



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der AM, xy, vom 23. April 2008 gegen den Bescheid des Finanzamtes St. Veit Wolfsberg vom 7. April 2008 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für YW (geb. 11) für den Zeitraum 01/06 – 01/08 entschieden:

Der Berufung wird teilweise stattgegeben.

Der angefochtene Bescheid wird abgeändert.

Die Familienbeihilfe wird für die Monate 07/2006 – 01/2008 gewährt.

### Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (Bw.) ist kroatische Staatsbürgerin und nach eigenen Angaben am 13. April 1997 nach Österreich eingereist.

Von April 2000 bis Dezember 2004 war die Bw. mit dem österreichischen Staatsbürger F. M. verheiratet. Die Ehe wurde im Dezember 2004 geschieden. Ab 2003/2004 bis April 2007 lebte die Bw. in Lebensgemeinschaft mit dem österreichischen Staatsbürger F.W.. Im Oktober 2004 gebar die Bw. die gemeinsame Tochter YW in Villach. YW ist kroatische Staatsbürgerin. Für Y bezog die Bw. Familienbeihilfe von Oktober 2004 bis Dezember 2005.

Die Bw. war ab dem Jahr 2000 mehrfach – mit Unterbrechungen – erwerbstätig.

Im Rahmen der Überprüfung des Familienbeihilfenanspruches forderte das Finanzamt die Bw. auf, einen Aufenthaltstitel für YW vorzulegen. Da dies nicht erfolgte, stellte das Finanzamt die Gewährung der Familienbeihilfe ab 01/06 (bis 01/08) ein.

Mit Antrag vom 10. März 2008 ersuchte die Bw. um Gewährung der Familienbeihilfe für YW ab März 2008. In einem beiliegenden Schriftsatz führte die Bw. aus:

"Ich teile ihnen mit, dass ich aus nachstehenden Gründen nicht um die Familienbeihilfe für meine Tochter Y angesucht habe:

Der Vater von Y, KW wollte nicht, dass Y kroatische Staatsbürgerin ist und hat mehrmals versprochen, die österreichische Staatsbürgerschaft zu beantragen. Nachdem dies aber mit Kosten in der Höhe von ca. € 600,-- verbunden war und er das Geld nicht aufbringen konnte, ist dies nicht passiert. Herr W. wollte mich auch heiraten und dann die Angelegenheit regeln. Nachdem diese Beziehung durch Krisen (Alkohol, Gewalt) sehr instabil war und ich immer wieder in Angst lebte, dass Herr W. mir mein Kind wegnehmen könnte, habe ich mich dann im April 2007 entschlossen, ins Frauenhaus nach Wo. zu gehen.

Y war an beiden Wohnsitzen\*) in V. polizeilich gemeldet und lebte als nachfolgendes Kind (nach I. und Mi.) im Familienverband. (Anm.: vom 13.10.04 bis 02.05.06 in V., Kstraße sowie vom 02.05.06 bis 23.04.07 in V., Astraße ).

Erst während meines Aufenthaltes im Frauenhaus war ich in der Lage um das Visum für Y anzusuchen.

Nachdem ich jetzt ein Leben mit meinen drei Kindern aufbauen möchte, ersuche ich Sie höflich, die Familienbeihilfe von Oktober 2004 bis dato zu gewähren. Ich hoffe, keine Fehlbitte getan zu haben und verbleibe mit freundlichen Grüßen MA."

Der beigelegten Bestätigung des L. Frauenhauses ist zu entnehmen, dass die Bw. mit ihren drei Kindern, I., Mi. und Y ab April 2007 im Frauenhaus untergebracht war. Laut der Geschäftsleitung des Frauenhauses habe die Bw. während ihres Aufenthaltes im Frauenhaus für Y sämtliche Dokumente besorgt. Die daraus entstandenen Kosten seien von ihr getragen worden.

Dem Aktenvermerk des Finanzamtes vom 1. April 2008, ist zu entnehmen:

"Frau M. lebt seit 1997 in Österreich und ist mit einigen Unterbrechungen erwerbstätig gewesen bzw. bezog das ALG oder Kinderbetreuungsgeld. Ab 9/00 wurde FB für die Kinder geb. 1995 und 1999 bescheinigt.

Für das Kind Y, geb. 11, wurde FB von 10/04 bis 12/05 bezogen. Ab 12/05 wurde ein Aufenthaltstitel vom FA Villach angefordert – jedoch nicht vorgelegt. Ho. ist am 25.3.2008 ein Antrag auf rückwirkende Gewährung der FB für Y ab 01.01.2006 eingelangt. Ein Aufenthaltstitel für die Zeit von der Geburt bis 4.2.2008 konnte nicht erbracht werden. Laut Auskunft der BH Wo., wurde eine Niederlassungsbewilligung aus humanitären Gründen (über das zuständige) Ministerium erteilt. Befristung nur für 1 Jahr – Verlängerung ungewiss. Dieser Sachverhalt wurde Fr. E. (Bundesministerium für Gesundheit, Familie und Jugend, BMfGFJ am 1.4.2008 telefonisch) geschildert. Laut Ministerium besteht für die Zeit ab 1.1.2006 bis 31.1.2008 kein Anspruch auf Familienbeihilfe, da kein gültiger Aufenthaltstitel vorliegt. Aus dem Titel nachgezogenes Kind kann auch kein Anspruch abgeleitet werden (Titel der Kindesmutter ist ausschlaggebend), da das Kind seit der Geburt in Österreich wohnt. FB ist daher abzuweisen."

Aufgrund der am 4.02.2008 ausgestellten und bis 3.02.2009 gültigen

Niederlassungsbewilligung aus humanitären Gründen, gewährte das Finanzamt in der Folge die Familienbeihilfe für Y ab 02/08.

Mit Bescheid vom 07.04.2008 wies das Finanzamt aber den Antrag vom 10.03.2008 bzw. (nicht aktenkundig) vom 25.3.2008 auf Gewährung der Familienbeihilfe für die Zeit 01/06 –

01/08 als unbegründet ab. Zur Begründung wurde auf § 3 Abs. 2 FLAG 1967 verwiesen und ausgeführt, dass für Y bis zum 03.02.2008 ein gültiger Niederlassungsnachweis nicht beantragt worden sei. Ein Anspruch auf Familienbeihilfe könne daher für den oben genannten Zeitraum nicht bescheinigt werden.

In der Berufung vom 23. April 2008 führte die Bw. aus:

Ich, Frau MA, bin seit April 2007 mit meinen drei Kindern im La Frauenhaus untergebracht. Vorher lebte ich in einer sehr instabilen Beziehung mit dem Vater meines letzten Kindes. Der Vater von YW wollte nicht, dass Y kroatische Staatsbürgerin ist und hat mir mehrmals versprochen die österreichische Staatsbürgerschaft zu beantragen und mich zu heiraten. Herr W. heiratete mich nicht und beantragte auch nicht die Staatsbürgerschaft für die gemeinsame Tochter Y. Ich wurde die ganze Zeit hingehalten bis ich letztendlich ins La Frauenhaus ging.

Y war an beiden Wohnsitzen in V. polizeilich gemeldet und lebte als nachfolgendes Kind im Familienverband. KW gab kein Geld für Essen, für Windeln, für Arztbesuche oder sonst war. Ich musste für alles alleine aufkommen. Bereits vier Monate nach der Geburt von Y musste ich - um den Unterhalt zu finanzieren - an drei Arbeitsstellen arbeiten. Nur so konnte ich mit meinen drei Kindern überleben. Ich kam gar nicht zum Nachdenken, was ich alles tun soll, weil mich der Existenzkampf völlig vereinnahmte. Aus diesem Grund verabsäumte ich auch die Niederlassungsbewilligung für Y zu beantragen.

Derzeit habe ich ein Einkommen incl. der Familienbeihilfe von ca. € 1.100,--. Die Alimentationszahlungen für die ersten zwei Kinder kommen unpünktlich. Leider habe ich keinen Anspruch auf Bevorschussung durch das Gericht, da ich keine österreichische Staatsbürgerin bin. Für Y kriege ich daher auch keine Alimente, da Herr W. nicht arbeitet.

Trotzdem habe ich mit Hilfe des Frauenhauses den Reisepass, die Geburtsurkunde und die Staatsbürgerschaft für Y gemacht und etwa € 1.000 bezahlt, daher bekomme ich wenigstens ab April 2008 die Familienbeihilfe.

Nach beinahe einem Jahr Frauenhausaufenthalt konnte ich unter schwierigsten Umständen eine Wohnung bekommen, da sämtliche Vermieter einer allein erziehenden Mutter von drei Kindern keine Wohnung geben wollten. Es intervenierte für mich der Wol. Stadtrat, der Kirchenrat, die Geschäftsleitung sowie das gesamte Team des Frauenhauses.

Zur Sicherung meiner weiteren Existenz und die meiner Kinder ersuche ich dringend um Nachzahlung der Familienbeihilfe von Jänner 2006 – Jänner 2008, da ich sonst nicht weiß, wie ich in Wo. Fuß fassen und überleben soll."

Das Finanzamt legte die Berufung dem unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung vor.

Im Rahmen des Ermittlungsverfahrens nahm der unabhängige Finanzsenat Einsicht in die Pflschaftsakten der BG Villach und Wolfsberg. Seitens der Fremdenpolizei bzw.

Bezirksverwaltungsbehörde Villach wurde dem unabhängigen Finanzsenat mitgeteilt, dass der Bw. am 19.03.2003 eine bis 2013 gültige Niederlassungsbewilligung erteilt wurde. Defacto handle es sich dabei um eine „Niederlassungsbewilligung unbefristet“.

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

Folgender Sachverhalt steht unbestritten fest:

Die Bw. ist kroatische Staatsbürgerin. Am 19.03.2003 wurde der Bw. eine Niederlassungsbewilligung bis (vorläufig) 18.03.2013 eingeräumt.

Bis April 2007 lebte die Bw. in Lebensgemeinschaft mit dem österreichischen Staatsbürger KW. Die gemeinsame Tochter, YW, wurde am 11 in Villach geboren. Sie ist kroatische Staatsbürgerin. Seit April 2007 lebt die Bw. mit Y und zwei weiteren Kindern in Wo.. In der Zeit von 10/04 – 12/05 bezog die Bw. Familienbeihilfe für Y. Die Bw. legte für Y erstmals im Februar 2008 die auf ein Jahr befristete Niederlassungsbewilligung aus humanitären Gründen der Abgabenbehörde vor. Das Finanzamt gewährte daraufhin die Familienbeihilfe für Y ab 02/08 bis laufend.

Im Berufungsfall gilt es die Frage zu klären, ob die Familienbeihilfe für YW für den Zeitraum 01/06 bis 01/08 zu gewähren ist oder nicht.

**Die ab 1.1.2006 (BGBl 100/2005) in Kraft getretene Fassung des § 3 FLAG lautet wie folgt:**

- (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.

**Mit BGBl 168/2006 wurde der § 3 FLAG rückwirkend mit In-Kraft treten 1.7.2006 wie folgt geändert indem Abs. 4 und Abs.5 ergänzt worden sind:**

- (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.

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.

Nach der NAG-DV § 11 Abs. 1 gelten die vor dem In-Kraft-Treten des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes erteilten Aufenthalts- und Niederlassungsberechtigungen nach dem Fremdengesetz 1997, BGBl. I Nr. 75/1997 idF FrG-Novelle 2002, BGBl. I Nr. 126/2002 und zuletzt geändert durch das BGBl. I Nr. 151/2005, unter der Voraussetzung des tatsächlichen Aufenthaltes des Fremden im Bundesgebietes nach ihrem Aufenthaltswort als entsprechende Aufenthalts- und Niederlassungsberechtigungen nach dem NAG oder als Berechtigungen nach dem Fremdenpolizeigesetz 2005 (FPG), BGBl. I Nr. 100/2005 weiter.

Im Berufungsfall ist daher davon auszugehen, dass der am 19.12.2003 der Bw. eingeräumte Aufenthaltstitel auch nach In-Kraft-Treten des NAG weiter gilt. Die Bw. hielt sich demnach gemäß § 3 Abs. 1 FLAG 1967 idF Fremdenrechtspaket 2005 rechtmäßig in Österreich auf.

§ 3 Abs. 2 FLAG 1967 idF Fremdenrechtspaket 2005 verlangt, dass Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sich nach §§ 8 und 9 NAG rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Für den Zeitraum 01/06-06/06 war leg. cit. auf den Streitfall – ohne Einschränkung – anzuwenden. Die Bw. legte einen Aufenthaltstitel für diesen Zeitraum nicht vor, weshalb die Familienbeihilfe für Yvonne nicht zu gewähren war.

Im Dezember 2006 kam es rückwirkend mit 1. Juli 2006 zu einer Änderung des Familienlastenausgleichsgesetzes (und des KBB). 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 Bundesrates):

„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.

Wie ausgeführt verfügt die Bw. seit 19.03.2003 über eine (zunächst bis 2013 geltende) Niederlassungsbewilligung. Yvonne ist – da sie nach dem Zeitpunkt der Erteilung des Aufenthaltstitels an die Bw. im Inland geboren wurde – iSd § 3 Abs. 5 FLAG 1967 idgF als „nachgeborenes“ Kind anzusehen. Da ihr am 04.02.2008 die „beschränkte Niederlassungsbewilligung“ erteilt wurde und auch die allgemeinen Voraussetzungen für den Bezug der Familienbeihilfe vorliegen, war die Familienbeihilfe rückwirkend zu gewähren.

Nach § 55 Abs. 3 FLAG 1967 trat die angeführte Gesetzesänderung erst mit 1. Juli 2006 in Kraft. Aus diesem Grunde war die Familienbeihilfe erst ab 1. Juli 2006 zu gewähren.

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

Klagenfurt, am 07. August 2008