



## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 9. Juni 2009 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 3/11 Schwechat Gerasdorf vom 20. Mai 2009 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum Jänner 2007 bis Februar 2009 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Der Berufungswerber (Bw.), kroatischer Staatsbürger, überreichte im April 2009 Anträge auf Zuerkennung der Familienbeihilfe für seine zwei aus Kroatien eingereisten Kinder ab Jänner 2007 (Anträge AS 1 und 8).

Der im September 2005 geborene (ältere) Sohn A. sei gemeinsam mit seiner Mutter (der Ehegattin des Bw., Staatsbürgerschaft: Bosnien und Herzegowina) am 5. Jänner 2007 eingereist, der im Dezember 2006 geborene (jüngere) D. am 29. Dezember 2006 (AS 1 und 8).

Das Finanzamt wies die Anträge auf Familienbeihilfe mit (Abweisungs)Bescheid vom 20. Mai 2009 mit nachstehender Begründung ab:

"Für Kinder, die nicht österreichische StaatsbürgerInnen sind, besteht gemäß § 3 Abs. 2 FLAG nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten."

Mit dem Rechtsmittel der Berufung wurde die Aufhebung des Bescheides und die Gewährung der Familienbeihilfe für seine minderjährigen Kinder ab Jänner 2007 wie folgt beantragt:

"Mit ... Bescheid wurde mein Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe ... abgewiesen.

Begründet wurde die Abweisung damit, dass gemäß § 3 Abs. 2 FLAG Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe haben, wenn sie sich nach den §§ 8 und 9 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005 rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Gemäß § 3 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 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 aufhalten.

Ich halte mich seit mehreren Jahren rechtmäßig in Österreich auf und (bin) in Österreich entsprechend den Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes rechtmäßig unselbständig beschäftigt.

Meine minderjährigen Kinder D... und A... leben seit Jänner (die maschinenschriftliche Monatsangabe August wurde durchgestrichen und mit der handschriftlichen Monatsangabe Jänner überschrieben) 2007 in Österreich und am 27.10.2007 stellte ich Anträge auf Erteilung eines Aufenthaltstitels aus humanitären Gründen gemäß § 72 des NAG (alte Rechtslage), da eine Behandlung (AKH) notwendig war. Eine Kopie der Einreichbestätigung lege ich bei. Über die Anträge auf Erteilung des Aufenthaltstitels aus humanitären Gründen wurde erst im März 2009 positiv entschieden.

Für den Anspruch auf die Familienbeihilfe muss der Mittelpunkt der Lebensinteressen des Antragstellers - unabhängig von dessen Staatsangehörigkeit - im Bundesgebiet gegeben sein. Dies ist in unserem (Fall) seit Okt. 2007 gegeben, da wir die Anträge gestellt haben und auf Grund dieser Anträge ein Aufenthaltstitel erteilt wurde.

Die Regelungen des § 3 Absatz 1 und 2 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 idF der Novelle BGBl. I Nr. 100/2005, die nur auf ein Aufenthaltsrecht nach dem NAG, nicht jedoch auf ein Aufenthaltsrecht nach dem Asylgesetz abstellen, sind sachlich nicht gerechtfertigt und somit gleichheitswidrig.

Auch handelt es sich bei der Neuregelung des § 3 des Familienlastenausgleichsgesetzes durch die Novelle BGBl. I Nr. 100/2005 um einen unzulässigen Eingriff in meine wohlerworbenen Rechte und wird dadurch der aus dem Gleichheitssatz abgeleitete Vertrauensschutz verletzt.

Verfassungswidrig sind nämlich auch nur pro futuro wirkende Beschränkungen wohlerworbenen Rechte, sofern es sich um schwerwiegende und plötzlich eintretende Eingriffe in die Rechtsposition handelt, auf deren Bestand die Betroffenen mit guten Gründen vertrauen konnten (VfSlg. 11.309/1987).

Eine Übergangsbestimmung findet sich in der hier angesprochenen Novelle des Familienlastenausgleichsgesetzes nicht.

Vertrauensschutz genießen überdies auch faktisch getroffene Dispositionen von Privatpersonen, die diese im Vertrauen auf den Bestand bestimmter Rechtsnormen getroffen haben.

Die Familienbeihilfe stellt einen wesentlichen Bestandteil unserer Mittel zur Bestreitung unserer Lebenshaltungskosten (Miete, Aufwand für das tägliche Leben, insbesondere auch für die Kinder) dar. Mit der Änderung durch die Novelle des Familienlastenausgleichsgesetzes sind wir allerdings in unserer finanziellen Existenz bedroht.

Aus all diesen Gründen ersuche ich meiner Berufung stattzugeben und die beantragte Familienbeihilfe zu gewähren."

Die abweisende Berufungsvorentscheidung wurde unter Hinweis auf die Bestimmung des § 3 Abs. 2 FLAG mit folgender Begründung erlassen:

"Da vor Gültigkeitsbeginn der Niederlassungsbewilligung kein ständiger Aufenthalt mit entsprechendem Nahebezug zu Österreich begründet wurde, war eine rückwirkende Familienbeihilfengewährung gemäß § 3 Abs. 5 FLAG nicht zulässig.

Da keine Anspruchsvoraussetzung für den Abweisungszeitraum der Familienbeihilfe für die Kinder vorlag, war ihre Berufung abzuweisen."

Der Vorlageantrag wurde begründet wie folgt:

"Meine Ehefrau und die minderjährigen Kinder D.. und A... leben seit Jänner (die maschinenschriftliche Monatsangabe August wurde durchgestrichen und mit der handschriftlichen Monatsangabe Jänner überschrieben) 2007 in Österreich und am 27.10.2007 stellte ich für sie Anträge auf Erteilung eines Aufenthaltstitels aus humanitären Gründen gemäß § 72 NAG (alte Rechtslage), da Behandlung in Österreich notwendig war. Eine Kopie der Einreichbestätigung liegt im Akt auf. Seit Antragstellung ist der Mittelpunkt der Lebensinteressen gegeben.

Für den Anspruch auf die Familienbeihilfe muss der Mittelpunkt der Lebensinteressen des Antragstellers - unabhängig von dessen Staatsangehörigkeit - im Bundesgebiet gegeben sein. Dies ist in meinem Fall gegeben.

Ein Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet ist dann anzunehmen, wenn sich eine Person in Österreich ständig aufhält und sich aus der Gesamtabwägung aller Umstände ergibt, dass diese Person hier die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat. Die Frage nach dem Mittelpunkt der Lebensinteressen sei gar nicht auf das Kind, sondern die Person, die Anspruch auf Familienbeihilfe habe und zu deren Haushalt das Kind gehöre, gerichtet.

Unser Mittelpunkt der Lebensinteressen ist eindeutig in Österreich, da ich seit der Geburt und meine Familie seit 2007 hier leben und dies auch anhand unserer Meldezettel beweisen können. Unsere Kinder leben mit uns im gemeinsamen Haushalt Unsere Kinder sind ebenso in ärztlicher Obhut in Wien. Dies sind deutliche eindeutige Hinweise für einen ständigen Aufenthalt in Österreich. Dass das Verfahren über die Erteilung eines Aufenthaltstitels so lang gedauert hat, ist nicht auf unser Verschulden zurückzuführen. Diesbezügliches Schreiben der Volksanwaltschaft lege ich der Berufung bei.

Aus all diesen Gründen ersuche ich den angefochtenen Bescheid aufzuheben und mir die beantragte Familienbeihilfe zu gewähren."

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

Der Bw., kroatischer Staatsangehöriger, hatte von 10. Oktober 2005 bis 28. August 2007 einen Hauptwohnsitz in 1010 Wien und anschließend einen in 1110 Wien (vorgelegte Bestätigung der Meldung aus dem Zentralen Melderegister, AS 2f).

Die Ehegattin des Bw., mit der er seit 9. März 2005 verheiratet ist und welche die Staatsbürgerschaft Bosnien und Herzegowina besitzt, brachte in den Jahren 2005 und 2006 zwei Kinder zur Welt: Im September 2005 wurde der Sohn A. in T., Bosnien und Herzegowina, im Dezember 2006 der Sohn D. in G., Bosnien und Herzegowina, geboren (Reisepass jeweils 003...HRV [Hrvatska] AS 21 und 23).

Im Dezember 2006 wurde für den Sohn A., mit Staatsbürgerschaft Kroatien, in Zagreb ein Reisepass ausgestellt; für den Sohn D., mit Staatsbürgerschaft Bosnien und Herzegowina sowie Kroatien, wurden, ebenfalls im Dezember 2006 bzw. im Jänner 2007, zwei Reisepässe ausgestellt (Reisepass jeweils 003...HRV [Hrvatska] AS 21 und 23, Bestätigungen der Meldung aus dem Zentralen Melderegister AS 5 und 10).

Betreffend den Sohn A. wurde am 8. Jänner 2007 und betreffend den Sohn D. am 2. Jänner 2007 an jener Wiener Anschrift, an der ihr Vater, der Bw. einen Hauptwohnsitz angemeldet hatte, ein Hauptwohnsitz gemeldet (Bestätigungen der Meldung aus dem Zentralen Melderegister AS 2, 5 und 10).

Die Ehegattin des Bw. beantragte (in Agram) die Erteilung eines für Österreich gültigen Visum und wurde ihr ein solches für den Zeitraum "11.04.07 (bis) 10.10.07" erteilt (Visum A05...BIH [Bosnien und Herzegowina] AS 24).

Am ersten Tag der Gültigkeit des Visums reiste die Ehegattin des Bw. in Österreich ein (Stampiglie 11.04.07 AS 24).

Für die beiden Kinder, 1 1/2 Jahre bzw. 3 1/2 Monate alt, wurde ebenfalls (in Agram) jeweils die Erteilung eines für Österreich gültigen ('Touristen')Visum beantragt und wurden solche für den selben Zeitraum wie betreffend ihre Mutter, also "11.04.07 (bis) 10.10.07", erteilt (Visum jeweils A05...HRV [Hrvatska] AS 20 und 22).

Am 4. Oktober 2007, also knapp 1 Woche vor Ablauf der Visa, wurden beim Amt der Wiener Landesregierung betreffend beide Kinder Anträge auf Erteilung eines Aufenthaltstitels beschränkt (Fam.Gem.) gestellt (Schreiben des Amtes der Wr. Landesregierung AS 26 und 27).

Am 25. März 2009 wurden betreffend die Ehegattin des Bw. und beide Kinder Niederlassungsbewilligungen beschränkt - gültig bis 28. Jänner 2010 - erteilt (Aufenthaltstitel AS 12, 14 und 16).

Es erfolgte die Erteilung der Aufenthaltstitel aus humanitären Gründen (Berufung, Seite 2, AS 34 und Schreiben der Volksanwaltschaft vom 23.3.2009, AS 49).

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.

§ 3 Abs. 3 leg.cit. bestimmt: 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. Dezember 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 zitierte Neuregelung der Ansprüche auf Familienbeihilfe für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, erfolgte im Rahmen umfangreicher Änderungen im Bereich des Fremdenrechtes. Danach besteht der Anspruch auf Familienbeihilfe (nur mehr) 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, auf die sich das Gesetz bezieht, sind die Arten und Formen der Aufenthaltstitel im Sinn des Gesetzes aufgezählt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 31. März 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 ist (unter Hinweis auf das Erkenntnis des Gerichtshofes vom 13.9.2006, 2006/18/0089). Auch die Möglichkeit eines Antrags auf Erteilung eines Aufenthaltstitels aus humanitären Gründen kann den Aufenthalt eines Fremden nicht legalisieren.

Die Kinder des Bw. verfügen über einen Aufenthaltstitel (in Form einer beschränkten Niederlassungsbewilligung aus humanitären Gründen) nach der neuen gesetzlichen Regelung erst für den (nicht mehr berufsgegenständlichen) Zeitraum ab März 2009.

Da demgemäß der *rechtmäßige* Aufenthalt der Kinder erst ab dem 25. März 2009 gegeben war (und nachgewiesen werden konnte), steht die Familienbeihilfe nicht für den Zeitraum vor dem 1. März 2009 zu.

Mit diesen Erwägungen stimmt im Übrigen die Beurteilung der Staatssekretärin M. des Bundesministeriums für Wirtschaft, Familie und Jugend im Schreiben an den Volksanwalt vom 21. September 2009 überein: "Es wurde daher die Familienbeihilfe für (die Kinder) ... zu Recht erst ab Gültigkeitsbeginn der Niederlassungsbewilligung für die Kinder (ab März 2009) gewährt, welche derzeit laufend bezogen wird (vorerst befristet für die Gültigkeitsdauer des Titels bis einschließlich Jänner 2010)." (AS 41ff).

Wenn der Bw. für seinen Standpunkt ins Treffen führt, die nur auf ein Aufenthaltsrecht nach dem NAG und nicht auf ein Aufenthaltsrecht nach dem Asylgesetz abstellenden Regelungen des § 3 Abs. 1 und 2 FLAG 1967 idF BGBl. I 100/2005 seien sachlich nicht gerechtfertigt und somit gleichheitswidrig, ist festzuhalten, dass die Abgabenbehörde zweiter Instanz angehalten ist, auf Grund der erlassenen Gesetze eine Entscheidung zu fällen. Die behauptete Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte kann nur durch Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof geltend gemacht werden.

Den Einwendungen, wonach im Vertrauen auf den Bestand bestimmter Rechtsnormen Dispositionen getroffen worden seien und die Änderung durch die Novelle des FLAG zu einer Bedrohung in der finanziellen Existenz geführt habe, ist Folgendes entgegen zu halten: Gemäß § 55 FLAG traten die §§ 2 Abs. 8 erster Satz und 3 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 100/2005 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.

Hinsichtlich des im *September 2005* geborenen (älteren) Sohn des Bw. war es für die vom Bw. angesprochenen Dispositionen bereits zu spät, hinsichtlich des erst im *Dezember 2006* geborenen (jüngeren) Sohnes konnte bereits auf der Grundlage der Änderung durch die Novellierung des FLAG disponiert werden.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 6. April 2010