



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vom 18. Oktober 2006 gegen den Bescheid des Finanzamtes Linz vom 27. September 2006 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für das Kind x, für die Zeit von 1.5.2006 bis 31.7.2006 entschieden:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.

Der Bescheid wird für Juli 2006 aufgehoben.

Im Übrigen wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

### **Entscheidungsgründe**

Das Finanzamt hat mit Bescheid vom 27.9.2006 den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für das minderjährige Kind der Berufungswerberin für die Zeit vom 1.5.2006 bis 31.7.2006 abgewiesen. Gem. § 3 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 bestehe Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger seien, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 NAG rechtmäßig in Österreich aufhalten würden.

Der Niederlassungsnachweis für den Sohn der Berufungswerberin sei am 10.8.2006 ausgestellt worden. Somit halte er sich ab August 2006 rechtmäßig in Österreich auf und es bestehe ab diesem Zeitpunkt Anspruch auf Familienbeihilfe.

Die dagegen eingebrachte Berufung vom 18.10.2006 wird damit begründet, dass es völlig unsachlich sei, die Familienbeihilfe erst ab dem Zeitpunkt der Niederlassung auszus zahlen. Der Anspruch wäre nämlich demnach davon abhängig, wie lange die zuständigen Behörden

brauchen würden, ein Kind in den Pass einzutragen bzw. den Niederlassungsantrag zu bearbeiten. Es hätten nämlich einige Betroffene mehr Geld erhalten als andere, je nachdem wie schnell die Behörde arbeite. Dies sei eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung von Ausländerinnen untereinander. Die Berufungswerberin sei rechtmäßig in Österreich niedergelassen. Ihr Sohn sei daher gem. § 30 (4) FPG während seiner ersten sechs Lebensmonate von der Sichtvermerkpflcht befreit. Es sei nicht einzusehen, warum Menschen, die zunächst nach dem FPG und dann nach dem NAG zum Aufenthalt in Österreich berechtigt seien, erst ab der Ausstellung des NAG-Aufenthaltstitels einen Anspruch erhalten sollten. Dafür gebe es keinerlei sachliche Rechtfertigung. Offensichtlich bestehe hier im Gesetz eine planwidrige Lücke, die durch Analogie geschlossen werden müsse. Die Familienbeihilfe müsse daher - unter Voraussetzung der Erteilung des Aufenthaltstitels nach dem NAG - ab dem Zeitpunkt der Geburt nachgezahlt werden. Ein Vollzug des § 3 (2) FLAG wie im bekämpften Bescheid sei unsachlich, gleichheitswidrig und damit verfassungswidrig.

Im Schreiben vom 28.6.2007 wurde von der Berufungswerberin ergänzend angeführt, dass sie ihren Anspruch auf Familienbeihilfe auch auf die EU-Richtlinie 2003/109, Art. 11 stütze. Diese Richtlinie über den Aufenthalt von langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen lege die Nicht-Diskriminierung von aufenthaltsverfestigten Personen beim Sozialschutz fest. Demnach müsse für Kinder von Personen mit verfestigtem Aufenthalt, das seien Personen, die sich mindestens fünf Jahre in Österreich rechtmäßig aufhalten würden - dies sei bei der Berufungswerberin der Fall, die Familienbeihilfe (bzw. auch sonstige Leistungen wie das Kinderbetreuungsgeld) ebenso wie für Kinder von Inländern bzw. EU/Staatsbürger/-innen ab Geburt gewährt werden.

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

Gemäß § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 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.

Abs. 3 leg. cit. besagt: 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 31.12.2005 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 oben zitierte Neuregelung der Ansprüche von Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, erfolgte im Rahmen umfangreicher Änderungen im Bereich des Fremdenrechtes. Danach besteht 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 deren §§ 8 und 9, auf die sich das Gesetz bezieht, sind die Arten und Formen der Aufenthaltstitel im Sinn des Gesetzes aufgezählt.

Arten und Form der Aufenthaltstitel nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG)

§ 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 Name, Vorname, 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.

Im § 21 Abs. 2 Z. 4 NAG (Verfahren bei Erstanträgen) ist geregelt, 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 jedoch ein Aufenthaltstitel im Sinne des § 3 FLAG 1967 zwingend erforderlich.

Die Berufungswerberin kann im vorliegenden Fall keinen Aufenthaltstitel nach der neuen

gesetzlichen Regelung für ihr Kind ab dem Zeitpunkt der Geburt (Mai 2006) nachweisen. Der Aufenthaltstitel für das Kind in Form einer beschränkten Niederlassungsbewilligung wurde erst am 10. August 2006 ausgestellt.

Die Familienbeihilfe wäre daher ab August 2006 gem. § 10 Abs. 2 FLAG 1967 zu gewähren.

Mit Bundesgesetzblatt 168, ausgegeben am 28. Dezember 2006 wurde das Familienlastenausgleichsgesetz 1967 BGBl. Nr. 376/1967, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 3/2006, geändert und dem § 3 folgende Abs. 4 und 5 angefügt:

*(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 unselbständig oder selbständig 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.*

Dem § 55 wird folgender Abs. 3 angefügt:

§ 3 Abs. 4 und 5 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 168/2006 tritt mit 1. Juli 2006 in Kraft."

Bezüglich der von der Berufungswerberin angeführten EU-Richtlinie 2003/109, Art. 11, wird darauf hingewiesen, dass nach Art. 7 (1) dieser Richtlinie zur Erlangung der Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten ein Antrag bei den zuständigen Behörden des Mitgliedstaats, in dem sich der Drittstaatsangehörige aufhält, einzureichen ist.

Gegebenenfalls stellen die Mitgliedstaaten langfristig Aufenthaltsberechtigten eine "langfristige Aufenthaltsberechtigung - EG" aus (Art. 8 (2) dieser Richtlinie).

Eine "langfristige Aufenthaltsberechtigung - EG" liegt jedoch laut Aktenlage nicht vor.

Somit ist nach der oa. Gesetzesänderung (die mit 1. Juli 2006 in Kraft tritt) die Familienbeihilfe im Berufszeitraum für Juli 2006 zu gewähren.

Aus den angeführten Gründen war daher wie im Spruch zu entscheiden.

Linz, am 24. Jänner 2008