



UNABHÄNGIGER  
FINANZSENAT

Außenstelle Graz  
Senat 11

GZ. RV/0692-G/06

## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Frau V.D. in XY., vom 13. Oktober 2006 gegen die Bescheide des Finanzamtes Graz-Stadt vom 12. September 2006 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für die Kinder N. und M. für den Zeitraum 1. März 2006 bis 31. Juli 2006 entschieden:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.

Die angefochtenen Bescheide werden abgeändert.

Die Familienbeihilfe wird für den Monat Juli 2006 wird gewährt.

### Entscheidungsgründe

Das Finanzamt Graz-Stadt hat die Anträge auf Gewährung der Familienbeihilfe für die Kinder N. und M. mit Bescheid vom 12. September 2006 abgewiesen. Begründet wurde der Bescheid damit, dass gemäß § 3 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967, in der ab 1.1.2006 gültigen Fassung, für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe besteht, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Mit Schriftsatz vom 11. Oktober 2006 wurde von der Berufungswerberin (Bw.) das Rechtsmittel der Berufung eingebracht und wie folgt begründet:

*Meine Kinder wurden am 12.03.2006 in Graz geboren. Ich verfüge über eine Niederlassungsbewilligung, die mir von der Landesregierung Steiermark, FA 7C, erteilt wurde,*

welche ich bereits beim Finanzamt vorgelegt habe. Nach dem geltenden Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz lauten § 21 Abs. 2 Z 4 NAG und § 23 Abs. 4 NAG wie folgt:

#### *Verfahren bei Erstanträgen*

§ 21. (1) Erstanträge sind vor der Einreise in das Bundesgebiet bei der örtlich zuständigen Berufsvertretungsbehörde im Ausland einzubringen. Die Entscheidung ist im Ausland abzuwarten.

(2) Abweichend von Abs. 1 sind zur Antragstellung im Inland berechtigt:

4.: Kinder im Fall des § 23 Abs. 4 binnen sechs Monaten nach der Geburt;

#### **Verfahren zur erstmaligen Erteilung eines Aufenthaltstitels bei Inlandsbehörden**

§ 23. (1) Ergibt sich auf Grund des Antrages oder im Ermittlungsverfahren, dass der Fremde einen anderen als den beantragten Aufenthaltstitel für seinen beabsichtigten Zweck benötigt, so ist er über diesen Umstand zu belehren; § 13 Abs. 3 AVG gilt.

(4) Handelt es sich um den erstmaligen Antrag eines Kindes (§ 2 Abs. 1 Z 9), richten sich die Art und die Dauer seines Aufenthaltstitels nach dem Aufenthaltstitel der Mutter oder eines anderen Fremden, sofern diesem die Pflege und Erziehung des Kindes zukommt, bei Ableitung vom Vater aber nur dann, wenn diesem aus einem anderen Grund als wegen Verzichts der Mutter allein das Recht zur Pflege und Erziehung zukommt. Ist ein Elternteil ein im Bundesgebiet wohnhafter Österreicher, so ist dem Kind jedenfalls ein Aufenthaltstitel "Familienangehöriger" (§ 47 Abs. 1) zu erteilen; in allen anderen Fällen ist dem Kind ein Aufenthaltstitel mit dem Zweckumfang der Familienzusammenführung auszustellen.

Nach dem geltenden Fremdenpolizeigesetz lautet § 30 Abs. 4 FPG wie folgt:

#### **Sonstige Ausnahmen von der Sichtvermerkplicht**

##### *§ 30*

(4) Kinder, die nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzen, sind während ihrer ersten sechs Lebensmonate von der Sichtvermerkplicht befreit, sofern die Mutter oder ein anderer Fremder, dem Pflege und Erziehung des Kindes zukommt, rechtmäßig im Bundesgebiet niedergelassen ist; dies gilt, solange der Betreffende rechtmäßig niedergelassen bleibt, bei Ableitung vom Vater überdies nur, wenn diesem das Recht zur Pflege und Erziehung allein zukommt. Außerdem besteht für solche Kinder Sichtvermerksfreiheit während der ersten sechs Lebensmonate, sofern und solange deren Pflege und Erziehung einem österreichischen Staatsbürger mit Hauptwohnsitz im Bundesgebiet allein zukommt. Aus den oben angeführten Rechtsmaterien ist abzuleiten, dass neugeborene Kinder von

*niedergelassenen Drittstaatsangehörigen für die ersten sechs Monate ab Geburt im Grunde genommen auch legal niedergelassen sind. In solchen Fällen ist iVm § 23 Abs. 4 NAG innerhalb der ersten sechs Monate nach der Geburt ein Antrag zur Erteilung der Niederlassungsbewilligung bei der zuständigen Behörde zu stellen und von deren Seite eine solche zu erteilen. Dies traf auch in meinem Fall zu.*

Mit Bericht vom 20. November 2006 legte das Finanzamt Graz-Stadt die Berufung aus verwaltungsökonomischen Gründen, ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung, dem unabhängigen Finanzsenat zu Entscheidung vor.

### ***Über die Berufung wurde erwogen:***

Gemäß § 3 Abs. 1 FLAG 1967, in der ab 1.1.2006 geltenden Fassung, 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. Nach § 3 Abs. 2 leg. cit. besteht Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.

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

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

Bis 31.12.2005 galt für Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, folgende gesetzliche Regelung des § 3 Abs. 1 FLAG 1967: Danach hatten solche Personen dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet bei einem Dienstgeber beschäftigt waren und aus dieser Beschäftigung Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit oder zufolge einer solchen Beschäftigung Bezüge aus der gesetzlichen Krankenversicherung im Bundesgebiet bezogen. Kein Anspruch bestand, wenn die Beschäftigung nicht länger als drei Monate dauerte, außerdem, wenn die Beschäftigung gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer verstieß.

Die oben zitierte Neuregelung der Ansprüche von Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, erfolgte im Rahmen umfangreicher Änderungen im Bereich des Fremdenrechtes. Danach besteht der Anspruch auf Familienbeihilfe nur mehr für die Personen, die auch zur Niederlassung in Österreich berechtigt sind, wobei diese Berechtigung

nach den Bestimmungen des ebenfalls im Rahmen des Fremdenrechtspaketes 2005 erlassenen Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes erteilt wird. In deren §§ 8 und 9, auf die sich das Gesetz bezieht, sind die Arten und Formen der Aufenthaltstitel im Sinn des Gesetzes aufgezählt.

Arten und Form der Aufenthaltstitel nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG)

§ 8. (1) Aufenthaltstitel werden erteilt als:

1. "Niederlassungsbewilligung" für eine nicht bloß vorübergehende befristete Niederlassung im Bundesgebiet zu einem bestimmten Zweck (Abs. 2) mit der Möglichkeit, anschließend einen Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt - EG" (Z 3) zu erlangen;
2. Aufenthaltstitel "Familienangehöriger" für die befristete Niederlassung mit der Möglichkeit, anschließend einen Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt - Familienangehöriger" (Z 4) zu erhalten;
3. Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt - EG" für die Dokumentation des unbefristeten Niederlassungsrechts, unbeschadet der Gültigkeitsdauer des Dokuments;
4. Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt - Familienangehöriger" für die Dokumentation des unbefristeten Niederlassungsrechts, unbeschadet der Gültigkeitsdauer des Dokuments;
5. "Aufenthaltsbewilligung" für einen vorübergehenden befristeten Aufenthalt im Bundesgebiet zu einem bestimmten Zweck (§§ 58 bis 69 und § 72) mit der Möglichkeit, anschließend eine Niederlassungsbewilligung zu erlangen, sofern dies in diesem Bundesgesetz vorgesehen ist.

(2) Niederlassungsbewilligungen gemäß Abs. 1 Z 1 werden erteilt als:

1. "Niederlassungsbewilligung - Schlüsselkraft", die zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, für die eine schriftliche Mitteilung oder ein Gutachten nach §§ 12 Abs. 4 oder 24 AuslBG erstellt wurde, berechtigt;
2. "Niederlassungsbewilligung - ausgenommen Erwerbstätigkeit", die zur befristeten Niederlassung ohne Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt;
3. "Niederlassungsbewilligung - unbeschränkt", die zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit und einer unselbständigen Erwerbstätigkeit gemäß § 17 AuslBG berechtigt;
4. "Niederlassungsbewilligung - beschränkt", 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 - Angehöriger", die zur befristeten Niederlassung ohne Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt; die Ausübung einer Erwerbstätigkeit ist nur auf Grund einer nachträglichen quotenpflichtigen Zweckänderung erlaubt.

(3) Der Bundesminister für Inneres legt das Aussehen und den Inhalt der Aufenthaltstitel nach Abs. 1 durch Verordnung fest. Die Aufenthaltstitel haben insbesondere Name, Vorname, Geburtsdatum, Lichtbild, ausstellende Behörde und Gültigkeitsdauer zu enthalten; sie gelten als Identitätsdokumente.

(4) Die Aufenthaltsbewilligung (Abs. 1 Z 5) von Ehegatten und minderjährigen unverheirateten Kindern hängt während der Frist nach § 27 Abs. 1 vom Bestehen der Aufenthaltsbewilligung des Zusammenführenden ab (§ 69).

(5) Inhaber einer Aufenthaltsbewilligung, ausgenommen Fälle von Sozialdienstleistenden (§ 66), dürfen während der Geltungsdauer dieser Bewilligung im Inland um eine Aufenthaltsbewilligung mit anderem Zweckumfang oder um eine Niederlassungsbewilligung ansuchen. Ein solcher Antrag schafft bis zur Zustellung der Entscheidung der Behörde erster Instanz ein über die Geltungsdauer der ursprünglichen Aufenthaltsbewilligung hinausgehendes Bleiberecht.

Zu ihrem Einwand, dass aus den §§ 21, 23 und 30 NAG abgeleitet werden kann, dass sich neugeborene Kinder von Drittstaatsangehörigen für die ersten sechs Monate ab Geburt legal in Österreich aufhalten wird festgestellt, dass dieser Einwand nur hinsichtlich der Gewährung eines Aufenthaltstitels richtig ist.

Im § 21 Abs. 2 Z. 4 NAG (Verfahren bei Erstanträgen) ist geregelt, dass zur Antragstellung im Inland Kinder innerhalb von sechs Monaten nach der Geburt (i.S. des § 23 Abs. 4 NAG) berechtigt sind.

Für die Gewährung der Familienbeihilfe ist jedoch ein Aufenthaltstitel im Sinne des § 3 FLAG 1967 zwingend erforderlich.

Die Berufungswerberin kann im vorliegenden Fall keinen Aufenthaltstitel nach der neuen gesetzlichen Regelung für ihre Kinder ab dem Zeitpunkt der Geburt (März 2006) nachweisen. Der Aufenthaltstitel für die beiden Kinder in Form einer beschränkten Niederlassungsbewilligung wurde erst am 7. August 2006 ausgestellt.

Die Familienbeihilfe wäre daher ab August 2006 gem. § 10 Abs. 2 FLAG 1967 zu gewähren.

Mit Bundesgesetzblatt 168, ausgegeben am 28. Dezember 2006 wurde das Familienlastenausgleichsgesetz 1967 BGBl. Nr. 376/1967, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 3/2006, geändert und dem § 3 folgende Abs. 4 und 5 angefügt:

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

*(5) In den Fällen des Abs. 2, Abs. 3 letzter Satz und Abs. 4 letzter Satz wird für nachgeborene Kinder die Familienbeihilfe rückwirkend gewährt. Gleiches gilt für Adoptiv- und Pflegekinder, rückwirkend bis zur Begründung des Mittelpunktes der Lebensinteressen im Bundesgebiet (§ 2 Abs. 8) durch den Elternteil und das Kind. Als nachgeborene Kinder gelten jene Kinder, die nach dem Zeitpunkt der Erteilung des Aufenthaltstitels oder der Zuerkennung des Status des Asylberechtigten oder subsidiär Schutzberechtigten an den zusammenführenden Fremden geboren werden.*

Dem § 55 wird folgender Abs. 3 angefügt:

§ 3 Abs. 4 und 5 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 168/2006 tritt mit 1. Juli 2006 in Kraft.“

Somit ist nach der oa. Gesetzesänderung (die mit 1. Juli 2006 in Kraft tritt) die Familienbeihilfe rückwirkend ab 1. Juli 2006 zu gewähren.

Aus den angeführten Gründen war daher, wie im Spruch angeführt, zu entscheiden.

Graz, am 12. Juli 2007