



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des NN, Adresse, vertreten durch Dr. Edward W. Daigneault, Rechtsanwalt, 1160 Wien, Lerchenfelder Gürtel 45/11, vom 14. Februar 2011 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 6/7/15 vom 2. Februar 2011 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab Februar 2010 entschieden:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben, soweit er den Zeitraum ab Dezember 2010 betrifft.

Im Übrigen wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

NN, in der Folge mit Bw. bezeichnet, hielt sich nach eigenen Angaben seit JAHR in Österreich auf und stellte am DATUM einen Antrag auf Erteilung einer Erstniederlassungsbewilligung für den Aufenthaltszweck „jeglicher Aufenthaltszweck, § 13 Abs. 2 FrG“.

Im Mai 2005 wurde sein Sohn Kd1N von KM_N geboren, mit welcher der Bw. nunmehr verheiratet ist. KM_N reiste laut Zentralmeldeamtsregister am 17.8.2005 in Begleitung ihres Sohnes nach Österreich ein und ist seit diesem Zeitpunkt durchgehend an der Adresse des Bw. gemeldet. Mutter und Kind verfügten über ein Aufenthaltsrecht in der italienischen Republik bis 31. Jänner 2011. Von September 2008 bis Juni 2011 besuchte VN_Kd1 den

Kindergarten und im Schuljahr 2011/2012 die Volksschule, jeweils in Wien. Im Dezember 2008 wurde Kd2-N in Wien geboren.

Der Antrag des Bw. auf Erteilung der Erstniederlassungsbewilligung wurde gemäß § 21 Abs. 1 NAG abgewiesen, weil der Bw. diesen nicht bereits vor seiner Einreise gestellt hatte. Der Verwaltungsgerichtshof hob den Abweisungsbescheid des Bundesministers für Inneres wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes auf und führte aus, die Inlandsantragstellung wäre gemäß § 74 NAG von Amts wegen zuzulassen gewesen.

In der Folge stellte der Bw. einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe. Eine Verzichtserklärung der Mutter wurde auf diesem Antrag nicht vermerkt.

Im Dezember 2010 wurde dem Bw. erstmals eine auf ein Jahr befristete, unbeschränkte Niederlassungsbewilligung erteilt. Im Dezember 2010 wurden Anträge auf Ausstellung eines Aufenthaltstitels / Dokumentation für die Mutter und die Kinder gestellt.

Das Finanzamt wies den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe im Februar 2011 mit der Begründung ab, ein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die nicht österreichische StaatsbürgerInnen seien, bestehe nur, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhielten.

Gegen diesen Bescheid hat der Bw. berufen mit der Begründung, andere Finanzämter würden die Einreichbestätigungen akzeptieren, solange der Antragsteller über eine Aufenthaltsberechtigung verfügte.

Laut telefonischer Rücksprache des Finanzamtes mit der MA 35 am 10.5.2011 konnten die NAG-Karten für die Kinder aufgrund des hohen Bearbeitungsrückstandes noch nicht erledigt werden.

In der Folge wurden NAG-Karten der Kinder für den Zeitraum November 2011 bis November 2012 ausgestellt.

Das Finanzamt anerkannte den Anspruch auf Familienbeihilfe ab November 2011 erließ eine teilweise stattgebende Berufungsvorentscheidung.

Der Bw. stellte durch seinen Rechtsvertreter einen Vorlageantrag. In diesem hielt er das Nachzahlungsbegehren für VN_Kd1 ab Juli 2005 und für Kd2_VN ab Dezember 2008 aufrecht bzw. stellte ein solches Begehren. Begründend führte der Bw. aus, die Kinder hätten sich unter Innehabung italienischer Aufenthaltstitel gemäß § 31 Abs. 1 Z 3 FPG rechtmäßig in Österreich aufgehalten. Es erscheine gleichheitswidrig, wenn Kinder, die dauerhaft in Österreich leben, hier Schulen bzw. Kindergarten besuchten, aber Aufenthaltstitel anderer Mitgliedsländer hätten, mit welchen sie sich rechtmäßig in Österreich aufhielten, gegenüber jenen Kindern beim Bezug der Familienbeihilfe benachteiligt werden, die denselben Kinder-

garten besuchten, ebenfalls dauerhaft niedergelassen sind, ihren rechtmäßigen Aufenthalt aber auf österreichische Aufenthaltskarten stützten. Die Familienbeihilfe sei eine Transferleistung, die es Eltern erleichtern solle, den Unterhaltsleistungen für ihre Kinder nachzukommen, sie diene daher direkt dem Kindeswohl. Verwiesen wurde auf Art. 1 B-VG Kinderrechte.

Über Vorhalt im Berufungsverfahren wurde ausgeführt, beide Kinder, für welche Familienbeihilfe begehrt werde, befänden sich ständig in Österreich und besuchten hier den Kindergarten bzw. die Volksschule. Der 2008 geborene Kd2_VN komme erst im September 2012 in den Kindergarten, aus den Eintragungen im Mutter-Kind-Pass bzw. in seiner Impfkarthe lasse sich der Zeitraum bis September 2009 bzw. ab Dezember 2010 dokumentieren. Sowohl der Bw. als auch die Kindesmutter seien bereit, an Eides Statt den Aufenthalt des Kindes zu erklären. In Land lebe ein aus einer anderen Beziehung stammender Sohn des Bw., der noch nie in Österreich gewesen sei. Der Familienwohnsitz befindet sich in Wien. Der Bw. sei im Jahr 2011 nicht in Land gewesen. Er habe vorgehabt, gemeinsam mit der Gattin und den Kindern nach Land zu reisen und angenommen, er würde für diese Heimreise vom Finanzamt im Voraus einen „tax credit“ ausbezahlt erhalten. Die Gattin habe sich im Jahr 2010 auf Kurzurlaub in Land befunden. Für den in Land lebenden Sohn zahle der Bw. an Schulgebühren und für's Essen monatlich 120,00,-- €, wofür er jedoch keinen Beleg habe. Der Sohn sei nicht pflegebedürftig. Die Reisekosten in der geltend gemachten Höhe seien nicht entstanden. Der Bw. bedauere das entstandene Missverständnis. Nach Darlegung des bisherigen Aufenthaltes des Bw. in Österreich und dessen seinerzeit erfolglosen Versuchen, eine Aufenthaltsberechtigung zu erlangen, führte der Bw. aus, im 2009 erstmals angestrengten Asylverfahren sei mit Bescheid vom 10.8.2010 u.a. die auf Dauer unzulässige Ausweisung festgestellt worden. Die MA 35 habe daher von Amts wegen einen Aufenthaltstitel erteilen müssen. Nach Aushändigung dieses Aufenthaltstitels an den Bw. hätten die Gattin und die Kinder österreichische Aufenthaltstitel beantragt. Die italienischen Aufenthaltstitel der Gattin und der Kinder lägen in den Akten der MA 35 auf. Das Kindeswohl habe Vorrang und sei es nicht wesentlich, ob Kinder einen NAG-Titel oder einen zulässigen Aufenthaltstitel nach dem FPG hätten. Es sei auch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) maßgebend. Der Bw. regte daher an, der Unabhängige Finanzsenat möge vor dem Verfassungsgerichtshof nach Art. 140 B-VG beantragen, die Bestimmungen zur Familienbeihilfe im Familienlastenausgleichsgesetz, insoweit sie das vorrangig zu beachtende Kindeswohl konterkarierten, als verfassungswidrig aufzuheben.

Vorgelegt wurden eine Geburtsurkunde des in Land lebenden Sohnes des Bw., eine Kindergartenbesuchsbestätigung für VN_Kd1 für den Zeitraum September 2008 bis Juni 2011 sowie eine Schulbesuchsbestätigung für VN_Kd1, Kopien des Impfpasses und des Mutter-Kind-

Passes von Kd2_VN und letztlich eine Erklärung der Kindesmutter, wonach sie mit der Zahlung der Familienbeihilfe an den Bw. einverstanden sei.

Eine Einsichtnahme in die Akten der MA 35 ergibt, dass für die Kindesmutter und für VN_Kd1 italienische Aufenthaltskarten für den Zeitraum vom 21.4.2008 bis 31.1.2011 ausgestellt worden waren. Die Kindesmutter und die Kinder haben am 10.12.2010 Anträge auf Erteilung von Aufenthaltstiteln / Dokumentation gestellt und diese auf den nach Art. 8 EMRK zu gewährenden Schutz des Familienlebens mit dem aufenthaltsberechtigten Vater gestellt, der auch der einzige Ernährer der Familie ist. Nach Abgabe von begründeten Stellungnahmen der Sicherheitsdirektion Wien, in welchen die dauerhafte Unzulässigkeit der Ausweisung festgestellt wurde, stellte die MA 35 die NAG-Karten für die Kindesmutter und die Kinder aus.

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) 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.

Gemäß § 3 Abs. 2 FLAG 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.

Gemäß § 3 Abs. 5 FLAG wird in den Fällen des Abs. 2, Abs. 3 letzter Satz und Abs. 4 letzter Satz für nachgeborene Kinder die Familienbeihilfe rückwirkend gewährt. Gleiches gilt für Adoptiv- und Pflegekinder, rückwirkend bis zur Begründung des Mittelpunktes der Lebensinteressen im Bundesgebiet (§ 2 Abs. 8) durch den Elternteil und das Kind. Als nachgeborene Kinder gelten jene Kinder, die nach dem Zeitpunkt der Erteilung des Aufenthaltstitels oder der Zuerkennung des Status des Asylberechtigten oder subsidiär Schutzberechtigten an den zusammenführenden Fremden geboren werden.

§ 8 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) idgF lautet wie folgt:

Abs.1

Aufenthaltstitel werden erteilt als:

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" (Z 3) zu erlangen;
2. Aufenthaltstitel "Familienangehöriger" für die befristete Niederlassung mit der Möglichkeit, anschließend einen Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt - Familienangehöriger" (Z 4) zu erhalten;

-
3. Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt - EG" für die Dokumentation des unbefristeten Niederlassungsrechts, unbeschadet der Gültigkeitsdauer des Dokuments;
 4. Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt - Familienangehöriger" für die Dokumentation des unbefristeten Niederlassungsrechts, unbeschadet der Gültigkeitsdauer des Dokuments;
 5. "Aufenthaltsbewilligung" für einen vorübergehenden befristeten Aufenthalt im Bundesgebiet zu einem bestimmten Zweck (§§ 58 bis 69a).

Abs. 2.

Niederlassungsbewilligungen gemäß Abs. 1 Z 1 werden erteilt 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;
2. "Niederlassungsbewilligung - ausgenommen Erwerbstätigkeit", die zur befristeten Niederlassung ohne Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt;
3. "Niederlassungsbewilligung - unbeschränkt", die zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit und einer unselbständigen Erwerbstätigkeit gemäß § 17 AuslBG berechtigt;
4. "Niederlassungsbewilligung - beschränkt", die zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer selbständigen und einer unselbständigen Erwerbstätigkeit, für die eine entsprechende Berechtigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz gilt, berechtigt;
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.

Abs. 3

Der Bundesminister für Inneres legt 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.

Abs. 4

Die Aufenthaltsbewilligung (Abs. 1 Z 5) von Ehegatten, eingetragenen Partnern und minderjährigen ledigen Kindern hängt vom Bestehen der Aufenthaltsbewilligung des Zusammenführenden ab (§ 69).

Abs. 5

Unbeschadet der §§ 32 und 33 ergibt sich der Berechtigungsumfang eines Aufenthaltstitels aus dem 2. Teil.

§ 9 NAG lautet wie folgt:

Abs. 1

Zur Dokumentation des gemeinschaftsrechtlichen Aufenthaltsrechts für mehr als drei Monate werden auf Antrag ausgestellt:

1. eine „Anmeldebescheinigung“ (§ 53) für EWR-Bürger, die sich länger als drei Monate in Österreich aufhalten, und
2. eine „Aufenthaltskarte für Angehörige eines EWR-Bürgers“ (§ 54) für Drittstaatsangehörige, die Angehörige von gemeinschaftsrechtlich aufenthaltsberechtigten EWR-Bürgern sind.

Abs. 2

Zur Dokumentation des gemeinschaftsrechtlichen Daueraufenthaltsrechts werden auf Antrag ausgestellt:

1. eine „Bescheinigung des Daueraufenthalts“ (§ 53a) für EWR-Bürger, die das Daueraufenthaltsrecht erworben haben, und
2. eine „Daueraufenthaltskarte“ (§ 54a) für Drittstaatsangehörige, die Angehörige eines EWR-Bürgers sind und das Recht auf Daueraufenthalt erworben haben.

Abs. 3

Inhabern von Anmeldebescheinigungen (Abs. 1 Z 1) oder Bescheinigungen des Daueraufenthalts (Abs. 2 Z 1) kann auf Antrag ein „Lichtbildausweis für EWR-Bürger“ mit fünfjähriger Gültigkeitsdauer ausgestellt werden. Der Lichtbildausweis für EWR-Bürger, die Aufenthaltskarte und die Daueraufenthaltskarte gelten als Identitätsdokumente. Form und Inhalt der Anmeldebescheinigung, der Bescheinigung des Daueraufenthalts, des Lichtbildausweises für EWR-Bürger, der Aufenthaltskarte und der Daueraufenthaltskarte legt der Bundesminister für Inneres durch Verordnung fest.

Unstrittig ist, dass für den Bw. im Dezember 2010 erstmalig eine auf ein Jahr befristete Niederlassungsbewilligung erteilt worden ist. § 3 Abs. 1 FLAG enthält eine Anknüpfung an die §§ 8 und 9 des NAG, in welchen die Ausstellung von Aufenthaltstiteln und Anmeldebescheinigungen bzw. Aufenthaltskarten normiert ist. Es kommt daher nicht darauf an, ob die Ausweisung eines Fremden auf Dauer unzulässig ist, sondern darauf, dass das Aufenthaltsrecht des Fremden gemäß NAG dokumentiert ist. Dies ermöglicht der zuständigen Behörde eine Überprüfung der gesetzlichen Voraussetzungen und stellt im Regelfall keine unzulässige Härte dar, weil der Antrag normalerweise vor der Einreise nach Österreich zu stellen ist. Aufgrund der ländischen Staatsbürgerschaft des Bw., seiner Frau und seiner Kinder sind die Bestimmungen des § 8 NAG maßgeblich.

Für die Frau und den älteren Sohn des Bw. wurden zwar Aufenthaltstitel in Italien ausgestellt, die gemäß § 31 Abs. 1 Z. 3 Fremdenpolizeigesetz auch zum Aufenthalt in Österreich berechtigten. Das Recht zum Aufenthalt ist jedoch nicht mit dem Recht zur Niederlassung im Sinne

des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes gleichzusetzen. Sogar Unionsbürger müssen bestimmte Voraussetzungen erfüllen, um sich länger als drei Monate in Österreich aufzuhalten zu können. Dies entspricht der Richtlinie 2004/38 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 (Freizügigkeitsrichtlinie).

Tatsächlich wurden für die Mutter und für beide Söhne noch vor Ablauf der italienischen Aufenthaltstitel, die mit 31.1.2011 befristet waren, Anträge auf Erteilung von quotenfreien Niederlassungsbewilligungen unter Berufung auf Art. 8 EMRK gestellt. Die Aufenthaltstitel wurden aufgrund des Rechts auf Schutz des Familienlebens mit dem nunmehr aufenthaltsberechtigten Bw., welcher der Vater der Kinder ist, erteilt.

Die in § 3 Abs. 1 FLAG normierte Voraussetzung des Vorliegens einer dokumentierten Niederlassungsbewilligung eines Elternteils ist ab Dezember 2010 erfüllt.

§ 3 Abs. 2 FLAG verlangt zwar grundsätzlich auch für die anspruchsvermittelnden Kinder eine dokumentierte Niederlassungsbewilligung, doch wird die Familienbeihilfe gemäß § 3 Abs. 5 FLAG in bestimmten Fällen auch rückwirkend gewährt.

Die Bestimmung des § 3 FLAG lautete in der bis 31.12.2005 geltenden Fassung wie folgt:

§ 3. (1) Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet bei einem Dienstgeber beschäftigt sind und aus dieser Beschäftigung Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit oder zufolge einer solchen Beschäftigung Bezüge aus der gesetzlichen Krankenversicherung im Bundesgebiet beziehen; kein Anspruch besteht jedoch, wenn die Beschäftigung nicht länger als drei Monate dauert. Kein Anspruch besteht außerdem, wenn die Beschäftigung gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer verstößt.

(2) Abs. 1 gilt nicht für Personen, die sich seit mindestens sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten, sowie für Staatenlose und Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 1997 gewährt wurde.

(3) Ist der Elternteil, der den Haushalt überwiegend führt (§ 2a Abs. 1), nicht österreichischer Staatsbürger, genügt für dessen Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn der andere Elternteil österreichischer Staatsbürger ist oder die Voraussetzungen nach Abs. 1 oder 2 erfüllt.

Diese Bestimmung wurde mit dem Fremdenrechtspaket 2005 (BGBl. I Nr. 100/2005) wie folgt geändert:

§ 3 (1) 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.

(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.

(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.

Der Initiativantrag, welcher in Reaktion auf diese Änderung der Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe eingebracht wurde, wurde u.a. wie folgt begründet:

Aufgrund der geltenden Gesetzeslage nach dem Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) ... erhalten Kinder von rechtmäßig im Bundesgebiet niedergelassenen Fremden ... Leistungen erst ab Ausstellung des Aufenthaltstitels ... Dies führt bei strikter Wortinterpretation der anspruchsbegründenden Gesetze dazu, dass eine rückwirkende Auszahlung von Leistungen für nachgeborene Kinder, die sich nach den einschlägigen Bestimmungen des Fremdenrechtspaketes 2005 rechtmäßig im Bundesgebiet aufhalten, nicht erfolgen kann.

Eine entsprechende Ergänzung des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 ... soll nunmehr für die notwendige Klarstellung sorgen. Damit wird sichergestellt, dass für nachgeborene Kinder von Fremden mit Aufenthaltstitel nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) ... rückwirkend ab dem Zeitpunkt der Geburt die Familienbeihilfe ... ausbezahlt werden kann, wenn schließlich für Kinder der Nachweis des Aufenthaltsrechts erbracht wird.

Nachgeboren sind jene Kinder, die nach dem Zeitpunkt der Erteilung der Aufenthaltsberechtigung an den zusammenführenden Fremden (Elternteil) - d.h. Ausstellung des Aufenthaltstitels ... geboren werden.

Die Auszahlungen erfolgen frühestens ab Gewährung des Aufenthaltstitels ... für das Kind, jedoch rückwirkend bis frühestens zur Geburt des Kindes. Jedenfalls müssen bei der Rückzahlung die allgemeinen Voraussetzungen nach dem Familienlastenausgleichsgesetz 1967 ... erfüllt sein.

... Familienbeihilfe wird für im Ausland geborene Kinder unter den Voraussetzungen des § 2 FLAG gewährt, wobei auch hier die Rückzahlung längstens bis zum Zeitpunkt der Erteilung eines Aufenthaltstitels nach dem NAG ... an den Elternteil erfolgen kann.

Die für nachgeborene Kinder vorgeschlagenen Bestimmungen sollten gleichermaßen für Adoptiv- und Pflegekinder gelten ... und zwar mit der Maßgabe, dass die Familienbeihilfe ... rückwirkend bis zum Zeitpunkt der Begründung des Mittelpunktes der Lebensinteressen des Adoptiv- bzw. Pflegekindes in Österreich gewährt wird, sofern dem Adoptiv- bzw. Elternteil bereits vorher ein Aufenthaltstitel nach dem NAG erteilt ... wurde. Als notwendige Vorausset-

zung gilt weiters, dass zum Zeitpunkt der Begründung des Lebensmittelpunktes des Kindes in Österreich das Adoptions- bzw. Pflegeverhältnis bereits rechtswirksam bestanden hat.

Der Gesetzgeber ging offenbar davon aus, dass es bereits vor Erteilung eines Aufenthaltstitels einen rechtmäßigen Aufenthalt von Kindern geben kann (arg: "dass eine rückwirkende Auszahlung von Leistungen für nachgeborene Kinder, **die sich nach den einschlägigen Bestimmungen des Fremdenrechtspaketes 2005 rechtmäßig im Bundesgebiet auf- halten**, nicht erfolgen kann") und dass der Erteilung des Aufenthaltstitels lediglich deklaratorische Bedeutung zukommt. Aus diesem Grund sollte in Fällen, in denen typischerweise der Aufenthaltstitel eines Elternteiles vorlag, bevor derjenige des Kindes ausgestellt werden konnte, ein rückwirkender Bezug der Familienbeihilfe ermöglicht werden

Gemäß § 43 Abs. 2 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) idG war im Bundesgebiet aufhältigen Drittstaatsangehörigen von Amts wegen (§ 44a) oder auf begründeten Antrag (§ 44b), der bei der örtlich zuständigen Behörde im Inland einzubringen war, eine quotenfreie „Niederlassungsbewilligung – unbeschränkt“ zu erteilen, wenn

1. kein Erteilungshindernis gemäß § 11 Abs. 1 Z 1, 2 oder 4 vorlag,
2. dies gemäß § 11 Abs. 3 zur Aufrechterhaltung des Privat- und Familienlebens im Sinne des Art. 8 EMRK geboten war, und
3. der Drittstaatsangehörige die Integrationsvereinbarung nach § 14 Abs. 5 Z 2 bis 5 oder 7 erfüllt hat, oder im Falle der Minderjährigkeit,
 - a) noch nicht der allgemeinen Schulpflicht unterlag;
 - b) im Rahmen der allgemeinen Schulpflicht eine Primarschule (§ 3 Abs. 3 des Schulorganisationsgesetzes, BGBl. Nr. 242/1962 besuchte oder im vorangegangenen Semester besucht hatte oder
 - c) im Rahmen der allgemeinen Schulpflicht eine Sekundarschule (§ 3 Abs. 4 des Schulorganisationsgesetzes) besuchte und der Unterrichtsgegenstand „Deutsch“ im vorangegangenen Schuljahr positiv beurteilt wurde oder die Schulnachricht am Ende des ersten Semesters des laufenden Schuljahres im Unterrichtsgegenstand „Deutsch“ eine positive Leistung auswies oder er bis zum Entscheidungszeitpunkt die positive Beurteilung im Unterrichtsgegenstand „Deutsch“ durch das zuletzt ausgestellte Jahreszeugnis oder die zuletzt ausgestellte Schulnachricht nachwies.

Die vom Bw. wirtschaftlich abhängigen Kinder hatten daher einen Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels.

Der gegenständliche Fall ist zwar vom Wortlaut des § 3 Abs. 5 FLAG nicht erfasst. Es handelt sich weder um Kinder, die nach der Erteilung eines Aufenthaltstitels nach dem NAG geboren worden sind, noch um Adoptiv- oder Pflegekinder.

Der Unabhängige Finanzsenat vertritt jedoch die Auffassung, dass die gesetzliche Bestimmung des § 3 Abs. 5 FLAG im gegenständlichen Fall analog angewendet werden muss.

Wenn im Falle der Zusammenführung von Adoptiv- und Pflegekindern mit einem zusammenführenden, aufenthaltsberechtigten Fremden die Familienbeihilfe rückwirkend ab dem Zeitpunkt der Begründung des Mittelpunktes der Lebensinteressen in Österreich gebührt, muss dies auch im Fall des Zusammenlebens eines aufenthaltsberechtigten Fremden mit den eigenen, minderjährigen Kindern gelten, welche im gemeinsamen Haushalt der Eltern (im gegenständlichen Fall des Vaters und der Mutter) leben und die daher ihren Mittelpunkt der Lebensinteressen ebenfalls in Österreich haben.

Im gegenständlichen Fall war eine Antragstellung auf Erteilung eines Aufenthaltstitels möglich, weil dem Vater der Kinder ein derartiger Aufenthaltstitel zuerkannt worden war. Die Anträge auf Erteilung von Aufenthaltstiteln an die Kinder wurden im selben Monat gestellt, in dem das Aufenthaltsdokument des Vaters ausgestellt wurde. Aufgrund der längeren Verfahrensdauer bei der MA 35 ist es zu einer zeitlichen Verzögerung der Ausstellung der NAG-Karten für die Kinder gekommen. Einen durch die Dauer der Bearbeitung entstehenden Nachteil im Hinblick auf die Familienbeihilfe wollte der Gesetzgeber beseitigen. Auch wenn der Wortlaut des § 3 Abs. 5 FLAG den gegenständlichen Fall nicht erfasst, ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber, wenn er die konkreten Umstände des Falles vor Augen gehabt hätte, dies bei der Regelung berücksichtigt hätte. Die Familienbeihilfe ist daher auch im gegenständlichen Fall rückwirkend bis zur Erteilung des Aufenthaltstitels an den Bw. zu gewähren.

Aus den genannten Gründen konnte der Berufung daher teilweise Folge gegeben werden.

Die Beurteilung, ob die Bw. durch den angefochtenen Bescheid allenfalls wegen Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes in ihren Rechten verletzt wird, steht dem Unabhängigen Finanzsenat nicht zu, da gem. Art. 18 B-VG die Abgabenbehörden die geltenden Gesetze zu vollziehen haben, solange sie vom Verfassungsgerichtshof nicht aufgehoben worden sind.

Gemäß Artikel 140 Abs. 1 B-VG erkennt der Verfassungsgerichtshof über Verfassungswidrigkeit eines Bundes- oder Landesgesetzes auf Antrag des Obersten Gerichtshofes oder eines zur Entscheidung in zweiter Instanz zuständigen Gerichtes, eines unabhängigen Verwaltungssenates, des Asylgerichtshofes, des Verwaltungsgerichtshofes oder des Bundesvergabeamtes, sofern er aber ein solches Gesetz in einer anhängigen Rechtssache anzuwenden hätte, von Amts wegen. Er erkennt über Verfassungswidrigkeit von Landesgesetzen auch auf Antrag der Bundesregierung und über Verfassungswidrigkeit von Bundesgesetzen auch auf Antrag einer Landesregierung, eines Drittels der Mitglieder des Nationalrates oder eines Drittels der Mitglieder des Bundesrates. Durch Landesverfassungsgesetz kann bestimmt werden, dass ein solches Antragsrecht hinsichtlich der Verfassungswidrigkeit von Landesgesetzen auch einem

Drittels der Mitglieder des Landtages zusteht. Der Verfassungsgerichtshof erkennt ferner über Verfassungswidrigkeit von Gesetzen auf Antrag einer Person, die unmittelbar durch diese Verfassungswidrigkeit in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet, sofern das Gesetz ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung oder ohne Erlassung eines Bescheides für diese Person wirksam geworden ist; für solche Anträge gilt Art. 89 Abs. 3 sinngemäß.

Da der Unabhängige Finanzsenat kein Antragsrecht gemäß § 140 Abs. 1 B-VG hat, war auf die Anregung, einen Antrag auf Überprüfung des § 3 Abs. 1 und 2 FLAG durch den Verfassungsgerichtshof zu stellen, nicht weiter einzugehen.

Es war spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 14. September 2012