



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Frau X in XY, vom 19. Juni 2012, gerichtet gegen den Abweisungsbescheid des Finanzamtes Judenburg Liezen vom 11. Juni 2012, betreffend eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum 1. Mai 2007 bis 29. Februar 2012, entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin ist kroatische Staatsangehörige und beantragte mittels des Formulars Beih 1 die rückwirkende Gewährung der Familienbeihilfe ab Mai 2007 für ihren Sohn Name, geb. TT.MM.JJJJ.

Das Finanzamt Judenburg Liezen wies diesen Antrag mit Bescheid vom 11. Juni 2012 ab. Als Begründung wurde ausgeführt, dass Personen die nicht österreichische Staatsbürger sind nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe haben, wenn sie sich nach [§§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes](#) (NAG), [BGBl. I Nr. 100/2005](#), rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Mit Schreiben vom 19. Juni 2012 brachte der Vertreter der Berufungswerberin rechtzeitig das Rechtsmittel der Berufung ein. Als Begründung wurde Folgendes ausgeführt:

Der Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum Mai 2007 bis Februar 2012 wird mit der Begründung zu Name abgelehnt, dass gemäß [§ 3 Abs. 1 FLAG 1967](#) nur jene Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, Anspruch auf Familienbeihilfe haben,

wenn sie sich nach § 8 u. 9 NAG (Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz) rechtmäßig in Österreich aufhalten. Laut Abweisungsbescheid unterstellt die Finanzbehörde demnach einen nicht rechtmäßigen Aufenthalt von Name, geb. am TT.MM.JJJJ.

Dazu wird folgender Sachverhalt dargestellt:

Die gesamte Familie XXX, Herr A, Frau X und das gemeinsame Kind Name sind seit dem Jahr 2001 in Österreich in Ort wohnhaft und auch behördlich gemeldet. Frau X war im Antragszeitraum lt. AMS mit Beschäftigungsbewilligung als Branchenarbeitskraft ordentlich im Bundesgebiet beschäftigt und hielt sich auch gem. [§ 8 NAG](#) rechtmäßig in Österreich auf. Auch das Kind, Name, war fortlaufend mit den Eltern in Österreich wohnhaft und besucht im Antragszeitraum die Volks- und Hauptschule in Ort. Der rechtmäßige Aufenthalt fällt unter "Familienangehörige" einer im Bundesgebiet gem. [§ 8 NAG](#) sich rechtmäßig aufhaltenden Person.

Hiezu wird noch bemerkt, dass Name auch in Österreich mit der Mutter, X, mitversichert nach [ASVG](#) ist. Der Nachweis des rechtmäßigen Aufenthalts von Name wird auch darin gefestigt, dass der Ehegatte, Herr A, für seinen Sohn ordnungsgemäß von Oktober 2001 bis April 2007 die Familienbeihilfe bezogen hat.

Zum Thema "rechtmäßiger Aufenthalt" wird noch folgender Sachverhalt dargestellt: Ab 2007 bestand die Möglichkeit für Nicht-EU-Bürger die Ausstellung einer NAG-Karte zu beantragen, um sich in Österreich rechtmäßig aufhalten zu können. Eine solche NAG-Karte wurde von Frau X nicht beantragt, da der rechtmäßige Aufenthalt in Österreich auf Grund der beiliegenden fortlaufenden Beschäftigungsbewilligungen vorlag.

Hiezu sind im [§ 8 Abs. 1 Z 4 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes](#) verschiedene Aufenthaltstitel dargestellt, die zu einem rechtmäßigen Aufenthalt eines Nicht-EU-Bürgers im Bundesgebiet berechtigen, unter anderem die AMS-Beschäftigungsbewilligungen, die zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer selbstständigen bzw. nichtselbstständigen Erwerbstätigkeit nach dem [Ausländerbeschäftigungsgesetz](#) berechtigen.

Ich beantrage daher, die Familienbeihilfe für den Sohn Name, geb. TT.MM.JJJJ , für den Zeitraum 05/2007 - 02/2012 an Frau X zur Auszahlung zu bringen.

Mit Bericht vom 26. Juni 2012 legte das Finanzamt Judenburg Liezen die Berufung aus verwaltungsökonomischen Gründen, ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung, dem unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung vor.

Über die Berufung wurde erwogen:

Frau X ist seit 6. Juni 2001 als Saisonarbeitskraft in Österreich monatelange beschäftigt. Für den strittigen Zeitraum ab 2007 wurden, laut telefonischer Auskunft der Referentin der Bezirkshauptmannschaft Liezen, Expositur Gröbming, Unbedenklichkeitsbescheinigungen nach [§ 31 FPG](#) jeweils für einen befristeten Zeitraum ausgestellt.

Vom Arbeitsmarktservice Gröbming wurden eine Beschäftigungsbewilligung (Branchenkontingent) gemäß [§ 20 Abs. 6 AuslBG](#) für einen befristeten Zeitraum (z.B. Bescheid vom 14. Jänner 2008, für den Zeitraum 14. Jänner 2008 bis 30. April 2008) erteilt.

Ein Antrag um Niederlassungsbewilligung wurde mit Bescheid vom 22. Februar 2008 abgewiesen.

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 [AuslBG](#) 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 AuslBG 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. 2 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 Verordnung fest. Die Aufenthaltstitel haben insbesondere Name, Vorname, Geburtsdatum, Lichtbild, ausstellende Behörde und Gültigkeitsdauer zu enthalten; sie gelten als Identitätsdokumente.

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

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

Festgestellt wird, dass es sich bei der Berufungswerberin um eine Drittstaatsangehörige handelt.

Berufungsgegenständlich ist somit, ob die Berufungswerberin für den Zeitraum ab Antragstellung (1.5.2007) einen Anspruch auf Familienbeihilfe für ihren minderjährigen Sohn hat.

§ 3 Abs. 1 und 2 FLAG 1967 idF BGBl. I Nr. 168/2006 bestimmt, dass Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe haben, wenn sowohl der Antragsteller als auch die Kinder, welche nicht österreichische Staatsbürger sind, sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005 rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Auch aus der Übergangsbestimmung des § 55 FLAG (idF des Fremdenrechtspakets 2005, BGBl. I Nr. 100/2005) lässt sich für den berufungsgegenständlichen Fall nichts gewinnen: Demnach tritt § 3 idF BGBl. I Nr. 100/2005 mit 1.1.2006, nach Maßgabe der Übergangsbestimmungen des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005, in Kraft.

Die Übergangsbestimmung § 81 Abs. 1 NAG 2005 idF BGBl. I Nr. 100/2005 lautet: Verfahren auf Erteilung von Aufenthalts- und Niederlassungsberechtigungen, die bei In-Kraft-Treten dieses Bundesgesetzes anhängig sind, sind nach den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes zu Ende zu führen.

Abs. 2: Vor dem In-Kraft-Treten dieses Bundesgesetzes erteilte Aufenthalts- und Niederlassungsberechtigungen gelten innerhalb ihrer Gültigkeitsdauer und des Gültigkeitszweckes insoweit weiter, als sie nach dem Zweck des Aufenthaltes den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes entsprechen. Das Recht zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit bedarf jedenfalls der Ausstellung eines Aufenthaltstitels nach diesem Bundesgesetz, sofern dies nicht bereits nach dem Fremdenengesetz 1997 möglich war. Der Bundesminister für Inneres ist ermächtigt, durch Verordnung festzulegen, welche vor dem Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes erteilten Aufenthalts- und Niederlassungsberechtigungen nach diesem Bundesgesetz und dem Fremdenpolizeigesetz weiter gelten.

Da die Berufungswerberin und auch das Kind über keinen rechtmäßigen Aufenthaltstitel nach dem NAG verfügten hielten sie sich im Antragszeitraum (ab 1.5.2007) teilweise nicht rechtmäßig in Österreich auf.

Nach telefonischer Rücksprache mit der Referentin des Sicherheitswesens der Expositur Gröbming gab diese an, dass die Berufungswerberin immer nur eine befristete Aufenthaltserlaubnis im Zusammenhang mit der Beschäftigungsbewilligung (Bescheidausfertigung gemäß § 20 Abs. 6 AuslBG) erhalten hat.

Im § 31 FPG sind die Voraussetzungen für den rechtmäßigen Aufenthalt im Bundesgebiet geregelt:

- 1) Fremde halten sich rechtmäßig im Bundesgebiet auf,
 1. wenn sie rechtmäßig eingereist sind und während des Aufenthalts im Bundesgebiet die Befristungen oder Bedingungen des Einreisetitels oder die durch zwischenstaatliche Vereinbarungen, Bundesgesetz oder Verordnung bestimmte Aufenthaltsdauer nicht überschritten haben;
 2. wenn sie auf Grund einer Aufenthaltsberechtigung oder einer Dokumentation des Aufenthaltsrechtes nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz zur Niederlassung oder zum Aufenthalt oder auf Grund einer Verordnung für Vertriebene zum Aufenthalt berechtigt sind;
 3. wenn sie Inhaber eines von einem Vertragsstaat ausgestellten Aufenthaltstitels sind, sofern sie während ihres Aufenthalts im Bundesgebiet keiner unerlaubten Erwerbstätigkeit nachgehen;
 4. solange ihnen ein Aufenthaltsrecht nach asylrechtlichen Bestimmungen zukommt;
 5. (aufgehoben durch BGBl. I Nr. 122/2009)
 6. wenn sie eine Beschäftigungsbewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz mit einer Gültigkeitsdauer bis zu sechs Monaten, eine Entsendebewilligung, eine EU-Entsendebestätigung, eine Anzeigebestätigung gemäß § 3 Abs. 5 AuslBG oder eine Anzeigebestätigung gemäß § 18 Abs. 3 AuslBG mit einer Gültigkeitsdauer bis zu sechs Monaten, innehaben oder
 7. soweit sich dies aus anderen bundesgesetzlichen Vorschriften ergibt.
- (1a) Liegt kein Fall des Abs. 1 vor, halten sich Fremde nicht rechtmäßig im Bundesgebiet auf; dies insbesondere, wenn sie
 1. auf Grund eines Rückübernahmeabkommens (§ 19 Abs. 4) oder internationaler Gepflogenheiten rückgenommen werden mussten,

2. auf Grund einer Durchbeförderungserklärung, sonstiger zwischenstaatlicher Abkommen oder auf Ersuchen eines Mitgliedstaates der Europäischen Union um Durchbeförderung (§ 48 Abs. 1) oder auf Grund einer Durchlieferungsbewilligung gemäß § 47 ARHG oder § 35 des Bundesgesetzes über die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen mit den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU-JZG), BGBl. I Nr. 36/2004, eingereist sind,

3. geduldet sind (§ 46a) oder

4. eine Frist für die freiwillige Ausreise gemäß §§ 55 oder 55a erhalten haben.

(2) Beabsichtigt ein Arbeitgeber einen Fremden, der zur sichtvermerksfreien Einreise berechtigt ist und dem kein gemeinschaftsrechtliches Aufenthaltsrecht zukommt, gemäß § 5 AuslBG zu beschäftigen, so ist ihm auf Antrag mit Zustimmung des Fremden eine Unbedenklichkeitsbescheinigung auszustellen, wenn keine fremdenpolizeilichen Einwände gegen den Aufenthalt des Fremden bestehen. Die Unbedenklichkeitsbescheinigung ist vier Wochen gültig. Im Fall der Versagung der Ausstellung der Unbedenklichkeitsbescheinigung ist gemäß § 57 AVG vorzugehen.

(3) Fremdenpolizeiliche Einwände im Sinne des Abs. 2 liegen vor, wenn

1. gegen ihn ein aufrechtes Aufenthaltsverbot gemäß § 60 besteht;

2. ein Vertragsstaat einen Zurückweisungsgrund mitgeteilt hat;

3. gegen ihn in den letzten zwölf Monaten eine Ausweisung gemäß § 54 oder § 10 AsylG 2005 rechtskräftig erlassen wurde;

4. der Aufenthalt des Fremden die öffentliche Ordnung oder Sicherheit gefährden würde oder

5. er in den letzten zwölf Monaten wegen Umgehung der Grenzkontrolle oder nicht rechtmäßiger Einreise in das Bundesgebiet rechtskräftig bestraft wurde.

Somit hielt sich die Berufungswerberin nach dem Fremdenpolizeigesetz teilweise zwar rechtmäßig in Österreich auf, hatte aber keinen Aufenthaltstitel nach dem NAG.

Der VwGH hat in seinem Erkenntnis vom 31.3.2008, 2008/18/0094, unter Anwendung der §§ 81 und 82 NAG ausgesprochen, dass auch nach der ab dem 1.1.2006 anzuwendenden Rechtslage nach dem NAG der Aufenthalt eines Fremden erst mit der Erteilung einer Niederlassungsbewilligung und nicht schon nach der Stellung eines darauf abzielenden Antrages rechtmäßig sei (unter Hinweis auf das Erkenntnis des VwGH vom 13.9.2006, [2006/18/0089](#)). Auch die Möglichkeit eines Antrags auf Erteilung eines Aufenthaltstitels aus humanitären Gründen könne den Aufenthalt eines Fremden nicht legalisieren.

Wie bereits ausgeführt, tritt nach § 55 FLAG 1967 idF BGBl I Nr. 100/2005 unter anderem § 3 FLAG idF dieses Bundesgesetzes mit 1.1.2006, nach Maßgabe der Übergangsbestimmungen des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl I Nr. 100/2005, sowie des Asylgesetzes 2005 (AsylG 2005), BGBl I Nr. 100/2005 in Kraft.

Nach den Gesetzesmaterialien zum Fremdenrechtspaket 2005 (vgl. Erläuternde Bemerkungen zur RV 952 BlgNR XXII. GP 15 und 155 zu Art. 12 [Änderung des FLAG 1967]) erscheint es im Zuge der Neukodifizierung des Fremdenrechts, insbesondere des Niederlassungs- und Aufenthaltsrechts von Fremden in Österreich angezeigt, im Zuge einer Vereinheitlichung und Harmonisierung der Rechtsvorschriften auch den Anspruch auf die Familienbeihilfe von Personen, die nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzen, nunmehr an die rechtmäßige Niederlassung in Österreich zu knüpfen, da dadurch einerseits ein entsprechender Bezug zu Österreich gesichert ist und gleichzeitig die soziale Treffsicherheit erhöht wird. Die vorliegende Änderung des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 soll folgerichtig gleichzeitig mit dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz mit 1.1.2006 unter Berücksichtigung von dessen Übergangsregelungen in Kraft treten.

Daraus geht der Wille des Gesetzgebers klar hervor, wonach ohne einen rechtmäßigen Aufenthalt in Österreich auch keine Familienleistungen zustehen sollen (vgl. die inhaltlich gleichen Motive bei der Änderung zum Bezug von Kindergeld durch das Fremdenrechtspaket 2005, Erläuternde Bemerkungen zur RV 952 BlgNR XXII. GP 15 und 155 zu Art. 13).

Mit dem Fremdenrechtspaket 2005 wurde somit die bis dahin unübersichtliche Rechtslage bei den Anspruchsvoraussetzungen für Familienbeihilfe für EU-Bürger bzw. EU-Bürgerinnen sowie für EWR- und für Drittstaatsangehörige an die Systematik des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG) angepasst. Seither hängt der Anspruch auf Familienbeihilfe für Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, davon ab, dass sie sich gemäß §§ 8 und 9 NAG legal im Inland aufhalten.

Der VwGH hat zwar in seinem Erkenntnis vom 15.1.2008, 2007/15/0170, zum Anspruch eines türkischen Asylwerbers auf Familienbeihilfe sinngemäß ausgesprochen, dass für jene Asylwerber, deren Asylverfahren vor dem Geltungsbeginn der neuen Regelungen zum Fremdenrecht (Fremdenrechtspaket 2005) am 1.1.2006 eingeleitet worden seien, aufgrund der Übergangsbestimmung des § 55 FLAG 1967 idF BGBl. I Nr. 100/2005 noch die Rechtslage vor Inkrafttreten des Fremdenrechtspaketes 2005 maßgebend sei.

Daraus kann aber für den berufungsgegenständlichen Fall nicht abgeleitet werden, dass auch für diesen Anspruch noch die Rechtslage vor dem Inkrafttreten des Fremdenrechtspaketes 2005 maßgebend sei. Die Frage, ob der Berufungswerberin ab 1.5.2007 Familienbeihilfe

zusteht, ist anhand der rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten im Anspruchszeitraum zu beurteilen. Zudem lauten die Übergangsbestimmungen des NAG und des Asylgesetzes 2005 ganz anders: § 75 AsylG 2005 bestimmt, dass alle am 31.12.2005 anhängigen Verfahren nach den Bestimmungen des Asylgesetzes 1997 zu Ende zu führen sind, während § 81 NAG die Beendigung anhängiger Verfahren nach dem NAG vorsieht.

Diese Rechtsansicht vertritt auch der OGH in seinem Urteil vom 26.6.2008, 10 Ob S 53/08d (vgl. auch ARD 5912/13/2008). In diesem Verfahren hatte er die zu § 55 FLAG 1967 inhaltlich gleich lautende Bestimmung des § 49 Abs. 9 KBGG idF BGBl. I Nr. 100/2005 auszulegen. Dies erfolgte im Zusammenhang mit § 2 Abs. 1 KBGG, der wie § 3 FLAG 1967 im Zuge des Fremdenrechtspakets 2005 den Anspruch auf Kinderbetreuungsgeld nunmehr an den rechtmäßigen Aufenthalt des Elternteiles und des Kindes knüpft.

Im höchstgerichtlichen Urteil heißt es: "Auch der vor allem im Hinblick auf die anzuwendenden fremdenrechtlichen Vorschriften geschaffenen Übergangsbestimmung des § 49 Abs. 9 KBGG idF BGBl. I 2005/100, wonach u.a. § 2 Abs. 1 Z 2 bis 5 idF dieses Bundesgesetzes mit 1.1.2006, nach Maßgabe der Übergangsbestimmungen des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005 sowie des Asylgesetzes 2005 (AsylG 2005), BGBl. I Nr. 100, in Kraft tritt, kann nach Ansicht des erkennenden Senats nicht die ihr von der Klägerin zugeschriebene Bedeutung dahin beigemessen werden, dass damit auch eine erst im zeitlichen Geltungsbereich der Neuregelung des Fremdenrechts durch das Fremdenrechtspaket 2005 allenfalls eintretende Tatbestandsverwirklichung hinsichtlich eines möglichen Anspruchs der Klägerin auf Kinderbetreuungsgeld noch nach der alten (bereits geänderten) materiellen Rechtslage des KBGG zu beurteilen sei. Für den Anspruch der Klägerin ist daher nach Ansicht des erkennenden Senats grundsätzlich die im Hinblick auf die Geburt des Sohnes der Klägerin am 7.7.2006 zu diesem Zeitpunkt sowie für den noch strittigen Anspruchszeitraum vom 1.1.2007 bis 11.2.2007 maßgebende Rechtslage entscheidend.

Voraussetzung für den Anspruch der Klägerin auf Kinderbetreuungsgeld für ihren Sohn ist daher neben dem Anspruch auf Familienbeihilfe (§ 2 Abs. 1 Z 1 KBGG) nach § 2 Abs. 1 Z 5 KBGG idF BGBl. I 2006/168 u.a. auch, dass sich der Elternteil und das Kind nach §§ 8 und 9 NAG rechtmäßig in Österreich aufhalten, es sei denn, es handelt sich um österreichische Staatsbürger (lit. a) oder Personen, denen Asyl nach dem AsylG 2005 gewährt wurde (lit. b) oder Personen, denen der Status der subsidiär Schutzberechtigten nach dem AsylG 2005 zuerkannt wurde und die keine Leistungen aus der Grundversorgung erhalten und unselbstständig oder selbstständig erwerbstätig sind (lit. c). Bereits durch das Fremdenrechtspaket 2005 (BGBl. I 2005/100) war im Zuge der Neukodifizierung des

Niederlassungs- und Aufenthaltsrechts von Fremden in Österreich der Anspruch auf Kinderbetreuungsgeld und Familienbeihilfe an die rechtmäßige Niederlassung im Bundesgebiet geknüpft worden. Bei Eltern und Kindern, die weder österreichische Staatsbürger noch Asylberechtigte sind, ist eine rechtmäßige Niederlassung im Sinn des KBGG bzw. FLAG 1967 dann anzunehmen, wenn es sich um eine solche nach §§ 8 und 9 NAG handelt (vgl. Erläuternde Bemerkungen zur RV 952 BlgNR XXII. GP 15 und 155)."

Da auch im berufungsgegenständlichen Fall nach der Rechtslage und den tatsächlichen Gegebenheiten im Anspruchszeitraum die Anspruchsvoraussetzungen des § 3 FLAG 1967 hinsichtlich eines rechtmäßigen Aufenthaltes des Kindes der Berufungswerberin nach den §§ 8 und 9 NAG nicht vorlagen, war ein Anspruch auf Familienbeihilfe nicht gegeben.

Über die Berufung war daher wie im Spruch angeführt zu entscheiden.

Graz, am 9. April 2013