



UNABHÄNGIGER  
FINANZSENAT

Außenstelle Graz  
Senat (Graz) 15

GZ. RV/0531-G/09

## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vertreten durch Rechtsanwalt, vom 28. Oktober 2008 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien abc vom 2. Oktober 2008 betreffend Familienbeihilfe für drei Kinder für den Zeitraum 1. November 2006 bis 28. Februar 2009 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Beim Berufungswerber (Bw.) handelt es sich um einen serbischen Staatsangehörigen mit Wohnsitz in Österreich. Mit Anträgen vom 1.6.2007 beantragte dieser Familienbeihilfe ab November 2006 für seine drei Kinder M., D. und A., welche ebenfalls die serbische Staatsbürgerschaft besitzen.

Das Finanzamt verlangte die Vorlage von Schulbesuchsbestätigungen bzw. die Untersuchungsbestätigung eines Kinderarztes die Kinder betreffend. Weiters wurden die Aufenthaltstitel nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgegesetz (NAG) für den Antragsteller und die Kinder, die sogenannten NAG-Karten, abverlangt. Da trotz Aufforderung und Fristverlängerung die geforderten Unterlagen nicht vorgelegt wurden, wies das Finanzamt die Anträge auf Gewährung von Familienbeihilfe ab und führte begründend aus, dass aufgrund der fehlenden Unterlagen angenommen werden müsse, dass kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestanden habe bzw. bestehe.

Mit Schreiben, eingelangt am 28.10.2008, erklärte der Bw., den Abweisungsbescheid vom 2.10.2008 in sämtlichen Punkten zu beeinspruchen.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 8.5.2009 wurde die Berufung abgewiesen und begründend ausgeführt: Gem. § 3 Abs. 2 FLAG (gültig ab 1.1.2006) bestehe Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger seien, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG) rechtmäßig in Österreich aufhielten.

Mit 1.1.2006 sei der § 3 FLAG im Zuge der Erneuerung des Niederlassungs- und Aufenthaltsrechtes neu verfasst worden. Somit ergäben sich ab 2006 neue Voraussetzungen für den Bezug der Familienbeihilfe.

Laut Auskunft der Magistratsabteilung 35 sei es auch nach der alten Rechtslage notwendig gewesen, für nicht österreichische Staatsbürger ein Visum zu beantragen. Im Jahr 2001 habe der Bw. erstmalig für seine Kinder einen Antrag auf einen Aufenthaltstitel gestellt, der jedoch abgewiesen worden sei. Ein weiterer Antrag sei im April 2005 gestellt worden. Somit hätten sich die Kinder bis zur positiven Erledigung dieses Antrages im März 2009 illegal in Österreich aufgehalten.

Da ab 1.1.2006 der rechtmäßige Aufenthalt in Österreich eine Grundvoraussetzung für Familienbeihilfenbezug sei, und für die Kinder bis (inklusive) Februar 2009 kein gültiger Aufenthaltstitel (NAG-Karte) vorgelegt werden konnte, sei die Berufung abzuweisen.

Mit Schreiben vom 8.6.2009 brachte der Rechtsanwalt des Bw. einen Vorlageantrag gemäß § 276 Abs. 2 BAO ein und die Berufung wurde dem Unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung vorgelegt.

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

Durch das "Fremdenrechtspaket 2005" BGBl. I Nr. 100/2005 hat der Gesetzgeber eine Änderung der Rechtslage auf dem Gebiet des Asyl- und Fremdenrechtes vorgenommen. Im Zuge dieser Reform wurde auch § 3 FLAG 1967 neu gefasst.

*Artikel 12 des Fremdenrechtspakets 2005, BGBl. I Nr. 100/2005, lautet auszugsweise:*

*"Änderung des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967"*

*Das Familienlastenausgleichsgesetz 1967, BGBl. Nr. 376, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 157/2004, wird wie folgt geändert:*

*§ 3 Abs. 1 FLAG: Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben 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.*

*Abs. 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: Abweichend von Abs. 1 haben Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 2005 (AsylG 2005), BGBl. I Nr. 100, gewährt wurde, Anspruch auf Familienbeihilfe. Anspruch besteht auch für Kinder, denen nach dem Asylgesetz 2005 Asyl gewährt wurde.*

*Nach § 54 FLAG wird folgender § 55 angefügt:*

*§ 55 FLAG: Die §§ 2 Abs. 8 erster Satz und 3 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 100/2005, treten mit 1. Jänner 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.*

Festgestellt wird, dass es sich beim Bw. um einen Drittstaatsangehörigen handelt. Weder er noch seine Kinder haben um Asyl angesucht. Für die Kinder wurde mit 11.4.2005 ein Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels gestellt. Laut NAG-Karten verfügen die Kinder (und die Kindesmutter) über einen (beschränkten) Aufenthaltstitel ab 22.3.2009, der Bw. verfügt über einen Aufenthaltstitel ab 1.10.2003.

Aufgrund eines neuen Antrages auf Familienbeihilfe wurde diese ab 1.3.2009 gewährt, da ab 22.3.2009 gültige Aufenthaltstitel für die Kinder vorgelegt werden konnten und der Nachweis des rechtmäßigen Aufenthaltes für den Bw. und die Kinder damit als erbracht anzusehen war.

Berufungsgegenständlich ist somit, ob der Bw. auch für den Zeitraum ab Antragstellung (1.11.2006) bis 28.2.2009 einen Anspruch auf Familienbeihilfe für seine drei minderjährigen Kinder hat, also für einen Zeitraum, während dessen sich die Kinder nach den geltenden fremdenrechtlichen Bestimmungen illegal in Österreich aufgehalten haben.

§ 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.

Da nach der Aktenlage der **rechtmäßige** Aufenthalt der Kinder erst ab 22.3.2009 nachgewiesen werden konnte, steht die Familienbeihilfe daher nicht vor dem 1.3.2009 zu.

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 Übergangs-**

**bestimmungen des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBI. I Nr. 100/2005, in Kraft.**

*Die Übergangsbestimmung § 81 Abs. 1 NAG 2005 idF BGBI. 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 Fremdengesetz 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 nach der Aktenlage das Verfahren zur Erteilung eines Aufenthaltstitels die drei Kinder des Bw. betreffend vor Inkrafttreten des NAG bereits anhängig war, war dieses nach den Bestimmungen des NAG zu Ende zu führen, und es wurden die beschränkten Aufenthaltstitel für die Kinder ab 22.3.2009 erteilt. Da die Kindesmutter (zum Zeitpunkt der Antragstellung der Kinder) über keinen rechtmäßigen Aufenthaltstitel verfügte (im Übrigen auch nicht nach den vor dem Fremdenrechtspaket 2005 bestehenden fremdenrechtlichen Bestimmungen), und nach § 23 Abs. 3 NAG sich beim erstmaligen Antrag eines Kindes die Art und die Dauer seines Aufenthaltstitels nach dem Aufenthaltstitel der Mutter richtet, waren die Kinder im Antragszeitraum (bis 22.3.2009) nicht rechtmäßig in Österreich. (Der Mutter wurde eine Aufenthaltsbewilligung aus humanitären Gründen ebenfalls erst mit 22.3.2009 und befristet zuerkannt).

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 BGBI I Nr. 100/2005 unter anderem § 3 FLAG idF dieses Bundesgesetzes mit 1.1.2006, nach Maßgabe der Übergangsbestimmungen

des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBI I Nr. 100/2005, sowie des Asylgesetzes 2005 (AsylG 2005), BGBI 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 BGBI. I Nr. 100/2005 noch die Rechtslage vor Inkrafttreten des Fremdenrechtspakets 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 dem Bw. ab 1.11.2006 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 Aufenthalts gesetzes (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 der Kinder des Bw. nach den §§ 8 und 9 NAG nicht vorlagen, war spruchgemäß zu entscheiden.

Graz, am 18. August 2009