



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der ABO, W, vom 25. Oktober 2010 gegen den Bescheid des Finanzamtes Kufstein Schwaz vom 7. Oktober 2010 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für DB, geb. 11 für den Zeitraum März 2007 bis Jänner 2010 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Die Berufungswerberin (Bw.) ist kroatische Staatsbürgerin und in Österreich wohnhaft.

Am 14. September 2010 hat die Bw. einen Antrag auf Familienbeihilfe für ihren Sohn D, geb. 11, der ebenfalls kroatischer Staatsbürger ist, für den Zeitraum März 2007 bis Jänner 2010 gestellt.

Mit Bescheid vom 7. Oktober 2010 wies das Finanzamt den Antrag ab und führte in der Begründung – nach Zitierung des § 3 Abs. 1 FLAG – aus, dass für den Zeitraum März 2007 bis Jänner 2010 keine NAG-Karte vorgelegt worden sei.

In der frist- und formgerechten Berufung vom 25. Oktober 2010 führte die Bw. aus, dass sie sich rechtmäßig in Österreich aufhalte. Sie sei seit 1990 hier tätig und die Kinder seien in Österreich geboren worden. Die Kinder hätten hier die Schule besucht und seien hier versichert. Sie habe einen festen Wohnsitz und einen Daueraufenthalt. Dass die NAG Karte für

ihren Sohn nicht vorgelegt werden konnte, sei nicht ihr Fehler. Die Behörde (gemeint: Bezirkshauptmannschaft) habe einen so schweren Fehler begangen. Sie habe rechtzeitig einen Antrag auf Niederlassungsbewilligung gestellt. Die Behörde hätte ihr kein Visum erteilt. Sie habe hier Steuern bezahlt und sei mit einem Österreicher verheiratet gewesen. Dass er sich umgebracht habe, dafür könne sie nichts. Die Bezirkshauptmannschaft habe in ihrem Fall nicht richtig gehandelt.

Das Finanzamt wies mit Berufungsvorentscheidung vom 2. 02.2011 die Berufung als unbegründet ab. Nach Anführung des § 3 FLAG führte es weiter aus:

"Da für Sie und Ihren Sohn D von der Bezirkshauptmannschaft K erst eine Aufenthaltsgenehmigung ab 12. Februar 2010 erteilt wurde, handelt es sich vorher um keinen rechtmäßigen Aufenthalt nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz. Daran ändert auch nicht der Umstand, dass die Bezirkshauptmannschaft mit Bescheid vom 4.1.2010 die Ausweisung für unzulässig erklärt hat, da es sich dabei um eine fremdenpolizeiliche Maßnahme handelt, aus der kein Anspruch auf einen rechtmäßigen Aufenthalt nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes abgeleitet werden kann und dadurch kein Anspruch auf Familienbeihilfe begründet werden kann."

Mit dem Schreiben vom 4. März 2011 ersuchte die Bw. um Vorlage der Berufung an den Unabhängigen Finanzsenat.

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

Aus dem Akteninhalt und den Daten im Abgabensinformationssystem gilt nachfolgender Sachverhalt als erwiesen:

- Die Bw. und ihr Sohn (und zwei weitere Kinder) sind kroatische Staatsbürger.
- Seit 1990 war die Bw. mehrmals als Saisonarbeitskraft in Österreich tätig.
- Am 03. Oktober 2002 reiste die Bw. erneut nach Österreich ein. Sie und ihre Kinder halten sich seitdem im Bundesgebiet auf.
- Am 11. Oktober 2002 schloss sie die Ehe mit dem österreichischen Staatsbürger EO.
- Am tt. Juni 2003 verstarb EO; dadurch verlor die Bw. ihre begünstigte Stellung nach § 49 Abs. 1 Fremdenrechtsgesetz 1997.
- Die Bezirkshauptmannschaft K wies den Erstantrag auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung mit Bescheid vom 24. September 2003 ab. Dieser Bescheid wurde vom BMI bestätigt. Begründend wurde insbesondere ausgeführt, dass die Beschwerde-

führerin seit dem Tod ihres Ehegatten nicht mehr als "Angehörige eines Zusammenführenden" gelte und daher die entsprechenden Vergünstigungen nach dem NAG nicht in Anspruch nehmen könne, weshalb sie verpflichtet gewesen wäre, die Entscheidung über den Antrag im Ausland abzuwarten. Es lägen keine humanitären Gründe für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung vor. IdF wurde die Bw. mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft K nach [§ 53 Abs. 1 Fremdenpolizeigesetz 2005](#) ausgewiesen. Die dagegen erhobene Berufung wurde mit dem Bescheid der Sicherheitsdirektion für das Bundesland T vom 9. Jänner 2007 abgewiesen. Der Verfassungsgerichtshof hob mit Beschluss vom 29. September 2007 (B 328/07-9) diesen Bescheid infolge Verletzung des Rechtes auf Achtung des Privat- und Familienlebens gemäß [Art. 8 EMRK](#) auf.

- Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft K vom 4. Jänner 2010 wurde der Bescheid über die Ausweisung für unzulässig erklärt.
- Die Bw. legte idF die mit 12.02.2010 ausgestellten NAG-Karten für sich und ihren Sohn D (Niederlassungsbewilligung unbeschränkt) vor.
- Das Finanzamt gewährte die Familienbeihilfe für Sohn D ab Februar 2010.

Gemäß [§ 2 Abs. 1 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967](#) - FLAG haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, für in dieser Bestimmung festgelegte Voraussetzungen erfüllende Kinder Anspruch auf Familienbeihilfe.

Gemäß [§ 3 Abs. 1 FLAG 1967](#) in der ab 1. Jänner 2006 geltenden Fassung BGBl. I Nr. 100/2005 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.

In den §§ 8 und 9 NAG sind alle Aufenthaltstitel aufgezählt, die bei Erfüllung aller anderen Voraussetzungen zu einem Bezug von Familienbeihilfe berechtigen. Nach dem eindeutigen Wortlaut der zitierten gesetzlichen Regelung des § 3 FLAG ist es seit 1. Jänner 2006 erforderlich, dass sowohl der anspruchsberechtigte Elternteil als auch das anspruchsvermittelnde Kind über einen dieser Aufenthaltstitel verfügt.

Die Beihilfenbehörden haben nicht zu beurteilen, ob ein Aufenthalt nach § 8 oder § 9 NAG von der nach dem NAG jeweils zuständigen Behörde zu Recht oder zu Unrecht erteilt wurde. Liegen aufrechte Aufenthaltstitel vor, ist die Voraussetzung des rechtmäßigen Aufenthaltes in

Österreich nach Abs. 1 und Abs. 2 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. § 3 (Abs. 1 und) Abs. 2 FLAG stellt nicht darauf ab, "inwieweit die öffentliche Ordnung durch die vom unrechtmäßigen Aufenthalt ausgehende Störung gefährdet wird", sondern auf einen Aufenthaltstitel iSd §§ 8 und 9 NAG (VwGH 28.10.2009, 2009/15/0042). Eine Gefahr für öffentliche Sicherheit und Ordnung kann zwar Anlass für fremdenpolizeiliche Maßnahmen sein (vgl. VfGH 13.3.2003, B 1821/02, zu einem türkischen Staatsbürger), dies ist aber Sache der zuständigen Behörden und erst bei Verlust des Aufenthaltstitels für die FB maßgebend (FLAG Familienlastenausgleichsgesetz, Kommentar, Csaszar/Lenneis/Wanke, § 3 TZ 156 ff). Und umgekehrt können fremdenpolizeilichen Maßnahmen keinen Aufenthaltstitel iSd NAG per se begründen. Ein "humanitäres Bleiberecht" gibt es im NAG nicht, es ist kein Tatbestand des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes. Erst mit Erteilung der Aufenthaltsbewilligung liegt ein gültiger Aufenthaltstitel iSd NAG vor, der auch den Anspruch auf Gewährung der Familienbeihilfe begründet.

Da die Bw. und ihr Sohn der Bw. kroatische Staatsbürger sind, sind jedenfalls die Bestimmungen des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes anzuwenden und ist der Aufenthalt in Österreich erst ab Erteilung eines Aufenthaltstitels rechtmäßig.

Da die Aufenthaltstitel im Februar 2010 erteilt wurden, ist auch der Aufenthalt in Österreich ab diesen Zeitpunkt rechtmäßig und steht die Familienbeihilfe ab diesem Zeitpunkt zu. Für die Zeiträume vor Erteilung des Aufenthaltstitels steht somit keine Familienbeihilfe zu und war die Berufung als unbegründet abzuweisen.

Der von der Bw. vorgebrachte Einwand, dass die BH K nicht richtig gehandelt hätte, vermag der Berufung nicht zum Erfolg zu verhelfen. Unabhängig von der Richtigkeit dieses Vorbringens, ist für die Gewährung der Familienbeihilfe nach § 3 FLAG (u.a.) die formale Anknüpfung an eine gültige Urkunde (NAG Karte) maßgebend.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Klagenfurt am Wörthersee, am 9. Februar 2012