

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R. über die Beschwerde der Bf., K., gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 2/20/21/22 vom 25. April 2013, betreffend Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum Jänner 2012 bis Jänner 2013, zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) zulässig.

Entscheidungsgründe

Die Beschwerdeführerin (Bf.), eine georgische Staatsbürgerin, stellte im April 2013 einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für ihre Tochter T., geb. 1_2012, ab Geburt.

Das Finanzamt wies den Antrag mit Bescheid vom 25. April 2013 für den Zeitraum Jänner 2012 bis Jänner 2013 unter Verweis auf die Bestimmungen des § 3 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) ab.

In der dagegen erhobenen Berufung führte die Bf. aus, dass der Bescheid hinsichtlich der fehlenden Unterlagen nicht richtig sei, weil sie die Bestätigung über den erteilten Aufenthaltstitel von der Magistratsabteilung 35 am 9. Mai 2013 bekommen habe. Sie stelle daher den Antrag, den Abweisungsbescheid aufzuheben und den Bezug der Familienbeihilfe für T. ab seiner Geburt zu genehmigen.

Das Finanzamt wies die Berufung mit Berufungsvorentscheidung vom 10. Dezember 2013 unter Verweis auf die gesetzlichen Bestimmungen des § 3 Abs. 2 FLAG 1967 ab und führte weiters aus, dass der Verwaltungsgerichtshof in dem Erkenntnis vom 31. März 2008, 2008/18/0094, unter Anwendung der §§ 81 und 82 NAG ausgesprochen habe, dass auch nach der ab dem 1. Jänner 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. Da im berufungsgegenständlichen Fall im genannten Zeitraum die Anspruchsvoraussetzungen

des § 3 FLAG 1967 hinsichtlich eines rechtmäßigen Aufenthaltes des Kindes nach den §§ 8 und 9 NAG nicht vorlägen, sei die Berufung abzuweisen.

Die Bf. stellte mit folgender Begründung einen Vorlageantrag:

"Laut § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz haben Personen, die nicht Österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG), BGBI. I Nr. 100/2005 rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Absatz 2 besagt, dass Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder besteht, die nicht Österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG), BGBI. I Nr. 100/2005 rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Gemäß § 3 Abs. 5 FLAG wird für nachgeborene Kinder in den Fällen des Absatz 2 die Familienhilfe rückwirkend gewährt. 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 wurden.

Der Anspruch besteht ab Begründung des Lebensmittelpunktes in Österreich.

In Österreich geborene Kinder von hier rechtmäßig aufhältigen Drittstaatsangehörigen genießen in den ersten 6 Monaten nach Geburt Visumfreiheit, siehe § 23 Absatz 4 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz.

Meine Tochter T. kam 1-2012 in Österreich zur Welt. Zu diesem Zeitpunkt war ich schon über 3 Jahre in Österreich mit einer Aufenthaltsbewilligung Schüler rechtmäßig aufhältig. Dass mir, meinem Gatten und unserer Tochter in Folge Titel erteilt wurden, die zu einer dauerhaften Niederlassung im Bundesgebiet berechtigten (Rot-Weiß-Rot Karte plus) ist ein weiterer Beweis dafür, dass mein durchgehender rechtmäßiger Aufenthalt seit 2009 im Bundesgebiet auf Dauer ausgerichtet ist.

Somit ist meine Tochter nach dem mir erstmalig ein Aufenthaltstitel nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG), BGBI. I Nr. I 00/2005 erteilt wurde geboren.

Sie selbst verfügt auch über einen Aufenthaltstitel nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG), BGBI. I Nr. I 00/2005, nämlich eine Rot-Weiß-Rot Karte plus, ausgestellt am 25.02.2013.

Meine Tochter T. ist somit ein nachgeborenes Kind im Sinne des Familienlastenausgleichsgesetzes.

Voraussetzung für den Bezug der Familienbeihilfe ist laut § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz ein rechtmäßiger Aufenthalt nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes, sowie die Führung des Lebensmittelpunktes in Österreich und ein gemeinsamer Haushalt des Antragstellers mit dem Kind.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in den Urteilen: 2007/13/0129, 2007/13/0079 sowie 2008/15/0325 festgestellt, dass der Umstand dass der Aufenthalt zu Studienzwecken beschränkt ist, der Beurteilung den Mittelpunkt der Lebensinteressen am Studienort zu haben nicht entgegensteht.

Der Mittelpunkt der Lebensverhältnisse einer verheirateten Person wird regelmäßig am Ort des Aufenthaltes ihrer Familie zu finden sein.

Somit lässt die Tatsache, dass ich mit meinem Ehegatten und meinen Kindern in Österreich lebe, darauf rückschließen, dass ich hier den Mittelpunkt meiner Lebensinteressen begründet habe. Für den Mittelpunkt der Lebensinteressen sind neben den persönlichen Beziehungen auch die wirtschaftlichen Interessen von Bedeutung. Ich habe seit 2009 mit Sparguthaben in Österreich gelebt und hier Steuern bezahlt.

Ich lebe langjährig rechtmäßig in Österreich, habe hier eine Familie gegründet und ziehe gemeinsam mit meinem Gatten meine beiden Kinder groß, somit erfüllen wir alle Voraussetzungen für den Erhalt der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrags..."

Das Finanzamt stellte am 28. Februar 2014 bei der Magistratsabteilung 35, Einwanderung, gemäß § 143 BAO ein Auskunftsersuchen.

Die Magistratsabteilung gab dazu folgende Stellungnahme ab:

"§ 23 Abs. 4: Handelt es sich um den erstmaligen Antrag eines Kindes, richten sich die Art und die Dauer seines Aufenthaltstitels nach dem Aufenthaltstitel der Mutter oder eines anderen Fremden, sofern diesem die Pflege und Erziehung des Kindes zukommt, bei Ableitung vom Vater aber nur dann, wenn diesem aus einem anderen Grund als wegen Verzichts der Mutter allein das Recht zur Pflege und Erziehung zukommt. Ist ein Elternteil ein im Bundesgebiet wohnhafter Österreicher, so ist dem Kind jedenfalls ein Aufenthaltstitel "Familienangehöriger" (§ 47 Abs. 2) zu erteilen; in allen anderen Fällen ist dem Kind ein Aufenthaltstitel mit dem Zweckumfang der Familienzusammenführung auszustellen.

Im gegenständlichen Fall war die Mutter des neugeborenen Kindes zum Zeitpunkt der Geburt in Besitz eines Aufenthaltstitels für den Zweck "Schüler" (gem. § 63 NAG).

§ 69. (1) Familienangehörigen von Zusammenführenden (§ 2 Abs. 1 Z 10), die eine Aufenthaltsbewilligung besitzen, kann eine abgeleitete Aufenthaltsbewilligung erteilt werden, wenn sie die Voraussetzungen des 1. Teiles erfüllen. Die Geltungsdauer der Aufenthaltsbewilligung richtet sich nach der Geltungsdauer der Aufenthaltsbewilligung des Drittstaatsangehörigen.

(2) Abs. 1 gilt nicht für Familienangehörige von Drittstaatsangehörigen, denen eine Aufenthaltsbewilligung für Betriebsentsandte (§ 59), für Selbständige (§ 60), für Schüler (§ 63) oder Sozialdienstleistende (§ 66) erteilt wurde.

Daher war es gemäß den Bestimmungen des § 69 Abs. 2 nicht möglich den Aufenthaltstitels für das Kind ... T. von der Mutter abzuleiten, wie im § 23 Abs. 4 zwingend vorgesehen.

Der Vater des Kindes (und Gatte der Mutter) verfügte zum Zeitpunkt der Antragstellung für das Kind über keinen Aufenthaltstitel nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz. Das Verfahren des Kindesvater auf Erteilung eines Aufenthaltstitels gem § 41a Abs. 9 befand sich noch in Bearbeitung.

§ 41 a Abs. 9: Im Bundesgebiet aufhältigen Drittstaatsangehörigen ist ein Aufenthaltstitel "Rot-Weiß-Rot - Karte plus" zu erteilen, wenn sie für einen Zeitraum von zwölf Monaten über eine "Aufenthaltsberechtigung plus" gemäß §§ 55 Abs. 1 oder 56 Abs. 1 AsylG 2005, verfügen und das Modul 1 der Integrationsvereinbarung erfüllt haben oder zum Entscheidungszeitpunkt eine Erwerbstätigkeit ausüben, mit deren Einkommen die monatliche Geringfügigkeitsgrenze (§ 5 Abs. 2 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz- ASVG BGBI. I Nr. 189/1955) erreicht wird.

Da es unmöglich war den Erstaufenthaltstitel des Kindes von der Mutter abzuleiten, wurde der Antrag des Kindes gemeinsam mit dem Antrag (aus humanitären Gründen) des Vaters - sofort als dessen Unterlagen vollständig vorgelegt waren - Ende Jänner 2013 an die damals zuständige Sicherheitsdirektion zur Einholung der zwingend vorgeschriebenen Stellungnahme übermittelt.

Die Stellungnahme der Sicherheitsdirektion langte erst Anfang Februar bei der Magistratsabteilung 35 ein.

Die Aufenthaltstitel gem. § 41 a Abs. 9 wurde dann für Vater und das Kind beauftragt, wobei der Beginn der Gültigkeitsdauer immer das Ausstellungsdatum ist (siehe § 20 Abs. 2).

Bis zu diesem Datum verfügten weder der Vater noch das Kind über einen gültigen Aufenthaltstitel für Österreich, welcher zur Niederlassung berechtigt.

Erst nach Abschluss des Verfahrens des Kindesvaters war es auch der Kindesmutter möglich ihre Aufenthaltsbewilligung gem. § 63 (Schulbesuch) in eine Niederlassungsbewilligung "Familiengemeinschaft" zu ändern.

Die Kindesmutter verfügt erst seit 20.9.2013 über eine Rot-Weiß-Rot-Karte plus gem. § 46 Abs. 1 Z 2.

§ 46 Abs. 1 Z 2: Familienangehörigen von Drittstaatsangehörigen ist ein Aufenthaltstitel "Rot-Weiß-Rot-Karte plus" zu erteilen, wenn sie die Voraussetzungen des 1. Teiles erfüllen, und ein Quotenplatz vorhanden ist und der Zusammenführende

- a) einen Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt-EU" innehalt,*
- b) einen Aufenthaltstitel "Rot-Weiß-Rot-Karte plus", ausgenommen einen solchen gemäß § 41a Abs. 1 oder 4 innehalt, oder*
- c) Asylberechtigter ist und § 34 Abs. 2 AsylG 2005 nicht gilt.*

Grundsätzlich gilt zu sagen, dass bei "Erstanträgen" (erstmalige Antragstellung auf Niederlassungsbewilligung) in welcher Form auch immer eine Feststellung des

rechtmäßigen Aufenthaltes nicht möglich und nicht vorgesehen ist (§ 20 Abs. 2 gilt sinngemäß).

§ 20 Abs. 2: Die Gültigkeitsdauer eines Aufenthaltstitels beginnt mit dem Ausstellungsdatum, die Gültigkeitsdauer eines verlängerten Aufenthaltstitels mit dem auf den letzten Tag des letzten Aufenthaltstitels folgenden Tag, wenn seither nicht mehr als sechs Monate vergangen sind. Der rechtmäßige Aufenthalt im Bundesgebiet im Zeitraum zwischen Ablauf des letzten Aufenthaltstitels und Beginn der Gültigkeitsdauer des verlängerten Aufenthaltstitels ist gleichzeitig mit dessen Erteilung von Amts wegen gebührenfrei mit Bescheid festzustellen."

Über die Beschwerde wurde erwogen:

Gesetzliche Bestimmungen:

§ 3 FLAG 1967 in der für den Streitzeitraum geltenden Fassung lautet:

"(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), BGBI. 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), BGBI. I Nr. 100, gewährt wurde, Anspruch auf Familienbeihilfe. Anspruch besteht auch für Kinder, denen nach dem Asylgesetz 2005 Asyl gewährt wurde.

(4) Abweichend von Abs. 1 haben Personen, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde, Anspruch auf Familienbeihilfe, sofern sie keine Leistungen aus der Grundversorgung erhalten und unselbstständig oder selbstständig erwerbstätig sind. Anspruch besteht auch für Kinder, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde.

(5) In den Fällen des Abs. 2, Abs. 3 letzter Satz und Abs. 4 letzter Satz wird 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."

§ 69 NAG lautet:

"(1) Familienangehörigen von Zusammenführenden (§ 2 Abs. 1 Z 10), die eine Aufenthaltsbewilligung besitzen, kann eine abgeleitete Aufenthaltsbewilligung erteilt werden, wenn sie die Voraussetzungen des 1. Teiles erfüllen. Die Geltungsdauer der

Aufenthaltsbewilligung richtet sich nach der Geltungsdauer der Aufenthaltsbewilligung des Drittstaatsangehörigen.

(2) Abs. 1 gilt nicht für Familienangehörige von Drittstaatsangehörigen, denen eine Aufenthaltsbewilligung für Betriebsentsandte (§ 59), für Selbständige (§ 60), für Schüler (§ 63) oder Sozialdienstleistende (§ 66) erteilt wurde."

Feststehender Sachverhalt

Der vorliegende Sachverhalt ist unstrittig und ergibt sich aus den glaubwürdigen Angaben der MA 35, die sich insofern mit den Ausführungen der Bf. deckt.

Zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes war die Bf. in Besitz eines Aufenthaltstitels für den Zweck "Schüler" (gemäß § 63 NAG).

Der Vater des Kindes (und Gatte der Bf.) verfügte zum Zeitpunkt der Antragstellung für das Kind über keinen Aufenthaltstitel nach dem NAG. Das Verfahren des Kindesvater auf Erteilung eines Aufenthaltstitels gem. § 41a Abs. 9 NAG befand sich noch in Bearbeitung.

Da es unmöglich war, den Erstaufenthaltstitel des Kindes von der Mutter abzuleiten, wurde der Antrag des Kindes gemeinsam mit dem Antrag (aus humanitären Gründen) des Vaters - sofort als dessen Unterlagen vollständig vorgelegt waren - Ende Jänner 2013 an die damals zuständige Sicherheitsdirektion zur Einholung der zwingend vorgeschriebenen Stellungnahme übermittelt. Die Stellungnahme der Sicherheitsdirektion langte Anfang Februar bei der MA 35 ein.

Die Aufenthaltstitel gem. § 41 a Abs. 9 NAG wurde dann für Vater und das Kind beauftragt, wobei der Beginn der Gültigkeitsdauer immer das Ausstellungsdatum ist (siehe § 20 Abs. 2 NAG).

Bis zu diesem Datum verfügten weder der Vater noch das Kind über einen gültigen Aufenthaltstitel für Österreich, der zur Niederlassung berechtigt.

Erst nach Abschluss des Verfahrens des Kindesvaters war es auch der Kindesmutter möglich, ihre Aufenthaltsbewilligung gem. § 63 (Schulbesuch) in eine Niederlassungsbewilligung "Familiengemeinschaft" zu ändern.

Die Kindesmutter verfügt erst seit 20.9.2013 über eine Rot-Weiß-Rot-Karte plus gem. § 46 Abs. 1 Z 2 NAG.

Rechtlich folgt daraus:

Nach der oben wiedergegebenen Bestimmung des § 3 FLAG 1967 in der im Streitzeitraum geltenden Fassung ist Grundvoraussetzung für den Anspruch auf Familienbeihilfe durch Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, dass sowohl sie sich als auch ihre Kinder, sofern diese nicht österreichische Staatsbürger sind, nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Im Dezember 2006 kam es rückwirkend mit 1. Juli 2006 zu einer Änderung des Familienlastenausgleichsgesetzes (und des KBB), bei der u.a. § 3 Abs. 5 FLAG 1967

eingefügt wurde. Es sollte sichergestellt werden, dass Fremde und Asylberechtigte, die legal in Österreich leben, hinsichtlich des Bezuges von Familienbeihilfe (und KBB) nicht benachteiligt werden (vgl. Parlamentskorrespondenz 02/14.2006/Nr. 930).

Dem Bericht des Ausschusses für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz über den Beschluss des Nationalrates vom 15. Dezember 2006 betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Familienlastenausgleichsgesetz 1967 und das Kinderbetreuungsgeldgesetz geändert werden, ist zu entnehmen (7653 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Bundesrate):

"Auf Grund der geltenden Gesetzeslage nach dem Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) und dem Kinderbetreuungsgeldgesetz (KBGG) erhalten Kinder von rechtmäßig im Bundesgebiet niedergelassenen Fremden und Kindern von Asylberechtigten Leistungen erst ab Ausstellung des Aufenthaltstitels bzw. des Asylzuerkennungsbescheides. 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 und des Kinderbetreuungsgeldgesetzes soll nunmehr für die notwendige Klarstellung sorgen. Damit wird sichergestellt, dass für nachgeborene Kinder von Fremden mit Aufenthaltstitel nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) bzw. für nachgeborene Kinder von Asylberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 (AsylG 2005) rückwirkend ab dem Zeitpunkt der Geburt die Familienbeihilfe und das Kinderbetreuungsgeld ausbezahlt werden kann, wenn schließlich für die Kinder der Nachweis des Aufenthaltsrechtes erbracht wird.

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

Die Auszahlungen erfolgen frühestens ab Gewährung des Aufenthaltstitels bzw. ab Zuerkennung an den zusammenführenden Fremden (Elternteil), jedoch rückwirkend bis frühestens zur Geburt des Kindes. Jedenfalls müssen bei Rückzahlung die allgemeinen Voraussetzungen nach dem Familienlastenausgleichsgesetz 1967 bzw. Kinderbetreuungsgeldgesetz erfüllt sein.

Als Datum für das rückwirkende In-Kraft-Treten der vorgeschlagenen Bestimmung wird der 1. Juli 2006 normiert."

Im Beschwerdefall steht allerdings sachverhaltsmäßig fest, dass dem Kind nur aufgrund des Antrags des Kindesvaters und Ehegatten der Bf. nach § 41a Abs. 9 NAG die Aufenthaltsbewilligung erteilt wurde. Eine Aufenthaltsbewilligung wäre nach der zitierten Bestimmung des § 69 Abs. 2 NAG nicht vom Aufenthaltstitel der Bf. als Schülerin abzuleiten gewesen und hätte daher nicht erteilt werden können.

Somit ist die Bestimmung des § 3 Abs. 5 FLAG 1967 betreffend nachgeborene Kinder nur dann anwendbar, wenn es bereits zum Zeitpunkt ihrer Geburt potentiell möglich gewesen wäre, eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen.

Somit kann dem Finanzamt nicht entgegen getreten werden, wenn es Familienbeihilfe erst ab dem Monat gewährt hat, in dem dem Kindesvater und Ehegatten der Bf. die Aufenthaltsbewilligung nach § 41a Abs. 9 NAG erteilt wurde.

Zulässigkeit einer Revision

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Diese Voraussetzung liegt im Beschwerdefall vor, da die Rechtsfrage, ob die Regelung über nachgeborene Kinder iSd § 3 Abs. 5 FLAG 1967 auch dann anwendbar ist, wenn die Voraussetzungen des § 69 Abs. 1 NAG nicht erfüllt sind, bislang in der Judikatur des VwGH nicht behandelt wurde.

Wien, am 30. Juli 2015