



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Frau MA, Physiotherapeutin, geb. XX, wohnhaft in 1-WK-gasse, vom 15. September 2008 gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 8., 16. und 17. Bezirk, vertreten durch ADir.M, vom 9. September 2008 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum 1. April 2008 bis 1. Juni 2008 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Mit Bescheid vom 9. September 2008 wurde der Antrag vom 25. Juli 2008 der AM auf Gewährung der Familienbeihilfe für ihren minderjährigen Sohn MM, geb. am XXX, mit der Begründung abgewiesen, dass die Antragstellerin erst seit 24. Juli 2008 mit M im gemeinsamen Haushalt wohne und deshalb ein Anspruch auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum April bis Juni 2008 nicht festgestellt werden könne.

In der gegen den angeführten Bescheid fristgerecht erhobenen Berufung brachte die Bw vor, dass sie ihr Kind in S zur Welt gebracht und die „Bürokratie für das Visum“ für das Kind „so lange gedauert“ habe, weshalb sie nicht früher nach Österreich einreisen und den Familienbeihilfenantrag habe stellen können.

Nach Aufforderung zur Vorlage eines Nachweises über den rechtmäßigen Aufenthalt (z.B. NAG-Karte mit Aufenthaltstitel) von M sowie von Unterlagen über Mutter-Kind-Pass-Untersuchungen und Impfungen ab der Einreise des Kindes nach Österreich wurden von der

Antragstellerin eine Ablichtung eines am 30. Juni 2008 für den Zeitraum vom 7. Juli 2008 bis 6. Jänner 2009 ausgestellten Visums, eine Kopie des am 8. August 2008 vom AWL ausgestellten Aufenthaltstitels Familienangehöriger und Kopien des Mutter-Kind-Passes mit bis zum 29. Februar 2008 bzw ab August 2008 datierten Eintragungen vorgelegt.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 7. Oktober 2008 wies das Finanzamt die Berufung mit der Begründung ab, dass nach den Bestimmungen des Familienlastenausgleichsgesetzes ein Anspruch auf Familienbeihilfe nur mehr für die Kinder bestehe, die auch zur Niederlassung in Österreich berechtigt seien, wobei diese Berechtigung nach den Bestimmungen des im Rahmen des Fremdenrechtspaketes 2005 erlassenen Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes erteilt werde. In den §§ 8 und 9, auf die sich das Gesetz beziehe, seien die Arten und Formen der Aufenthaltstitel im Sinne des Gesetzes aufgezählt. Bei ausländischen Staatsangehörigen genüge ein inländischer Wohnsitz oder der gewöhnliche Aufenthalt im Inland nicht zur Begründung des Familienbeihilfenanspruches. Vielmehr bestehe ein solcher nur dann, wenn die im § 3 Abs. 1 FLAG angeführten qualifizierten Voraussetzungen vorlägen. Die genannten Personen hätten ab dem 1.1.2006 nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach den Bestimmungen der §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. Nr. 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhielten und sei für den beantragten Anspruch der tatsächliche Aufenthalt des Antragstellers und des Kindes im Bundesgebiet maßgeblich. Da nach den beigebrachten Unterlagen für das am 18. April 2008 in B geborene und seit 24. Juli 2008 in W lebende Kind erstmals für die Zeit vom 8. August 2008 bis 8. August 2009 ein Aufenthaltstitel erteilt worden sei, seien die anspruchsbegründenden Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe nicht gegeben und die Berufung abzuweisen gewesen.

Im dagegen eingebrachten Vorlageantrag führte die Berufungswerberin aus, sie habe für das Neugeborene –obwohl „dies nach § 21 Abs. 2 Z 4 nicht notwendig“ gewesen sei –laut Aussagen der Österreichischen Botschaft in Bd einen Antrag stellen müssen und wäre eine vorherige Einreise nach Österreich nicht möglich gewesen. Zur Einreichung eines Einreisevisumsantrages benötige man einen Termin, der „bis zu 6 Wochen dauern“ könne und hätte die Antragstellerin zweimal zwei Wochen bis zur Einreichung des Antrages einschließlich zahlreicher Unterlagen gewartet. Neugeborene, die nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besäßen, seien während ihrer ersten sechs Lebensmonate von der Sichtvermerkspflicht befreit, was bedeute, dass sie während dieser Zeit weder einen Einreisetitel (zB Visum) noch einen Aufenthaltstitel (zB Niederlassungsbewilligung) für den rechtmäßigen Aufenthalt in Österreich benötigen. Dies gelte unter der Voraussetzung, dass die Erziehungsberechtigten für eine Niederlassung des Neugeborenen in Österreich sorgen – ein im Ausland geborenes Kind müsse innerhalb dieser Zeit in Österreich einreisen und angemeldet werden –sowie unter der Bedingung, dass die Mutter zum Zeitpunkt der Geburt

bzw spätestens bei Ablauf der ersten sechs Lebensmonate über einen gültigen Aufenthaltstitel für Österreich verfüge. Habe die Mutter keinen gültigen Aufenthaltstitel, könne eine andere Person, die rechtmäßig im Inland niedergelassen sei, herangezogen werden. Dies jedoch nur dann, wenn dieser Person die Pflege und Erziehung des Kindes allein zukomme und nur, wenn die Mutter des Kindes auf die Obsorge nicht verzichtet habe. Da die Bw infolge der falschen Aussagen der Botschaft nicht vorher habe einreisen können, sei sie in keiner Hinsicht schuldig und bitte um die Zusage der Familienbeihilfe für den Zeitraum April bis Juni.

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 3 Abs. 1 FLAG 1967 in der ab 2006 (§ 55 FLAG 1967) gültigen Fassung (BGBl. I Nr. 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. 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.

Bis 31.12.2005 galt folgende gesetzliche Regelung des § 3 Abs. 1 FLAG 1967: Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben 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 oben zitierte Neuregelung der Ansprüche von Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, erfolgte im Rahmen umfangreicher Änderungen im Bereich des Fremdenrechtes. Danach besteht mit Wirkung ab 1.1.2006 der Anspruch auf Familienbeihilfe nur mehr für die Personen, die auch zur Niederlassung in Österreich berechtigt sind, wobei diese Berechtigung nach den Bestimmungen des ebenfalls im Rahmen des Fremdenrechtspaketes 2005 erlassenen Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes erteilt wird. In den §§ 8 und 9, auf die sich das Gesetz bezieht, sind die Arten und Formen der Aufenthaltstitel im Sinne des Gesetzes aufgezählt.

§ 8. (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 69 und § 72) mit der Möglichkeit, anschließend eine Niederlassungsbewilligung zu erlangen, sofern dies in diesem Bundesgesetz vorgesehen ist.

(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.

(3) Der Bundesminister für Inneres legt das Aussehen und den Inhalt der Aufenthaltstitel nach Abs. 1 durch Verordnung fest. Die Aufenthaltstitel haben insbesondere Namen, Vornamen, Geburtsdatum, Lichtbild, ausstellende Behörde und Gültigkeitsdauer zu enthalten; sie gelten als Identitätsdokumente.

(4) Die Aufenthaltsbewilligung (Abs. 1 Z 5) von Ehegatten und minderjährigen unverheirateten Kindern hängt während der Frist nach § 27 Abs. 1 vom Bestehen der Aufenthaltsbewilligung des Zusammenführenden ab (§ 69).

(5) Inhaber einer Aufenthaltsbewilligung, ausgenommen Fälle von Sozialdienstleistenden (§ 66), dürfen während der Geltungsdauer dieser Bewilligung im Inland um eine Aufenthaltsbewilligung mit anderem Zweckumfang oder um eine Niederlassungsbewilligung ansuchen. Ein solcher Antrag schafft bis zur Zustellung der Entscheidung der Behörde erster Instanz ein über die Geltungsdauer der ursprünglichen Aufenthaltsbewilligung hinausgehendes Bleiberecht.

§ 9. (1) Zur Dokumentation eines gemeinschaftsrechtlichen Aufenthalts- und Niederlassungsrechts werden

1. für EWR-Bürger, die sich in Österreich niedergelassen haben, über Antrag eine "Anmeldebescheinigung" (§ 53) und
2. für Angehörige von EWR-Bürgern, die Drittstaatsangehörige sind, über Antrag eine "Daueraufenthaltskarte" (§ 54), wenn der EWR-Bürger das Recht auf Freizügigkeit in Anspruch genommen hat, ausgestellt.

(2) Inhabern von Anmeldebescheinigungen kann auf Antrag ein "Lichtbildausweis für EWR-Bürger" ausgestellt werden. Der Lichtbildausweis für EWR-Bürger und die Daueraufenthaltskarte gelten als Identitätsdokument. Form und Inhalt der Anmeldebescheinigung, des Lichtbildausweises für EWR-Bürger und der Daueraufenthaltskarte legt der Bundesminister für Inneres durch Verordnung fest."

Nach den hier angeführten Bestimmungen haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, einschließlich Staatenloser, nunmehr dann Anspruch auf die Familienbeihilfe, wenn sie zur Niederlassung in Österreich berechtigt sind (§§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes).

Ein Anspruch nicht österreichischer Staatsbürger für nicht österreichische Kinder soll zudem nur dann bestehen, wenn auch diese zur Niederlassung in Österreich berechtigt sind (§§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes).

Die Gleichstellung mit Österreichern für Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz gewährt wurde, bleibt unverändert, wobei es in Bezug auf deren Kinder für einen Familienbeihilfenanspruch ausreicht, wenn sich die Kinder ebenfalls auf Grund von Asylgewährung rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Hinsichtlich des im Vorlageantrag eingewendeten Umstandes, dass Neugeborene, die nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzen, während ihrer ersten sechs Lebensmonate von

der Sichtvermerkplicht befreit seien, ist vorweg festzustellen, dass dieser Einwand nur hinsichtlich der Gewährung eines Aufenthaltstitels richtig ist und sich nicht auf die Gewährung der Familienbeihilfe bezieht. Lediglich der Vollständigkeit halber darf daher zu den diesbezüglichen Ausführungen der Bw § 30 Abs. 4 des Fremdenpolizeigesetzes 2005 (FPG) zitiert werden, wonach Kinder, die nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzen, während ihrer ersten sechs Lebensmonate von der Sichtvermerkplicht befreit sind, sofern die Mutter oder ein anderer Fremder, dem Pflege und Erziehung des Kindes zukommen, rechtmäßig im Bundesgebiet niedergelassen ist; dies gilt, solange der Betreffende rechtmäßig niedergelassen bleibt, bei Ableitung vom Vater überdies nur, wenn diesem das Recht zur Pflege und Erziehung allein zukommt. Außerdem besteht für solche Kinder Sichtvermerksfreiheit während der ersten sechs Lebensmonate, sofern und solange deren Pflege und Erziehung einem österreichischen Staatsbürger mit Hauptwohnsitz im Bundesgebiet allein zukommt.

Darüber hinaus regelt § 21 Abs. 2 Z 4 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (Verfahren bei Erstanträgen), dass zur Antragstellung im Inland Kinder innerhalb von sechs Monaten nach der Geburt (i.S. des § 23 Abs. 4 NAG) berechtigt sind.

Für die Gewährung der Familienbeihilfe ist nach der weiter oben zitierten Bestimmung des § 3 Abs. 1 FLAG in der ab 1.1.2006 geltenden Fassung aber zwingend das Vorliegen eines Aufenthaltstitels (im Sinne des § 3 FLAG 1967) erforderlich. Seit 1.1.2006 kommt es somit für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, auf das Vorliegen eines Aufenthaltstitels nach den §§ 8 und 9 NAG an.

Die Berufungswerberin kann im vorliegenden Fall keinen Aufenthaltstitel nach der neuen gesetzlichen Regelung für ihr Kind ab dem Zeitpunkt der Geburt (April 2008) nachweisen. Der Aufenthaltstitel für das Kind in Form einer Niederlassungsbewilligung Familienangehöriger wurde nach dem in Ablichtung vorgelegten Aufenthaltsdokument erst für den Gültigkeitszeitraum vom 8. August 2008 bis 8. August 2009 ausgestellt. Von einem rechtmäßigen Aufenthalt des Kindes der Antragstellerin im Bundesgebiet im berufsgegenständlichen Zeitraum kann daher nicht ausgegangen werden.

Aus den angeführten Gründen war spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 4. März 2009