



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Frau X in XY, vertreten durch Michael Haberl, Wirtschaftstreuhänder, 8962 Gröbming, Hauptstraße 65, vom 4. Oktober 2011, gerichtet gegen die Abweisungsbescheide des Finanzamtes Judenburg Liezen vom 6. September 2011 betreffend eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für die Kinder A und B ab

1. Juni 2006 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Die angefochtenen Bescheide bleiben unverändert.

Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin ist kroatische Staatsangehörige und beantragte mittels des Formulars Beih 1 die rückwirkende Gewährung der Familienbeihilfe ab Juni 2006 für die im Spruch genannten Kinder.

Das Finanzamt Judenburg Liezen wies diesen Antrag mit Bescheid vom 6. September 2011 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), BGBI. I Nr. 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Mit Schreiben vom 4. Oktober 2011 brachte der Vertreter der Berufungswerberin rechtzeitig das Rechtsmittel der Berufung ein und begründete diese wie folgt:

Frau X ist kroatische Staatsbürgerin und hat 2001 den Erstantrag auf Aufenthaltserlaubnis gestellt.

Sie war ab 2002 bis dato aufgrund einer Beschäftigungsbewilligung gem. § 20 Abs. 6 AuslBG (Branchenkontingent) des AMS Gröbming in XY wohnhaft. Der Ehegatte Name und die beiden Kinder Name1, geb. TT.MM.JJJJ, bzw. Name2, geb. TT.MM.JJ wohnen im gemeinsamen Haushalt in Adresse seit 2005. Der Sohn, Name2, besucht derzeit die Volksschule in XY, die Tochter, Name1, geht in den Kindergarten in XY.

Gemäß § 3 FLAG 1967 haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach den §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG) rechtmäßig in Österreich aufhalten. Im § 8 Abs. 1 Z 4 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes sind verschiedene Aufenthaltstitel dargestellt, unter anderem die Niederlassungsbewilligung, die zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer selbständigen bzw. unselbständigen Erwerbstätigkeit, für die eine entsprechende Berechtigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz gilt, berechtigt.

Frau X hat im Beantragungszeitraum ab 2006 bis dato laufend diese Niederlassungsbewilligungen mittels Bescheid gem. § 20 Abs. 6 AuslBG vom AMS Gröbming bekommen (sämtliche Bescheide liegen bei).

Entsprechend diesen Bescheiden hat sich Frau X rechtmäßig in Österreich aufgehalten. Es steht ihr daher die Familienbeihilfe für die beiden Kinder zu.

Das Finanzamt erließ am 17. Oktober 2011 eine abweisende Berufungsvorentscheidung (BVE) worin zusammenfassend ausgeführt wurde, dass Drittstaatsangehörige seit 1. Jänner 2006 nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe haben, wenn sie sich nach § 8 NAG rechtmäßig in Österreich aufhalten. In diesem Zusammenhang hat die Beihilfenbehörde nur zu prüfen, ob das Dokument (= NAG-Karte) für den Anspruchszeitraum ausgestellt wurde, nicht jedoch ob die Voraussetzungen für die Ausstellung einer NAG-Karte vorgelegen sind.

Vom Vertreter der Berufungswerberin wurde mit Schriftsatz vom 15. November 2011 die Vorlage der Berufung an die Abgabenbehörde zweiter Instanz beantragt. Als Begründung wurde Folgendes ausgeführt:

Frau X ist Kroatische Staatsbürgerin und hat 2001 den Erstantrag auf Aufenthaltserlaubnis gestellt. Sie war ab 2002 bis dato auf Grund einer Beschäftigungsbewilligung gem. § 20 Abs. 6 AuslBG (Branchenkontingent) des AMS als Dienstnehmerin in der Winter- und Sommersaison beschäftigt und in XY wohnhaft. Der Ehegatte und die beiden Kinder wohnen im gemeinsamen Haushalt in Adresse seit dem Jahr 2005. Der Sohn, Name2, besucht derzeit

die Volksschule in XY, die Tochter, Name1 , geht in den Kindergarten in XY.

Gem. [§ 3 FLAG 1967](#) haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach den [§§ 8](#) und [9 NAG](#) (Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz) rechtmäßig in Österreich aufhalten. Hierzu wird in der Berufungsvorentscheidung des Finanzamtes Judenburg Liezen die UFS Entscheidung vom 19.12.2007, RV/2945-W/05 angeführt.

In dieser Entscheidung liegt der Sachverhalt anders, nämlich beantragt in dem Erkenntnis ein zu 50% behinderter jugoslawischer Staatsbürger die erhöhte Familienbeihilfe für sich selbst. Es wird auch festgestellt, dass für den Berufungswerber im beauftragten Zeitraum keine aufrechte Meldung im Bundesgebiet vorlag, er sich somit nicht rechtmäßig in Österreich aufhielt.

In der von der Abgabenbehörde zitierten zweiten UFS Entscheidung vom 02.03.2007, RV/0510-K/06 beantragt eine Asylwerberin die Zuerkennung der Familienbeihilfe für ihre Kinder. Es wurde auch bei dieser Entscheidung von der Abgabenbehörde festgestellt, dass der Asylwerberin der Status des Asylberechtigten vom Bundesasylamt gem. [§ 7 AsylG 1997](#) nicht zuerkannt wurde.

Im gegenständlichen Fall begründet die Abgabenbehörde, haben Drittstaatenangehörige seit 01.01.2006 nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach [§ 8 NAG](#) rechtmäßig in Österreich aufhalten. Weiters führt die Behörde aus, dass gem. § 3 Abs. 1 und 2 FLAG ein aufrechter Aufenthaltstitel nach [§ 8 NAG](#) bestehen muss.

In [§ 8 Abs 1 Z 4 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes](#) sind verschiedene Aufenthaltstitel dargestellt, unter anderem die Niederlassungsbewilligung, die zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer selbständigen bzw. unselbständigen Erwerbstätigkeit, für die eine entsprechende Berechtigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz gilt, berechtigt.

Frau X hat im Beantragungszeitraum ab 2006 bis dato laufend diese Niederlassungsbewilligungen mittels Bescheid gem. [§ 20 Abs. 6 AuslBG](#) vom AMS Gröbming bekommen (sämtliche Bescheide liegen bei).

Entsprechend diesen Bescheiden hat sich Frau X rechtmäßig in Österreich aufgehalten. Die von der Abgabenbehörde zitierte UFS Entscheidung vom 11.01.2008, RV/1133-W/07 beinhaltet einen grundsätzlich verschiedenen Sachverhalt. Hier beantragt nämlich eine türkische, nicht erwerbstätige Staatsbürgerin die Familienbeihilfe, obwohl sie sich nach eigenen Angaben nicht rechtmäßig in Österreich aufhält.

Im gegenständlichen Fall stellt die Beihilfenbehörde fest, dass der rechtmäßige Aufenthalt gem. §§ 8 und 9 NAG durch das Dokument der NAG-Karte nachgewiesen wird.

Im gegenständlichen Fall wurde von Frau X keine NAG-Karte beantragt, weil sie von 2005 bis dato immer beim selben Arbeitgeber beschäftigt ist und vom AMS die Aufenthaltsberechtigung erteilt wurde.

Nach Rücksprache mit der Politischen Expositur in Gröbming, Abteilung Sicherheitswesen teilt diese Behörde mit, dass es im Zuge der Gesetzesänderung 2006 verabsäumt wurde eine Ausstellung dieser NAG-Karte zu beantragen. Es wird aber auch von der Behörde festgehalten, dass bei Beantragung dieser NAG-Karte diese auch ausgestellt worden wäre (Schreiben liegt bei).

Ich beantrage daher, trotz Fehlen der NAG-Karte den rechtmäßigen Aufenthalt im Bundesgebiet auf Grund der vorgelegten Beweismittel anzuerkennen und die beantragte Familienbeihilfe für die beiden Kinder B und Name1 zu gewähren.

Mit Bericht vom 28. November 2011 wurde die Berufung dem unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung vorgelegt.

Über die Berufung wurde erwogen:

Von der Bezirkshauptmannschaft Liezen, Politische Expositur Gröbming, wurde am 5. September 2011 folgende Bestätigung ausgestellt:

Frau X, geb. xxxx stellte den Erstantrag auf Aufenthaltserlaubnis im Oktober 2001 und war seither immer wieder für den erlaubten Zeitraum in Österreich aufhältig.

Seit 2005 arbeitet Frau Name bei demselben Dienstgeber, Name/Anschrift.

Es wurde im Zuge der Gesetzesänderung 2006 verabsäumt, einen Antrag auf Ausstellung eines Aufenthaltstitels zu stellen, da Genannte annahm, mit dem Antrag auf Aufenthaltserlaubnis zur Arbeitszwecken sei Genüge getan.

Bestätigt wird, dass für Frau Name bei fristgerechter Antragstellung ein Aufenthaltstitel nach dem NAG ausgestellt hätte werden können, was nachträglich nicht mehr möglich war.

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 Vorordnung 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. Weder sie noch ihre Kinder haben um Asyl angesucht.

Berufungsgegenständlich ist somit, ob die Berufungswerberin für den Zeitraum ab Antragstellung (1.6.2006) einen Anspruch auf Familienbeihilfe für ihre zwei minderjährigen Kinder 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 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 die Berufungswerberin und auch die Kinder über keinen rechtmäßigen Aufenthaltstitel nach dem NAG verfügten (im Übrigen auch nicht nach den vor dem Fremdenrechtspaket 2005 bestehenden fremdenrechtlichen Bestimmungen), hielten sie sich im Antragszeitraum (ab 1.6.2006) teilweise nicht rechtmäßig in Österreich.

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.

Dazu wird noch bemerkt, dass in diesem Bescheid unter „bitte beachten“ ua. Folgendes ausgeführt ist:

Die Beschäftigungsbewilligung ersetzt, abgesehen im Fall des § 5 Abs. 6 AuslBG nicht die Aufenthaltsberechtigung; sie ist bei der zuständigen Behörde gesondert zu beantragen.

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 Rückübernahmevertrags (§ 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 Geltungsbereich 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 Fremdenrechtspakets 2005 maßgebend sei. Die Frage, ob der Berufungswerberin ab 1.1.2006 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 BGBI. 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 BGBI 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), BGBI I Nr. 100/2005 sowie des Asylgesetzes 2005 (AsylG 2005), BGBI 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 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 12. Dezember 2012