwenpension samt Ausgleichszulage, ihre Tochter eine Waisenpension.

Mit Bescheid der Bundespolizeidirektion Wien vom 3. September 1999 wurde der Antrag der Beschwerdeführerin als unzulässig zurückgewiesen. Die erstinstanzliche Behörde vertrat in diesem Zusammenhang die Auffassung, die Beschwerdeführerin sei nicht begünstigte Drittstaatsangehörige im Verständnis der §§ 49 Abs. 1, 47 Abs. 3 des Fremdengesetzes 1997 (FrG 1997). Ihr österreichischer Ehegatte sei verstorben, ihre österreichische Tochter leiste der Beschwerdeführerin keinen Unterhalt. Letztere sei daher weder gemäß § 47 Abs. 3 Z. 1 noch gemäß § 47 Abs. 3 Z. 3 FrG 1997 begünstigte Drittstaatsangehörige.

Die Beschwerdeführerin erhob Berufung. Darin vertrat sie die Auffassung, § 47 Abs. 3 Z. 3 FrG 1997 könne aus gleichheitsrechtlichen Erwägungen nur so verstanden werden, dass ein selbsterhaltungsfähiger Elternteil eines österreichischen Staatsangehörigen jedenfalls niederlassungsberechtigt sei. Andernfalls wäre die Bestimmung verfassungswidrig. Der durch die Versagung der Erteilung einer Niederlassungsbewilligung an die Beschwerdeführerin entstehende Zwang zur Auswanderung für ihr Kind widerspräche dem Art. 3 des 4. ZPMRK. In einer im Berufungsverfahren erstatteten Stellungnahme verwies die Beschwerdeführerin weiters auf das Verbleiberecht von Familienangehörigen von aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union stammenden Wanderarbeitern in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union nach dem Tod des Wanderarbeiters gemäß Art. 3 der Verordnung (EWG) Nr. 1251/70. Zur Vermeidung einer Inländerdiskriminierung wäre daher auch der Beschwerdeführerin als Witwe eines Österreichers, der (von seiner Staatsangehörigkeit abgesehen) die Tatsachenvoraussetzungen nach Art. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1251/1970 erfüllt habe, eine Niederlassungsbewilligung zu erteilen.

Mit dem angefochtenen Bescheid der belangten Behörde vom 2. März 2000 gab diese der Berufung der Beschwerdeführerin keine Folge und bestätigte den erstinstanzlichen Bescheid gemäß § 66 Abs. 4 AVG mit der Maßgabe, dass der Antrag gemäß § 89 Abs. 2 in Verbindung mit § 49 Abs. 1 und § 47 Abs. 3 Z. 3 FrG 1997 wegen Unzuständigkeit der Behörde zurückgewiesen werde.

Begründend führte die belangte Behörde aus, gegen die Beschwerdeführerin sei mit Bescheid der Bundespolizeidirektion Wien vom 27. Dezember 1996 ein Aufenthaltsverbot "wegen Mittellosigkeit" erlassen worden. In Vollstreckung dieser Maßnahme sei die Beschwerdeführerin am 21. Jänner 1997 in ihr Heimatland abgeschoben worden. Nach dem Tod ihres Ehegatten am 14. Juni 1998 habe die Beschwerdeführerin einen Pensionsanspruch erlangt und beziehe seitdem eine Witwenpension in der Höhe von S 6.692,40 sowie eine Ausgleichszulage von S 1.339,60 pro Monat. Die Tochter der Beschwerdeführerin beziehe eine monatliche Waisenpension von S 2.661,--. Während die Berufungswerberin im verfahrensgegenständlichen Antrag ihre Angehörigeneigenschaft offensichtlich von ihrem verstorbenen Ehegatten abgeleitet habe, mache sie nunmehr geltend, dass ihre Tochter österreichische Staatsbürgerin sei und für die Berufungswerberin sohin die Bestimmung des § 47 Abs. 3 Z. 3 FrG 1997 zur Anwendung kommen müsse. Gemäß § 89 Abs. 2 FrG 1997 setze die Zuständigkeit der Fremdenpolizeibehörde vorliegendenfalls voraus, dass die Beschwerdeführerin als Drittstaatsangehörige anzusehen wäre, die nach dem 4. Hauptstück des FrG 1997 Niederlassungsfreiheit genießt. Unbestritten sei, dass die österreichische Tochter der Beschwerdeführerin ihrer Mutter nicht Unterhalt gewähre. Die Voraussetzungen des in § 49 Abs. 1 FrG 1997 verwiesenen § 47 Abs. 3 Z. 3 FrG 1997 lägen daher nicht vor. Der Erstbehörde sei daher keine Entscheidungskompetenz zugekommen. Vielmehr wäre der Landeshauptmann bzw. eine von diesem ermächtigte Bezirksverwaltungsbehörde gemäß § 89 Abs. 1 FrG 1997 zur Entscheidung berufen gewesen. Die Verfassungsmäßigkeit des § 47 Abs. 3 Z. 3 FrG 1997 sei von der belangten Behörde nicht zu prüfen gewesen.

...

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

...

Die Auffassung der belangten Behörde, die erstinstanzliche Behörde sei zur Entscheidung über den Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung unzuständig gewesen, ist aus folgenden Erwägungen nicht zu beanstanden:

Wie die belangte Behörde zutreffend erkannt hat, setzt die Zuständigkeit der erstinstanzlichen Behörde gemäß § 89 Abs. 2 Z. 1 FrG 1997 voraus, dass es sich um einen Drittstaatsangehörigen handelt, der nach dem 4. Hauptstück Niederlassungsfreiheit genießt. Die Beschwerdeführerin hat sich schon in ihrem Antrag sowohl auf ihre Eigenschaft als Witwe nach einem österreichischen Staatsangehörigen als auch auf ihre Eigenschaft als Mutter einer österreichischen Staatsangehörigen berufen. Der Antrag auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung war also nach beiden Aufenthaltszwecken hin zu untersuchen. Eine unzulässige Änderung des Aufenthaltszweckes im Sinne des § 13 Abs. 3 erster Satz FrG 1997 liegt nicht vor.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 17. März 2000, Zl. 99/19/0003, auf dessen Entscheidungsgründe gemäß § 43 Abs. 2 VwGG verwiesen wird, ausgeführt, dass Witwer von Österreichern nicht dem in § 49 Abs. 1 in Verbindung mit § 47 Abs. 3 FrG 1997 umschriebenen Personenkreis angehören. Insbesondere stelle § 47 Abs. 3 Z. 1 FrG 1997 auf die Eigenschaft als Ehegatte, nicht aber auf jene als Witwer ab. Weiters legte der Verwaltungsgerichtshof dar, dass eine am Zweck der Vorschrift orientierte Auslegung aus folgenden Gründen nichts anderes ergebe:

"Durch § 49 Abs. 1 FrG 1997 sollte - von geringfügigen Modifikationen abgesehen - die Rechtsstellung von Angehörigen von Österreichern, die Staatsangehörige eines Drittstaates sind, jener von Angehörigen von EWR-Bürgern, die ihrerseits ebenfalls Staatsangehörige eines Drittstaates sind, angeglichen werden. Offenbar wollte der Gesetzgeber des Fremdengesetzes 1997 damit dem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 17. Juni 1997, Slg. Nr. 14.863, Rechnung tragen. Wie sich aus den Erläuterungen zu dieser Gesetzesbestimmung ableiten lässt, sollte von § 47 Abs. 3 FrG 1997 jedenfalls jener Personenkreis erfasst werden, der durch Art. 10 der Verordnung (EWG) 1612/68 begünstigt wird. Eine Erweiterung des begünstigten Personenkreises (gegenüber der in Rede stehenden Verordnung) sollte dadurch herbeigeführt werden, dass bewusst davon Abstand genommen wurde, beim Begriff der Familienangehörigen gleich dem einschlägigen Gemeinschaftsrecht danach zu unterscheiden, ob es sich um Familienangehörige eines zum Aufenthalt berechtigten Arbeitnehmers, selbstständig Erwerbstätigen oder Dienstleistungserbringern, eines Studenten, eines aus dem Erwerbsleben Ausgeschiedenen oder anderer EWR-Bürger handelt (vgl. dazu die hg. Erkenntnisse vom 5. November 1999, Zl. 99/19/0197, und vom 4. Februar 2000, Zl. 99/19/0125). Durch Art. 10 Abs. 1 lit. a der in Rede stehenden Verordnung wird nun dem Ehegatten eines 'Arbeitnehmers' im Sinne dieser Verordnung das Recht eingeräumt, bei diesem Wohnung zu nehmen. Daraus ist zweifelsfrei ersichtlich, dass diese Bestimmung des Europarechtes auf ein aufrechtes Eheband abstellt, und nicht etwa auch verwitwete Angehörige eines 'Arbeitnehmers' erfasst."

Die Beschwerdeführerin vertritt nun die Auffassung, dass bei dieser Auslegung des § 47 Abs. 3 FrG 1997 das Regelungssystem des § 49 Abs. 1 in Verbindung mit § 47 Abs. 3 FrG 1997 verfassungsrechtlich bedenklich wäre. Sie verweist darauf, dass ihr verstorbener österreichischer Ehegatte, wäre er Angehöriger eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union gewesen, die Voraussetzungen des Art. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 erfüllt hätte. Dann wäre der Beschwerdeführerin aber nach Art. 3 Abs. 1 dieser Verordnung ein Bleiberecht zugekommen. Im Übrigen wären bei ihr auch die Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 2 dieser Verordnung erfüllt gewesen. Zur Vermeidung einer "verfassungsrechtlich verpönten Inländerdiskriminierung" wäre ihr daher die beantragte Niederlassungsbewilligung zu erteilen gewesen.

Diesen Ausführungen ist Folgendes entgegenzuhalten:

Wie der Verwaltungsgerichtshof in dem oben zitierten Erkenntnis vom 17. März 2000 zum Ausdruck brachte, sollte durch § 47 Abs. 3 FrG 1997 der Kreis der familiären Beziehungen der begünstigten Personen zum jeweiligen EWR-Bürger nicht gegenüber Art. 10 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 erweitert werden. Insbesondere sind daher Verwitwete nach EWR-Bürgern von der Regelung des § 47 Abs. 3 FrG 1997 nicht umfasst. Daraus folgt, dass diese Bestimmung nicht der näheren Ausgestaltung der dem verwitweten Angehörigen von Arbeitnehmern aus Mitgliedstaaten nach den Art. 3 und 6 der Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 eingeräumten Rechte im innerstaatlichen Rechtsbereich dient. Insbesondere legt § 47 Abs. 3 FrG 1997 in Verbindung mit § 89 Abs. 2 FrG 1997 nicht die innerstaatliche Zuständigkeit der Bezirksverwaltungsbehörde bzw. Bundespolizeibehörde für Anträge verwitweter Angehöriger von EWR-Bürgern auf Erteilung des ihnen gemäß Art. 3 und 6 der Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 zustehenden Aufenthaltstitels fest.

Wie die Beschwerdeführerin zutreffend erkennt, räumt Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 den dort umschriebenen Familienangehörigen eines Arbeitnehmers ein Bleiberecht ein. Auch bei dem in Art. 3 Abs. 2 dieser Verordnung den verwitweten Familienmitgliedern eingeräumten Recht handelt es

sich, wenngleich dies aus dem Wortlaut dieser Bestimmung nicht ausdrücklich hervorgeht, um ein solches Bleiberecht (vgl. hiezu das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften vom 18. Oktober 1990 in den Rechtssachen C-297/88 und C-197/89, Massam Dzodzi gegen Etat Belge, insbesondere Rz 51 dieses Urteiles).

Die Rechtsstellung von sichtvermerkpflichtigen Drittstaatsangehörigen, welche auf Grund eines unmittelbar anwendbaren Rechtsaktes der Europäischen Union ein Bleiberecht genießen (wie die in Art. 3 der Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 umschriebenen verwitweten Angehörigen), regelt innerstaatlich § 30 Abs. 3 FrG 1997. Sie haben nach Maßgabe des unmittelbar anwendbaren Rechtsaktes (hier: des Art. 6 der in Rede stehenden Verordnung) Anspruch auf Erteilung eines weiteren Aufenthaltstitels.

Da § 30 Abs. 3 FrG 1997 nicht Teil des 4. Hauptstückes des FrG 1997 ist, wäre für die Erteilung von Niederlassungsbewilligungen an verwitwete Angehörige von EWR-Bürgern, die die Voraussetzungen des Art. 3 und 6 der Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 erfüllen, nicht gemäß § 89 Abs. 2 Z. 1 die Bezirksverwaltungsbehörde bzw. Bundespolizeibehörde, sondern gemäß § 89 Abs. 1 FrG 1997 der Landeshauptmann zuständig.

Selbst wenn die gleichheitsrechtlichen Überlegungen der Beschwerdeführerin also zuträfen, wäre die sich aus der Interpretation des einfachen Gesetzes ergebende Festlegung der Zuständigkeit des Landeshauptmannes zur Entscheidung über ihren Antrag verfassungsrechtlich keinesfalls bedenklich, zumal diese Zuständigkeit nach dem Vorgesagten auch für die durch die Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 begünstigten verwitweten Angehörigen von Arbeitnehmern aus Mitgliedstaaten bestünde.

Ergänzend sei aber noch angemerkt, dass der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 17. Juni 1997, Slg. Nr. 14.863, als Grund für die seines Erachtens gebotene Gleichbehandlung von Ehegatten von EWR-Bürgern und Ehegatten von Österreichern in Ansehung des Rechtes auf Erlangung eines Sichtvermerkes nach § 29 des Fremdengesetzes 1992 die Vermeidung einer Schlechterstellung österreichischer Staatsbürger gegenüber ausländischen Staatsangehörigen ins Treffen geführt hat. Eine solche Diskriminierung österreichischer Staatsbürger kommt aber vorliegendenfalls schon im Hinblick auf das Ableben des österreichischen Ehegatten der Beschwerdeführerin nicht in Betracht.

Schlussendlich ist darauf zu verweisen, dass der Erwerb des Bleiberechtes nach Art. 3 Abs. 1 zweiter Satz der Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 (und nur dieses kame für verwitwete Angehörige von Arbeitnehmern, die die Voraussetzungen des Art. 2 erfüllen, in Betracht) zur Voraussetzung hat, dass der Angehörige beim Arbeitnehmer im Zeitpunkt seines Ablebens im Hoheitsgebiet jenes Mitgliedstaates wohnt, in dem das Bleiberecht erworben werden soll.

Nach dem Akteninhalt bestehen aber keine Hinweise darauf, dass die Beschwerdeführerin, welche 1997 aus dem Bundesgebiet abgeschoben wurde, im Zeitpunkt des Todes ihres Ehegatten am 14. Juni 1998 bei diesem gewohnt hätte.

Die Beschwerdeführerin hat weiters ihre behauptete Stellung als begünstigte Drittstaatsangehörige gemäß § 49 Abs. 1 in Verbindung mit § 47 Abs. 3 FrG 1997 daraus abgeleitet, dass ihre Tochter die österreichische Staatsbürgerschaft besitze. Unstrittig ist in diesem Zusammenhang, dass der Beschwerdeführerin von ihrer Tochter kein Unterhalt gewährt wird.

Damit kommt aber der Beschwerdeführerin nicht die Stellung einer begünstigten Drittstaatsangehörigen gemäß § 49 Abs. 1 in Verbindung mit § 47 Abs. 3 Z. 3 FrG 1997 zu. Verwandte in aufsteigender Linie sind nämlich nur dann begünstigte Drittstaatsangehörige nach der letztgenannten Bestimmung, wenn ihnen Unterhalt gewährt wird. Eine planwidrige Unvollständigkeit weist diese Bestimmung in Ansehung sonstiger Verwandter in aufsteigender Linie nicht auf (vgl. das hg. Erkenntnis vom 5. November 1999, ZI. 99/19/0197, auf dessen Entscheidungsgründe gemäß § 43 Abs. 2 VwGG verwiesen wird).

Anders als die Beschwerdeführerin hegt der Verwaltungsgerichtshof auch keine auf Gleichheitsüberlegungen fußende verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Einschränkung der in Rede stehenden Begünstigungen auf Verwandte in aufsteigender Linie, denen Unterhalt gewährt wird. Die - im Übrigen dem Art. 10 Abs. 1 lit. b der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 entsprechende – Sonderregelung findet ihre sachliche Rechtfertigung in der Integration des EWR-Bürgers im Inland und in der bei typisierender Betrachtungsweise anzunehmenden Abhängigkeit des Verwandten in aufsteigender Linie, dem vom im Inland ansässigen EWR-Bürger Unterhalt gewährt wird, von seinem Nachkommen. Der Verwaltungsgerichtshof kann nicht finden, dass das hier geltend gemachte Interesse der im Ausland lebenden Beschwerdeführerin auf die Begründung eines gemeinsamen inländischen Wohnsitzes mit ihrer am 15. September 1998 geborenen österreichischen Tochter demjenigen begünstigter Drittstaatsangehöriger, die die Voraussetzungen des § 47 Abs. 3 Z. 3 FrG 1997 erfüllen, vergleichbar wäre.

Schließlich führt der Umstand, dass die Beschwerdeführerin nicht dem Kreise begünstigter Drittstaatsangehöriger gemäß § 49 in Verbindung mit § 47 Abs. 3 FrG 1997 angehört, nicht dazu, dass ihr schlechthin keine Niederlassungsbewilligung zum Zwecke des Zusammenlebens mit ihrer österreichischen Tochter im Inland erteilt werden könnte. Bei fehlender Erwerbsabsicht der Beschwerdeführerin käme in diesem Zusammenhang die Erteilung einer Niederlassungsbewilligung für Private im Rahmen einer auf § 8 Abs. 1 in Verbindung mit § 19 Abs. 5 FrG 1997 gestützten Ermessensentscheidung in Betracht. Auch insoferne bestünde die Zuständigkeit des Landeshauptmannes gemäß § 89 Abs. 1 FrG 1997.

Wenn die Beschwerdeführerin schließlich darauf verweist, dass die Versagung der hier in Rede stehenden Niederlassungsbewilligung gegen Art. 8 MRK verstöße und überdies einen durch Art. 3 des 4. ZPMRK verpönten Zwang zur Auswanderung für ihr Kind zur Folge hätte, ist ihr Nachstehendes zu entgegnen:

Aus dem Umstand, dass die erstinstanzliche Behörde zur Entscheidung über den Antrag der Beschwerdeführerin nicht zuständig war, folgt keinesfalls, dass ihr die Erteilung einer Niederlassungsbewilligung schlechthin zu versagen wäre. Wie oben angeführt, könnte eine solche Niederlassungsbewilligung in Anwendung der §§ 8 Abs. 1, 19 Abs. 5 zweiter Satz FrG 1997 erteilt werden. Insoweit die von der Beschwerdeführerin erwähnten Bestimmungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und des 4. Zusatzprotokolles bei der Frage, ob der Beschwerdeführerin eine Niederlassungsbewilligung zu erteilen wäre, überhaupt eine Rolle spielen könnten, wären sie im Rahmen einer derartigen Ermessensentscheidung zu berücksichtigen.

Festzuhalten sei in diesem Zusammenhang auch, dass der Verfassungsgerichtshof mit seinem Beschluss vom 15. Mai 2000, B 780/00-3, einen von der Beschwerdeführerin in der gegenständlichen Sache gestellten Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Erhebung einer Beschwerde vor dem Verfassungsgerichtshof gegen den hier angefochtenen Bescheid wegen offensichtlicher Aussichtslosigkeit abgewiesen hat, weil kein Anhaltspunkt für die Annahme bestand, dass der Bescheid auf einer rechtswidrigen generellen Norm beruhe oder dass bei der Gesetzeshandhabung ein in die Verfassungssphäre reichender Fehler unterlaufen wäre.

Obwohl die belangte Behörde nach dem Vorgesagten die Zuständigkeit der erstinstanzlichen Behörde zur Entscheidung über den vorliegenden Antrag auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung zu Recht verneint hat, leidet der angefochtene Bescheid aus folgenden Erwägungen an inhaltlicher Rechtswidrigkeit:

Der Verwaltungsgerichtshof hat im Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 30. Mai 1996, ZI. 94/05/0370, Folgendes zum Ausdruck gebracht:

Ein Spruch, der dahin lautet, dass ein Antrag zurückgewiesen wird, kann grundsätzlich nicht in der Weise umgedeutet werden, dass er eine bloße Feststellung der Unzuständigkeit der Berufungsbehörde darstellt, die nicht als abschließende Entscheidung über diesen Antrag qualifiziert werden könnte. Vielmehr führt die Zurückweisung einer Berufung zur Erledigung derselben. Dies hat zur Folge, dass eine neuerliche Entscheidung der zuständigen Behörde über diese Berufung nicht mehr zulässig ist. Aus diesem Grund ist die Zurückweisung einer Berufung durch die angerufene unzuständige Behörde auch dann unzulässig, wenn die Partei auf einer Entscheidung dieser Behörde beharrt. Vielmehr hat die unzuständige Berufungsbehörde in jedem Fall die Berufung gemäß § 6 AVG an die zuständige Berufungsbehörde zu übermitteln.

Diese für die Einbringung der Berufung selbst entwickelte Rechtsprechung hat der Verwaltungsgerichtshof in der Folge auch auf Anträge übertragen, die, obwohl keine Berufungen, an die Berufungsbehörde gerichtet wurden, für deren Erledigung aber die erstinstanzliche Behörde zuständig war (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 4. Dezember 1996, ZI. 96/21/0041).

Nichts anderes hat aber für an eine unzuständige erstinstanzliche Behörde gerichtete Anträge zu gelten. Die erstinstanzliche Behörde hätte daher vorliegendenfalls den Antrag der Beschwerdeführerin weder wegen Unzulässigkeit noch wegen Unzuständigkeit zurückweisen dürfen, sie hätte ihn vielmehr gemäß § 6 AVG dem Landeshauptmann von Wien zur Entscheidung, ob eine Niederlassungsbewilligung für Private erteilt wird, zu übermitteln gehabt.

Ebenso wenig wäre die belangte Behörde im Instanzenzug zu einer Zurückweisung des in Rede stehenden Antrages berechtigt gewesen. Sie hätte vielmehr den erstinstanzlichen Zurückweisungsbescheid ersatzlos aufzuheben gehabt.

Indem sie dies unterließ, belastete die belangte Behörde ihren Bescheid mit Rechtswidrigkeit des Inhaltes, sodass er gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben war.

In diesem Zusammenhang kann es dahingestellt bleiben, ob der angefochtene Berufungsbescheid auch deshalb rechtswidrig wäre, weil die Berufungsbehörde die Sache des erstinstanzlichen Verfahrens überschritten hätte, indem sie an Stelle einer Zurückweisung wegen Unzulässigkeit eine Zurückweisung wegen Unzuständigkeit gesetzt hat.

Der Berufungsbescheid wäre aber jedenfalls infolge Änderung der "Sache" des erstinstanzlichen Bescheides rechtswidrig, wenn man ihm entgegen der zitierten Vorjudikatur auf Grund des im Spruch erfolgten Hinweises auf die Unzuständigkeit als Feststellung, die erstinstanzliche Behörde sei unzuständig gewesen, werten würde. Diesfalls hätte die belangte Behörde nämlich eine Zurückweisung wegen Unzulässigkeit in eine Feststellung, die erstinstanzliche Behörde sei unzuständig gewesen, umgewandelt."

Über telefonischen Vorhalt der Abgabenbehörde zweiter Instanz erstattete die Bw. eine Stellungnahme; sie sei aufgrund ihrer Verehelichung im Jahr 1994 mit einem österreichischen Staatsbürger, der am 14.6.1998 verstorben sei, zum Aufenthalt in Österreich berechtigt gewesen.

Das von der BPD Wien, Fremdenpolizeiliches Büro, verhängte Aufenthaltsverbot wegen Mittellosigkeit und ihre Abschiebung im Dezember 1996 seien somit rechtswidrig gewesen. Zum Zeitpunkt der Verhängung des Aufenthaltsverbotes wäre sie aber anwaltlich nicht vertreten gewesen und wurde von ihr nicht bekämpft, sodass es in Rechtskraft erwachsen sei. Am 16.10.1998 habe sie dann durch ihren nunmehrigen rechtsfreundlichen Vertreter einen Antrag auf Aufhebung des Aufenthaltsverbotes gestellt, dem erst ein Jahr später mit Bescheid vom 3.9.1999 auch stattgegeben worden sei..

Da sie aufgrund ihrer Verehelichung als Angehörige eines Österreichers seit dem Jahr 1994 zum Aufenthalt in Österreich berechtigt gewesen sei, hätte über sie das Aufenthaltsverbot gar nicht verhängt werden dürfen, da auch ihr verstorbener Ehegatte für sie unterhaltpflichtig gewesen und somit eine Mittellosigkeit gar nicht gegeben wäre.

Weiters habe der VwGH in seinem Erkenntnis vom 19.1.2001, 2000/19/0131, ausgesprochen, dass die BPD Wien ihren Antrag nicht als unzulässig hätte zurückweisen dürfen, sondern zwecks Prüfung, ob eine Niederlassungsbewilligung für Private erteilt werde, an das Amt der Wr. Landesregierung zu überweisen gehabt hätte. Diese Niederlassungsbewilligung sei dann auch erteilt worden. Durch die Erlassung der rechtswidrigen Bescheide der BPD und der SID sei über ihren Antrag erst im Jahr 2003 entschieden worden, sodass ihr über viereinhalb Jahre hindurch die Erteilung einer Niederlassungsbewilligung verweigert worden sei.

Der unabhängige Finanzsenat richtete an die Bw. am 4. März 2005 einen Ergänzungsauftrag folgenden Inhalts:

"Bezugnehmend auf Ihre ... Berufung werden Sie ersucht, nachstehende Fragen innerhalb von vier Wochen ab Zustellung dieses Schreibens zu beantworten und die angesprochenen Unterlagen vorzulegen:

Fest steht, dass Sie ab September 1998 nicht im Bundesgebiet bei einem Dienstgeber beschäftigt waren und sich auch nicht mindestens 60 Kalendermonate ständig in Österreich aufgehalten haben. Damit sind die Voraussetzungen für die Gewährung von Familienbeihilfe nach § 3 Abs. 1 und 2 FLAG nicht erfüllt.

Sie bringen in Ihrer Berufung allerdings vor, es sei Ihnen durch rechtswidrige Auffassungen der Niederlassungsbehörden das Ihnen zustehende Aufenthaltsrecht verwehrt worden.

Der unabhängige Finanzsenat vertritt vorläufig die Ansicht, dass diesfalls die Gewährung von Familienbeihilfe zumindest denkbar wäre. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass nachgewiesen wird, dass eine rechtswidrige Verweigerung des Aufenthaltsrechtes tatsächlich vorliegt, und dass weiters mit höchster Wahrscheinlichkeit angenommen werden kann, dass Sie sich bei Gewährung des Aufenthaltsrechtes in Österreich mehr als 60 Monate aufgehalten hätten.

Sie werden daher gebeten, sämtliche Unterlagen vorzulegen, die die (Verweigerung oder Erteilung der) Aufenthalts- bzw. Niederlassungsbewilligung betreffen.

Es wird jedoch schon jetzt darauf hingewiesen, dass sich aus dem von Ihnen angesprochenen VwGH-Erkenntnis vom 19.1.2001, 2000/19/0131, nichts für Ihren Standpunkt gewinnen lässt. Der Gerichtshof hat vielmehr ausdrücklich die Rechtmäßigkeit der Verweigerung der Niederlassungsbewilligung bestätigt und den angefochtenen Bescheid bloß deshalb aufgehoben, weil die belangte Behörde den Bescheid der unzuständigen Behörde erster Instanz nicht aufgehoben hat."

Eine Beantwortung des Vorhaltes ist bis zum heutigen Tag unterblieben.

Über die Berufung wurde erwogen:

1. Rechtsgrundlagen des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967

Gemäß § 3 Abs. 1 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 (FLAG) haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet bei einem Dienstgeber beschäftigt sind und aus dieser Beschäftigung Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit oder zufolge einer solchen Beschäftigung Bezüge aus der gesetzlichen Krankenversicherung im Bundesgebiet beziehen; kein Anspruch besteht jedoch, wenn die Beschäftigung nicht länger als drei Monate dauert.

Gemäß § 3 Abs. 2 FLAG gilt Abs. 1 nicht für Personen, die sich seit mindestens sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten, sowie für Staatenlose und für Flüchtlinge im Sinne des Art. 1 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951, BGBl.Nr. 55/1955, und des Protokolls über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, BGBl.Nr. 78/1974.

2. Folgender Sachverhalt ist unbestritten:

Die Bw. war ab 1998 im Bundesgebiet bei keinem Dienstgeber beschäftigt; sie bezog seit Juni 1998 eine Witwenpension nach ihrem verstorbenen Gatten.

Ebenso hielt sie sich nicht die geforderte Mindestzeit von sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet auf. Auch der Status „Staatenlos“ oder „Flüchtling“ traf auf sie nicht zu.

3. Rechtlich folgt daraus:

Da Pensionsbezüge nicht einer Beschäftigung bei einem Dienstgeber gleichzuhalten sind, erfüllt die Bw. weder die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 noch des Abs. 2 FLAG. Aufgrund des Gesetzeswortlautes wäre damit der Berufungsfall bereits zuungunsten der Bw. entschieden.

4. Rechtswidrige Verweigerung des Aufenthaltsrechtes?

4.1. Die Bw. wendet allerdings ein, es sei ihr zu Unrecht die Niederlassungsbewilligung verweigert worden. Der unabhängige Finanzsenat ist hierzu der Auffassung, dass es vertretbar ist, die Zeiten, für die der Aufenthalt im Inland rechtswidrig verweigert wurde, unter

analoger Anwendung des VfGH-Erkenntnis vom 9.6.1999, B 1045/98, in die 60-Monatsfrist einzurechnen. Wie schon im Ergänzungsauftrag vom 4.3.2005 ausgeführt wurde, wäre hierfür weiters erforderlich, dass mit höchster Wahrscheinlichkeit angenommen werden kann, dass sich die Bw. bei Gewährung des Aufenthaltsrechtes mehr als 60 Monate in Österreich aufgehalten hätte.

4.2. Die Bw. stützt sich vor allem auf das sie selbst betreffende VwGH-Erkenntnis vom 19.1.2001, 2000/19/0131. Hieraus ist jedoch zu entnehmen, dass der Bw. nicht die Stellung einer begünstigten Drittstaatsangehörigen gem. § 49 Abs. 1 iVm § 47 Abs. 3 FrG 1997 zukommt.

Der Gerichtshof verweist aber darauf, dass bei fehlender Erwerbsabsicht der Bw. die Erteilung einer Niederlassungsbewilligung für Private im Rahmen einer auf § 8 Abs. 1 in Verbindung mit § 19 Abs. 5 FrG 1997 gestützten Ermessensentscheidung des Landeshauptmannes in Betracht käme. Nach dem Vorbringen der Bw. in der Stellungnahme vom 10.2.2005 wurde eine solche Niederlassungsbewilligung – offenbar 2003 – bereits erteilt (wobei allerdings die Richtigkeit dieser Angaben mangels Beantwortung des Ergänzungsauftrages nicht beurteilt werden kann).

4.3. Dennoch wäre auch hieraus für die Bw. nichts gewonnen; besteht nämlich auf die Erteilung eines Aufenthaltstitels kein Rechtsanspruch, sondern hängt sie von einer Ermessensentscheidung des zuständigen Organs ab, so kann nicht von Vornherein von einer rechtswidrigen Verweigerung ausgegangen werden. Hinzuzufügen ist, dass die Bw. selbst den Antrag auf eine unzutreffende Grundlage gestützt und an die unzuständige Stelle gerichtet hat.

Selbst wenn aber die Niederlassungsbewilligung bereits 1999 erteilt worden wäre, wäre die 60-Monatsfrist erst 2004 erfüllt gewesen.

Im Übrigen wäre nicht ohne weiteres anzunehmen gewesen, dass sich die Bw. tatsächlich ständig im Bundesgebiet aufgehalten hätte; nach den vorliegenden Meldedaten war sie nämlich vom 21.8.2003 bis zum 29.12.2004 – also auch in Zeiträumen nach der Erteilung der Niederlassungsbewilligung laut Stellungnahme vom 10.2.2005 – nicht in Österreich gemeldet.

5. Da der Sachverhalt aus den Eingaben der Bw. sowie aus dem in weiten Teilen wörtlich wiedergegebenen VwGH-Erkenntnis 19.1.2001, 2000/19/0131 klar hervorgeht, konnte von einer Parteienvernehmung sowie Einsicht in einen Akt der MA 20 als unerheblich iSd § 183 Abs. 3 BAO Abstand genommen werden. Weitere Unterlagen wurden von der Bw. trotz Aufforderung im Ergänzungsauftrag vom 4.3.2005 nicht vorgelegt.

Der unabhängige Finanzsenat kann auch keine Veranlassung sehen, nach Art. 234 EG ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH zu richten. Zur Beantragung eines Gesetzesprüfungsverfahrens beim VfGH ist der unabhängige Finanzsenat nicht berechtigt.

Die Berufung musste somit abgewiesen werden.

Wien, am 26. April 2005