



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 12., 13. und 14. Bezirk und Purkersdorf betreffend Familienbeihilfe für den Zeitraum 2006 bis 2011 entschieden:

Die Berufung wird hinsichtlich des Anspruches auf Familienbeihilfe für den Zeitraum Mai 2007 bis Jänner 2011 als unbegründet abgewiesen. Im Übrigen wird der angefochtene Bescheid ersatzlos aufgehoben.

### **Entscheidungsgründe**

Der Berufungswerber (Bw.) stellte mit Eingabe vom 3.3.2011 einen Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe von 2/2006-1/2011 für seine beiden Kinder A., geb. xyy und B., geb. 1994. Der Bw. führte aus, dass er am 21.8. 2002 nach Österreich eingereist sei und einen Antrag auf Asyl gestellt habe.

Zum Nachweis wurden die Niederlassungsbestätigungen der Ehegattin D. und der beiden Kinder ausgestellt am 7.2.2011, Schulbestätigungen für das Jahr 2010/2011 sowie Heiratsurkunde vom 24.5.2005 und Bescheid über den Anspruch auf Invaliditätspension des Bw. ab 1.8.2008 vorgelegt.

Im Rahmen eines Vorhaltes wurde eine Lohn- und Arbeitsbestätigung seit 15.1.2005 als Geschäftsführer bei der AB. GmbH sowie NAG-Karte vom 24.6.2010 und die Jahreszeugnisse der Kinder für die Schuljahre 2005/2006 bis 2010/2011 vorgelegt. Weiters wurde ein Schreiben der Bundespolizeidirektion vom 28.12.2010 vorgelegt, wonach das eingeleitete

Ausweisungsverfahren gegen den Bw. und seine Kinder eingestellt wird, da die Ausweisung unzulässig ist. Aus dem Versicherungsdatenauszug der Sozialversicherung ist eine Pflichtversicherung des Bw. vom 1.1.2006 bis 31.12.2006 ersichtlich.

Der Antrag auf Familienbeihilfe wurde vom Finanzamt abgewiesen und fristgerecht Berufung erhoben, mit dem Ersuchen um nochmalige Überprüfung des Antrages und Übermittlung eines Bescheides vom Unabhängigen Bundesasylsenates, wonach das Asyl mit 4.4.2007 negativ beendet wurde. Da die beiden Kinder ein Recht auf dem Aufenthaltstitel haben, wäre mit 8.7.2010 der Antrag auf Niederlassungsbewilligung eingebracht und auch bewilligt worden.

Der Berufung wurde mit teilweise stattgebender Berufungsvorentscheidung für den Zeitraum 2/2006 bis 4/2007 Folge gegeben und für den Zeitraum 5/2007 bis 1/2011 abgewiesen.

Begründend wurde ausgeführt, dass das Asylverfahren der Kinder bereits vor 2006 begonnen hätte und erst im April 2007 abgeschlossen wurde. Daher sei die alte Rechtslage anzuwenden und der Berufung bis 4/2007 Folge gegeben worden.

Gemäß § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG 1967) haben Personen, die nicht österr. StaatsbürgerInnen sind, Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Vor Inkrafttreten des NAG erteilte Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligungen nach dem Fremdenengesetz 1997 gelten gegebenenfalls als entsprechende Titel nach der neuen Rechtslage weiter. Familienbeihilfe steht in diesen Fällen dann zu, wenn die Weitergeltung als Titel iSd §§ 8 oder 9 NAG erfolgt.

Gemäß § 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 (NAG) rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Die Kinder B. und A., gemeldet seit 17.8.2006 und 31.3.2003 erhielten erstmalig im Februar 2011 einen gültigen Aufenthaltstitel und waren daher nach negativem Abschluss des Asylverfahrens im April 2007 bis Jänner 2011 nicht rechtmäßig im Inland aufhältig. Der Umstand, dass der Aufenthaltstitel bereits im Juli 2010 beantragt wurde, führe jedoch noch nicht zu einem Aufenthaltstitel.

Der Bw. brachte einen Vorlageantrag mit der Begründung ein, dass die beiden Kinder seit Februar 2000 in Wien aufhältig und gemeldet seien. Der Asylantrag wäre mit 4.4.2007 abgewiesen, jedoch hätten laut Sicherheitspolizeidirektion der Stadt Wien seine Kinder nicht

ausgewiesen werden können. Die beiden Kinder wären in Österreich zur Schule gegangen und der Bw. ab 1.7.2008 eine Invaliditätspension erhalten. Nach Ansicht des Rechtsanwaltes des Bw. hätten beide Kinder das Recht auf Familienbeihilfe nach 3 Monat Aufenthalt in Österreich, ausgenommen der Zeit des Asylverfahrens.

### ***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.

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.

§ 3 Abs. 3 FLAG 1967 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.

Im vorliegenden Fall steht außer Streit, dass der Bw. für den Zeitraum Mai 2007 bis Jänner 2011 keinen Aufenthaltstitel nach der neuen gesetzlichen Regelung nachweisen konnte. Die vorliegenden Meldezettel, Schulbesuchsbestätigungen, sowie der ins Treffen geführte 3monatige Aufenthalt andererseits sind nach der im Berufungsfall anzuwendenden Rechtslage keine geeigneten Beurteilungskriterien, die das Vorliegen der Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe begründen würden.

Seit 1.1.2006 kommt es somit für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, auf das Vorliegen eines Aufenthaltstitels nach den §§ 8 und 9 NAG an, sodass im vorliegenden Fall angesichts der für ein Jahr erteilten Niederlassungsbewilligungen von einem rechtmäßigen Aufenthalt der Kinder in Österreich erst ab dem Februar 2011 auszugehen war. Im Übrigen ist auf die Ausführungen der Abgabenbehörde erster Instanz in der Berufungsvorentscheidung vom 25.7.2011 zu verweisen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 30. September 2011