



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des A, in W, vom 19. Oktober 2006 gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 4., 5. und 10. Bezirk vom 8. Juni 2006 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab 1. Februar 2006 entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw) beantragte für seine Tochter R, geboren am 5.1.2005 in Wien, Staatsbürgerschaft S, Familienbeihilfe ab Februar 2006. Der Bw ist seit 14. Juni 2005 österreichischer Staatsbürger.

Der Bw legte zwei Bestätigungen über die erfolgte Antragstellung auf Erteilung eines Aufenthaltstitels (Niederlassungsbewilligung) der Bundespolizeidirektion Wien vom 3.11.2005 betreffend seine Tochter R und betreffend seine Ehefrau E vor. Auf diesen Bestätigungen wurde angeführt, dass die im Betreff genannten Personen bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens gemäß § 31 Abs. 4 Fremdengesetz (FrG) zum Aufenthalt im Bundesgebiet berechtigt seien.

Die Finanzbehörde forderte den Bw im Mai 2006 zur Vorlage eines Nachweises über den rechtmäßigen Aufenthalt des Kindes und der Gattin auf. Der Bw beantwortete diese Aufforderung, dass diese Nachweise nachgereicht würden.

Im Juni 2006 erließ die Finanzbehörde einen Bescheid, mit dem der Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für das Kind R ab 1.2.2006 abgewiesen wurde, da für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger seien, Anspruch auf Familienbeihilfe nur bestünde, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG) rechtmäßig in Österreich aufhielten.

Gegen diesen Bescheid wurde Berufung eingebracht. Der Bw führte darin aus, dass sich seine Tochter seit der Geburt rechtmäßig in Österreich aufhalte. Die Behörde habe über den Verlängerungsantrag 6 bis 8 Monate nicht entschieden. Die Ehefrau und Kindesmutter habe sich sofort nach der Geburt um die Ausstellung eines Aufenthaltstitels für die Tochter gekümmert und danach ordnungsgemäß Familienbeihilfe bezogen. Die Familienbeihilfe wurde im Jänner 2006 eingestellt mit der Begründung, dass für Personen, die nicht österreichische Staatsbürger seien, ein Anspruch auf Familienbeihilfe nur bestünde, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG) rechtmäßig in Österreich aufhielten. Obwohl seine Frau rechtzeitig für sich und auch für das gemeinsame Kind einen Antrag auf Verlängerung des Aufenthaltstitels gestellt hätte, habe die Bearbeitung und Ausstellung bis August 2006 gedauert. Tatsache sei jedoch, dass seine Frau seit August 2002 und seine Tochter seit der Geburt rechtmäßig in Österreich seien und auch immer rechtzeitig um die Verlängerung des Aufenthaltstitels eingereicht hätten. Daher seien sie sehr wohl nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz rechtmäßig in Österreich. Er beantrage daher, den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufzuheben und die beantragte Familienbeihilfe zu gewähren.

Die Finanzbehörde entschied mit abweisender Berufungsvorentscheidung. Nach Familienlastenausgleichsgesetz in der ab 1.1.2006 gültigen Fassung bestünde Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhielten. Da der Aufenthaltstitel für die Tochter erst mit 29.8.2006 beginne, sei die Berufung abzuweisen gewesen.

Der Bw beantragte die Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz.

Die Finanzbehörde legte die Berufung zur Entscheidung vor.

Über die Berufung wurde erwogen:

Der Unabhängige Finanzsenat ist bei seiner Entscheidung von folgendem Sachverhalt ausgegangen:

Der Bw und Kindesvater ist seit 14. Juni 2005 österreichischer Staatsbürger.

Seine Tochter R wurde am 5.1.2005 in Wien geboren. Sie ist Staatsbürgerin von S. Die Kindesmutter ist Staatsangehörige von S. Die Kindesmutter und die Tochter waren als Staatsangehörige eines Drittstaates im Besitz einer gültigen Aufenthaltserlaubnis gemäß § 7 Abs. 4 Z 1 (Kindesmutter) bzw. § 7 Abs. 4 Z 3 FrG (Tochter), welche bis 31.10.2005 gültig war.

Die Kindesmutter stellte rechtzeitig bei der Bundespolizeidirektion Wien Anträge auf Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis für sich und ihre Tochter. Wegen Änderung der Zuständigkeit auf Grund des in Kraft getretenen Fremdenrechtspaketes wurden diese Anträge im Jahr 2006 an die zuständige Magistratsabteilung der Gemeinde Wien abgetreten. Diese entschied über die Anträge im August 2006 und erteilte Aufenthaltstitel „Familienangehörige“, welche in Form von Karten dokumentiert wurden.

Dieser Sachverhalt ergibt sich aus der Aktenlage und ist insoweit unbestritten.

Rechtliche Würdigung:

Fremde, die einen Antrag auf Ausstellung eines weiteren Aufenthaltstitels vor Ablauf der Gültigkeitsdauer des ihnen zuletzt erteilten Aufenthaltstitels oder vor Entstehen der Sichtvermerkspflicht eingebracht haben, halten sich gemäß § 31 Abs. 4 FrG bis zum Zeitpunkt der rechtskräftigen Entscheidung über diesen Antrag rechtmäßig im Bundesgebiet auf.

Gemäß Artikel 5 § 1 des Fremdenrechtspaketes 2005 (BGBl. 100/2005) trat das Bundesgesetz über die Einreise, den Aufenthalt und die Niederlassung von Fremden (Fremdengesetz) mit Ablauf des 31. Dezember 2005 außer Kraft.

Gemäß § 3 Abs. 1 FLAG idF BGBl. 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. 100/2005 rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Gemäß § 3 Abs. 2 FLAG idF BGBl. 100/2005 besteht Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. 100/2005 rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Nach § 8 NAG idF BGBl. 100/2005 berechtigen folgende Aufenthaltstitel zu einem rechtmäßigen Aufenthalt in Österreich:

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 zu erlangen (§ 8 Abs. 1 Z 1 NAG);
2. Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ für die befristete Niederlassung mit der Möglichkeit anschließend einen Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – Familienangehöriger“ (Z 4) zu erhalten (§ 8 Abs. 1 Z 2 NAG);
3. Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – EG“ für die Dokumentation des unbefristeten Niederlassungsrechts, unbeschadet der Gültigkeitsdauer des Dokuments (§ 8 Abs. 1 Z 3 NAG);
4. Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – Familienangehöriger“ für die Dokumentation des unbefristeten Niederlassungsrechts, unbeschadet der Gültigkeitsdauer des Dokuments (§ 8 Abs. 1 Z 4 NAG);
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 (§ 8 Abs. 1 Z 5 NAG).

§ 8 Abs. 2 NAG bestimmt, dass Niederlassungsbewilligungen gemäß § 8 Abs. 1 Z 1 erteilt werden 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 AusIBG erstellt wurde, berechtigt (§ 8 Abs. 2 Z 1 NAG);
2. „Niederlassungsbewilligung – ausgenommen Erwerbstätigkeit“, die zur befristeten Niederlassung ohne Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt (§ 8 Abs. 2 Z 2 NAG);
3. „Niederlassungsbewilligung – unbeschränkt“, die zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit und einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit gemäß § 17 AusIBG berechtigt (§ 8 Abs. 2 Z 3 NAG);
4. „Niederlassungsbewilligung – beschränkt“, die zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer selbstständigen und einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit, für die

eine entsprechende Berechtigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz gilt, berechtigt (§ 8 Abs. „Z 4 NAG);

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 (§ 8 Abs. 2 Z 5 NAG).

Gemäß § 8 Abs. 3 NAG legt der Bundesminister für Inneres das Aussehen und den Inhalt der Aufenthaltstitel nach Abs. 1 durch Vorordnung fest. Die Aufenthaltstitel haben insbesondere Name, Vorname, Geburtsdatum, Lichtbild, ausstellende Behörde und Gültigkeitsdauer zu enthalten; sie gelten als Identitätsdokumente.

Inhaber einer Aufenthaltsbewilligung, ausgenommen Fälle von Sozialdienstleistenden (§ 66), dürfen gemäß § 8 Abs. 5 NAG 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.

§ 9 NAG regelt die Dokumentation eines gemeinschaftsrechtlichen Aufenthalts- und Niederlassungsrechts für EWR-Bürger und von ihren Angehörigen.

Gemäß § 24 Abs. 2 letzter Satz NAG ist der Antragsteller nach Stellung eines Verlängerungsantrages bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Antrag weiterhin rechtmäßig niedergelassen.

Das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) trat gemäß § 81 Abs. 1 NAG mit 1. Jänner 2006 in Kraft.

Als Übergangsbestimmung regelt der § 81 Abs. 1 NAG, dass die Verfahren auf Erteilung von Aufenthalts- und Niederlassungsberechtigungen, die bei Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes anhängig waren, nach den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes zu Ende zu führen sind.

Vor dem In-Kraft-Treten dieses Bundesgesetzes erteilte Aufenthalts- und Niederlassungsberechtigungen gelten gemäß § 81 Abs. 2 NAG innerhalb ihrer Gültigkeitsdauer und ihres Gültigkeitszweckes insoweit weiter, als sie nach dem Zweck des Aufenthaltes den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes entsprechen. Der Bundesminister für Inneres ist gemäß dieser Bestimmung ermächtigt, durch Verordnung festzulegen, welche vor In-Kraft-Treten dieses Bundesgesetzes erteilten Aufenthalts- und Niederlassungsberechtigungen nach ihrem Aufenthaltszweck als entsprechende Aufenthalts- und Niederlassungsberechtigungen nach

diesem Bundesgesetz und dem Fremdenpolizeigesetz weiter gelten. Von dieser Verordnungsermächtigung wurde Gebrauch gemacht.

Der rechtmäßige Aufenthalt auf Grund eines Antrages auf Ausstellung eines weiteren Aufenthaltstitels vor Ablauf der Gültigkeitsdauer des zuletzt erteilten Aufenthaltstitels gemäß § 31 Abs. 4 FrG ist in der NAG-DV nicht angeführt. Im § 11 NAG-DV wird unter „B. Aufenthaltserlaubnisse nach dem FrG“ unter Punkt 2. die Aufenthaltserlaubnis Familiengemeinschaft mit Ausbildung, gemäß § 7 Abs. 4 Z 3 FrG angeführt, wonach diese als Aufenthaltstitel „Aufenthaltsbewilligung - Familiengemeinschaft“ nach dem NAG weiter gilt.

Im vorliegenden Fall hielt sich die mj. Tochter des Bw im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Fremdenrechtspaketes BGBl. 100/2005 rechtmäßig in Österreich auf. Die Rechtmäßigkeit ihres Aufenthaltes ergab sich aus § 31 Abs. 4 FrG, demzufolge sich Fremde rechtmäßig in Österreich aufzuhalten, wenn sie rechtzeitig vor Ablauf der Gültigkeitsdauer des ihnen zuletzt erteilten Aufenthaltstitels einen Antrag auf Ausstellung eines weiteren Aufenthaltstitels gestellt haben. Der zuletzt erteilte Aufenthaltstitel beruhte auf § 7 Abs. 4 Z 3 FrG. Die Gültigkeit dieses zuletzt erteilten Aufenthaltstitels war im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Fremdenrechtspaketes bereits abgelaufen. Das Verlängerungsverfahren war noch offen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat zum § 31 Abs. 4 FrG in seinem Erkenntnis vom 26.4.2006, 2004/08/0276, ausgesprochen, dass sich Fremde, die vor Ablauf der Gültigkeitsdauer des ihnen zuletzt erteilten Aufenthaltstitels einen Antrag auf Ausstellung eines weiteren Aufenthaltstitels eingebracht haben, bis zur rechtskräftigen Entscheidung über diesen Antrag rechtmäßig im Bundesgebiet aufzuhalten und dass dies bedeute, dass sie ihren Status vorläufig beibehielten. Im konkreten Fall ging es um einen türkischen Staatsangehörigen, dessen Antrag auf Gewährung von Arbeitslosengeld mangels Verfügbarkeit am Arbeitsmarkt abgewiesen worden war. Die belangte Behörde hatte für den Beschwerdeführer verneint, dass er aufenthaltsrechtlich berechtigt sei, eine unselbstständige Beschäftigung aufzunehmen und auszuüben, obwohl er vorbrachte, vor Ablauf seiner zur Aufnahme einer unselbstständigen Tätigkeit berechtigenden Niederlassungsbewilligung deren Verlängerung beantragt zu haben. Der Verwaltungsgerichtshof sprach aus, dass bei Zutreffen dieses Vorbringens der Beschwerdeführer aufenthaltsrechtlich berechtigt sei, eine unselbstständige Beschäftigung aufzunehmen, die Verfügbarkeit daher gegeben sei und bei Erfüllung der übrigen Voraussetzungen ein Anspruch auf Arbeitslosengeld gegeben sein könnte.

Umgelegt auf die Situation der mj. Tochter des Bw bedeutet dies nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates, dass die mj. Tochter für die Dauer des Verlängerungsverfahrens und damit im Zeitpunkt des Außerkrafttretens des FrG weiterhin

über den Status einer Aufenthaltserlaubnis im Sinne des § 7 Abs. 4 Z 3 FrG mit allen Rechten aus diesem Aufenthaltstitel verfügte. Da der § 31 Abs. 4 FrG selbst nicht in der NAG-DV angeführt wird, geht der Unabhängige Finanzsenat davon aus, dass diese Bestimmung keinen eigenständigen Aufenthaltstitel darstellt, sondern nur die vorläufige Weitergeltung des abgelaufenen Titels regeln soll.

Das ab 1.1.2006 in Kraft getretene Fremdenrechtspaket bestimmt im § 81 Abs. 1 NAG, dass anhängige Verfahren auf Erteilung von Aufenthalts- und Niederlassungsberechtigungen nach den Bestimmungen des neu in Kraft getretenen Bundesgesetzes zu Ende zu führen sind. Damit war ab 1.1.2006 auf das offene Verfahren des Bw und seiner mj. Tochter das NAG anzuwenden. § 24 Abs. 2 NAG bestimmt, dass sich Fremde, wenn sie rechtzeitig einen Antrag auf Verlängerung ihres Aufenthaltstitels gestellt haben, rechtmäßig niedergelassen sind.

Diese Bestimmung ähnelt in ihrem Wortlaut und mit dem damit zum Ausdruck gebrachten Inhalt ihrer Vorgängerbestimmung im § 31 Abs. 4 FrG. In den Materialien zur Regierungsvorlage zum Fremdenrechtspaket (BGBl. 100/2005), Beschluss vom 10.5.2005, wird zum § 24 NAG ausgeführt, dass mit dieser Bestimmung in einer Zusammenschau von Abs. 1 und 2 Vorsorge für jene Fälle getroffen werden soll, wo das Ende des Aufenthaltsrechts nach Ablauf der Gültigkeitsdauer des Aufenthaltstitels und die Erledigung des Verlängerungsantrages auch bei rechtzeitiger Antragstellung zeitmäßig auseinander fallen können (sodass eine Lücke im Aufenthaltsrecht bestehen würde). Die Regierungsvorlage schlägt daher vor, zu normieren, dass der Fremde weiterhin niedergelassen bleibt, bis über den Antrag entschieden wird oder fremdenpolizeiliche Maßnahmen gesetzt werden. Aus der Regierungsvorlage ist daher erkennbar, dass für den Fremden mit offenen Verfahren Vorsorge getroffen werden soll. Es lässt sich den Erläuterungen darüber hinaus nicht entnehmen, dass sich in der Zeitspanne zwischen Ablauf seines zuletzt gültigen Aufenthaltstitels und rechtskräftiger Entscheidung hinsichtlich seines Status etwas ändern soll. Der Unabhängige Finanzsenat geht daher davon aus, dass die Judikatur zur Bestimmung des § 31 Abs. 4 FrG auch auf den neu geschaffenen § 24 Abs. 2 NAG angewendet werden kann. Auf Grund von § 24 Abs. 2 letzter Satz NAG war damit die mj. Tochter des Bw auch nach den neuen Bestimmungen des Fremdenrechtspaketes bis zur rechtskräftigen Entscheidung über ihre Anträge auf Verlängerung rechtmäßig in Österreich niedergelassen.

Daraus ergibt sich, dass für die mj. Tochter des Bw im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Fremdenrechtspaketes und unter der zeitlichen Geltung des NAG davon auszugehen ist, dass ihr bereits abgelaufener Aufenthaltstitel bis zur rechtskräftigen Entscheidung noch weiter galt.

In der NAG-DV sind alle jene Aufenthaltstitel nach FrG angeführt, welche nach ihrem Zweck des Aufenthaltes den Bestimmungen des NAG entsprechen. Im 5. Abschnitt der

Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz-Durchführungsverordnung (NAG-DV), BGBl. II/451/2005, ist die Weitergeltung von Aufenthalts- und Niederlassungsberechtigungen geregelt. Im § 11 NAG-DV wird unter „B. Aufenthaltserlaubnisse nach dem FrG“ unter Punkt 2. die Aufenthaltserlaubnis Familiengemeinschaft mit Ausbildung, gemäß § 7 Abs. 4 Z 3 FrG angeführt, wonach diese als Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ nach dem NAG weiter gilt. Die mj. Tochter des Bw verfügte daher für die Dauer des Verlängerungsverfahrens über einen Aufenthaltstitel im Sinne des § 8 NAG.

Gemäß den Bestimmungen im § 3 Abs. 1 und 2 FLAG haben Personen, die nicht Österreicher sind, einen Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich gemäß §§ 8 oder 9 NAG rechtmäßig in Österreich aufhalten. In den §§ 8 oder 9 sind damit alle jene Aufenthaltstitel erschöpfend aufgezählt, die zu einem Bezug von Familienbeihilfe unter Erfüllung aller übrigen Voraussetzungen berechtigen.

Die mj. Tochter des Bw war in dem Zeitraum, für den die Familienbeihilfe begehrt wird, rechtmäßig im Sinne des § 24 Abs. 2 letzter Satz NAG in Österreich niedergelassen. Über einen gültigen Aufenthaltstitel im Sinne der §§ 8 und 9 NAG verfügte sie, da das Verlängerungsverfahren noch nicht abgeschlossen war und der konkrete Aufenthaltstitel nach FrG auf Grund der NAG-DV eine Entsprechung im § 8 NAG fand.

Dem Bw steht daher ab Februar 2006 die Familienbeihilfe für seine mj. Tochter R zu.

Ein Bescheid ist nur dann zu erlassen, insoweit einem Antrag auf Familienbeihilfe nicht oder nicht vollinhaltlich stattgegeben wird (§ 13 zweiter Satz FLAG). Die Erlassung des Abweisungsbescheides durch die Finanzbehörde war damit rechtswidrig. Der Bescheid war ersatzlos aufzuheben.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 17. Jänner 2008