



## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vom 1. Juli 2009 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 3/11 Schwechat Gerasdorf vom 4. Juni 2009 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für das Kind der Berufungswerberin Z. für den Zeitraum Februar 2007 bis März 2009 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Im Zuge einer Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe der Berufungswerberin (Bw.), einer türkischen Staatsbürgerin, betreffend die ältere (im Jahr 2001 geborene) ihrer beiden Töchter mit Schreiben vom 30. April 2009 stellte die Bw. einen Antrag auf Zuerkennung der Familienbeihilfe für ihre jüngere, am xx.xx. 2002 in Wien geborene Tochter Z. und schloss diesem Antrag das folgende Begleitschreiben vom 5. Mai 2009 an:

*„Ich habe heute die Visumskarte für meine Tochter (Z.) erhalten. Da mein Pass aber im Jänner 2010 abläuft, haben sie mir das Visum für Z. auch nur bis zu diesem Datum gegeben. Ich beziehe seit Dezember 2006 keine Familienbeihilfe mehr für meine Tochter Z.. Für (die ältere Tochter) jedoch schon.*

*Z. war dauernd und ohne Unterbrechung im Bundesgebiet. ...“*

Als Nachweise waren dem Antrag die Aufenthaltstitel des Kindes und der Bw. angeschlossen (siehe dazu im Folgenden).

Weiters legte die Bw. mit Begleitschreiben vom 8. Mai 2009 u.a. eine Bestätigung über den Kindergartenbesuch ihrer Tochter Z. vor.

In der Folge ersuchte das Finanzamt die Bw. mit Ergänzungsvorhalt vom 19. Mai 2009 insbesondere um „*Nachweis über den rechtmäßigen Aufenthalt (z.B.: NAG-Karte mit Aufenthaltstitel) ab 20.01.07 bis 21.04.09*“ hinsichtlich ihrer Tochter Z..

In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass bereits anlässlich der Erteilung des vorhergehenden Aufenthaltstitels für das Kind Z. vom 19. Jänner 2005 die Bw. mit Schreiben vom selben Tag dem Finanzamt mitteilte,

*„dass die Ausstellung eines Aufenthaltstitels nur deshalb so lange gedauert hat, weil das Standesamt bei der Ausstellung der Geburtsurkunde für meine Tochter Z. einen Fehler gemacht hat.*

*Laut türkischem Gesetz ... sollten unehelich geborene Kinder den Namen der Mutter bekommen. Dennoch wurde der Name ihres Vaters eingetragen.*

*Die Geburtsurkunde und alle anderen Dokumente mussten somit von K. auf A.Z. umgeändert werden (Kopien liegen bei). ...“*

Diesem Schreiben beigelegt waren die Geburtsurkunde der am xx.xx. 2002 geborenen Z., ausgestellt am 18. März 2004, sowie der Aufenthaltstitel für die Tochter Z. vom 19. Jänner 2005 (siehe dazu im Folgenden).

Weiters wurde im gegenständlichen Verfahren eine Einreichbestätigung des Amtes der Wiener Landesregierung, Magistratsabteilung 35 - Einwanderung, Staatsbürgerschaft, Standesamt, Referat Erstanträge - vom 25. Mai 2009 betreffend die Tochter Z. vorgelegt, die wie folgt lautet:

*„Wir bestätigen, dass Sie am 21.8.2007 bei uns einen Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels beschränkt (Fam.Gem.) gestellt haben.“*

Für den Streitzeitraum sind folgende Aufenthaltstitel betreffend die Tochter Z. im Akt dokumentiert:

1.) Vignette im Reisepass der Bw.:

Name: A.Z.

Gültig bis: 19-01-2007

Ausstellungsort / Datum: Wien / 19-01-2005

Art des Titels: Niederlassungsbewilligung

Anmerkungen: Jeglicher Aufenthaltszweck § 13 Abs. 2 FrG

geb. xx.xx.xx/ Gebühr entrichtet

Amt d Wr LReg/MA20- .....

## 2.) NAG-Karte:

Name: A.Z.

Gültig bis: 19-01-2010

Ausstellungsort und -Datum: 22.04.2009

Art des Aufenthaltstitels: Niederlassungsbewilligung

Sonstige Angaben: Beschränkt

Geburtsdatum und -Ort: xx.xx.xx Wien

Staatsangehörigkeit: Türkei

Geschlecht: F

Sonstige Angaben: Arbeitsmarktzugang nur mit Arbeitsmarktdokument

Ausstellende Behörde: Amt d Wiener Landesregierung – MA 35 .....

Der Aufenthaltstitel der Bw. ist eine unbefristete Niederlassungsbewilligung - jeglicher Aufenthaltswert, ausgestellt am 31. Jänner 2000 vom Amt der Wiener Landesregierung, Magistratsabteilung 20 (vgl. die Vignette im Reisepass).

Die Meldung laut Versicherungsdatenauszug der österreichischen Sozialversicherung betreffend die Bw. lautet „von 01.01.2008 bis laufend gewerbl. selbständig Erwerbstätiger.“

Mit Bescheid vom 4. Juni 2009 wies das Finanzamt den Antrag der Bw. auf Familienbeihilfe für das Kind Z. für den Zeitraum Februar 2007 bis März 2009 mit folgender Begründung ab:

*„Für Kinder, die nicht österreichische StaatsbürgerInnen sind, besteht gemäß § 3 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.“*

*Da oben genanntes Kind Z. sich erst seit April 2009 in Österreich rechtmäßig aufhält, ist der oben genannte Zeitraum abzuweisen.“*

In der gegen den Abweisungsbescheid erhobenen Berufung vom 1. Juli 2009 führt die Bw. aus:

*„Meine Tochter Z. ... ist seit ihrer Geburt durchgehend in Wien wohnhaft und hatte auch keinen Aufenthalt im Ausland. Wie in der beigelegten Kindergartenbestätigung ersichtlich, besucht meine Tochter regelmäßig den Kindergarten.“*

*Leider habe ich den Antrag auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung nicht rechtzeitig eingebracht, da ich selbst noch über einen unbefristeten Aufenthaltstitel verfüge und die Auslaufzeit für den Titel meiner Tochter übersehen habe. Die Bearbeitungsdauer für die „Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung“ für meine Tochter hat über 1,5 Jahre in Anspruch genommen. Erst im April 2009 wurde eine Folgebewilligung ausgestellt. Ich bin*

*alleinerziehende Mutter von zwei Kindern und konnte auch den offenen Kindergartenbeitrag von EUR 1.600,-- noch nicht begleichen. Der Kindergartenbeitrag wurde von mir stets von der Familienbeihilfe beglichen. Durch den Schlaganfall, welchen ich im September 2008 erlitten habe, bin ich leider momentan in meiner Leistungsfähigkeit eingeschränkt und demnach physisch und finanziell sehr geschwächt.*

*Ich ersuche höflichst, mir die Familienbeihilfe für meine Tochter Z. ab 2/2007 nachzubezahlen, da meine Tochter nachweislich seit ihrer Geburt Ihren Lebensmittelpunkt in Wien hat.“*

Laut der vorgelegten Kindergartenbestätigung vom 18. Juni 2009 besucht das Kind Z. seit September 2006 regelmäßig den Kindergarten.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 14. Juli 2009 wies das Finanzamt die Berufung nach Anführung des § 3 Abs. 2 FLAG 1967 mit folgender Begründung als unbegründet ab:

*„Der gültige Aufenthaltstitel von Z. bestand im Zeitraum 19.1.2005 bis 19.1.2007.*

*Laut Einreichbestätigung der Magistratsabteilung 35 vom 25.5.2009 wird bescheinigt, dass Sie am 21.08.2007 einen Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels für das Kind Z. gestellt haben.*

*Da die Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug der Familienbeihilfe im Zeitraum Februar 2007 bis März 2009 für Kind Z. aufgrund des nicht rechtmäßigen Aufenthaltes in Österreich nicht vorlagen, war Ihre Berufung abzuweisen.“*

Daraufhin wurde die Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz beantragt.

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

Auf Grund der Inhalte des vorgelegten Verwaltungsaktes und des Berufungsvorbringens der Bw. wird nachstehender entscheidungsrelevanter Sachverhalt als erwiesen angenommen und der Entscheidung zugrunde gelegt:

Die Bw. ist türkische Staatsbürgerin. Sie ist - wie aus den im Verwaltungsakt befindlichen Anträgen auf Zuerkennung von Familienbeihilfe und aus der vorgelegten Geburtsurkunde ersichtlich - in Wien geboren.

Ihr vom Amt der Wiener Landesregierung, Magistratsabteilung 20, am 31. Jänner 2000 ausgestellter Aufenthaltstitel (Vignette im Reisepass) weist eine unbefristete Niederlassungsbewilligung - jeglicher Aufenthaltswert aus.

Die Bw., die angibt alleinerziehende Mutter zu sein, hat zwei Kinder. Diese wurden ebenfalls in Wien geboren. Beide Kinder haben die türkische Staatsangehörigkeit.

Die Bw. und die Kinder wohnen in Wien; die Kinder besuchen hier Kindergarten bzw. Schule (vgl. diverse Bestätigungen im Akt).

Laut Auskunft aus dem Zentralen Melderegister haben die Bw. und ihre beiden Töchter den Hauptwohnsitz an derselben Adresse in Wien.

Während für die 2001 geborene ältere Tochter, wie für die Mutter, die Bw., ein unbefristeter Aufenthaltstitel ausgestellt wurde, sind die für die am xx.xx. 2002 geborene Tochter Z. ausgestellten Niederlassungsbewilligungen beschränkt.

Und zwar eine Niederlassungsbewilligung gültig vom 19. Jänner 2005 bis 19. Jänner 2007; und eine Niederlassungsbewilligung gültig vom 22. April 2009 bis 19. Jänner 2010.

Der Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels beschränkt (Familiengemeinschaft) für die jüngere Tochter der Bw. wurde – mehr als sechs Monate nach Auslaufen des ersten Aufenthaltstitels – am 21. August 2007 beim Amt der Wiener Landesregierung, Magistratsabteilung 35, gestellt (vgl. die Einreichbestätigung vom 25. Mai 2009).

Dieser festgestellte Sachverhalt ist in folgender Weise zu würdigen:

Gemäß § 2 Abs. 1 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 – FLAG - haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, für in dieser Bestimmung festgelegte Voraussetzungen erfüllende Kinder Anspruch auf Familienbeihilfe.

Gemäß § 3 Abs. 1 FLAG 1967 in der ab 1. Jänner 2006 geltenden 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.

In den §§ 8 und 9 NAG sind alle Aufenthaltstitel aufgezählt, die bei Erfüllung aller anderen Voraussetzungen zu einem Bezug von Familienbeihilfe berechtigen. Nach dem eindeutigen Wortlaut der zitierten gesetzlichen Regelung des § 3 FLAG ist es seit 1. Jänner 2006 erforderlich, dass sowohl der anspruchsberechtigte Elternteil als auch das anspruchsvermittelnde Kind über einen dieser Aufenthaltstitel verfügt.

Im gegenständlichen Fall ist lediglich strittig, ob sich die Tochter der Bw. Z. im Zeitraum zwischen dem Ende des ersten Aufenthaltstitels (19. Jänner 2007) und der Ausstellung des zweiten Aufenthaltstitels (22. April 2009) auf Grund eines derartigen Titels in Österreich aufgehalten hat.

Das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz trat gemäß § 82 Abs. 1 NAG mit 1. Jänner 2006 in Kraft. Die Übergangsbestimmungen sind in § 81 NAG geregelt.

Nach § 81 Abs. 2 NAG gelten vor dem In-Kraft-Treten dieses Bundesgesetzes erteilte Aufenthalts- und Niederlassungsberechtigungen innerhalb ihrer Gültigkeitsdauer und ihres Gültigkeitszweckes insoweit weiter, als sie nach dem Zweck des Aufenthaltes den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes entsprechen. Der Bundesminister für Inneres ist ermächtigt, durch Verordnung festzulegen, welche vor In-Kraft-Treten dieses Bundesgesetzes erteilte Aufenthalts- und Niederlassungsberechtigungen nach diesem Bundesgesetz und dem Fremdenpolizeigesetz weiter gelten.

Von dieser Verordnungsermächtigung wurde Gebrauch gemacht.

Im 5. Abschnitt der Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz-Durchführungsverordnung (NAG-DV), BGBl. II Nr. 451/2005, wurde die Weitergeltung von Aufenthalts- und Niederlassungsberechtigungen geregelt. Danach gilt laut § 11 NAG-DV, Punkt A.1., die Niederlassungsbewilligung jeglicher Aufenthaltswert, § 13 Abs. 2 FrG 1997, als „Niederlassungsbewilligung beschränkt“ nach dem NAG.

§ 24 NAG regelt das Verfahren im Fall von Anträgen auf Verlängerung eines Aufenthaltstitels. Nach Abs. 1 sind Verlängerungsanträge vor Ablauf der Gültigkeitsdauer des Aufenthaltstitels bei der örtlich zuständigen Behörde im Inland einzubringen.

Gemäß Abs. 2 gelten Anträge, die nach Ablauf des Aufenthaltstitels gestellt werden, nur dann als Verlängerungsanträge, wenn der Antrag spätestens sechs Monate nach dem Ende der Gültigkeitsdauer des letzten Aufenthaltstitels gestellt wurde. Danach gelten Anträge als Erstanträge. Nach Stellung eines Verlängerungsantrages ist der Antragsteller, unbeschadet fremdenpolizeilicher Bestimmungen, bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Antrag weiterhin rechtmäßig im Bundesgebiet aufhältig.

In den Materialien zur Regierungsvorlage zum Fremdenrechtspaket BGBl. I Nr. 100/2005 wird zum § 24 NAG ausgeführt, dass mit dieser Bestimmung in einer Zusammenschau von Abs. 1 und 2 Vorsorge für jene Fälle getroffen werden soll, wo das Ende des Aufenthaltsrechtes nach Ablauf der Gültigkeitsdauer des Aufenthaltstitels und die Erledigung des Verlängerungsantrages auch bei **rechtzeitiger** Antragstellung zeitmäßig auseinander fallen können (sodass eine Lücke im Aufenthaltsrecht bestehen würde). Die Regierungsvorlage schlägt daher vor, zu normieren, dass der Fremde weiterhin niedergelassen bleibt, bis über den Antrag entschieden wird oder fremdenpolizeiliche Maßnahmen gesetzt werden. Aus der Regierungsvorlage ist daher erkennbar, dass für den Fremden mit offenem Verfahren Vorsorge getroffen werden soll. Es lässt sich den Erläuterungen darüber hinaus nicht entnehmen, dass sich in der

Zeitspanne zwischen Ablauf seines zuletzt gültigen Aufenthaltstitels und rechtskräftiger Entscheidung hinsichtlich seines Status etwas ändern soll.

Im vorliegenden Fall galt der Aufenthaltstitel der Tochter Z. (Niederlassungsbewilligung jeglicher Aufenthaltszweck, § 13 Abs. 2 FrG 1997) im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Fremdenrechtspaketes BGBl. I Nr. 100/2005 als Niederlassungsbewilligung beschränkt nach dem NAG weiter, jedoch befristet bis 19. Jänner 2007.

Ein neuerlicher Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels für die Tochter Z. wurde erst am 21. August 2007, somit nach Ablauf von sechs Monaten nach dem Ende der Gültigkeit des letzten Aufenthaltstitels gestellt.

Nur Verlängerungsanträge haben zur Folge, dass sich der Antragsteller bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Antrag weiterhin rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält. Ab dem Ablauf von sechs Monaten nach dem Ende der Gültigkeitsdauer des letzten Aufenthaltstitels sind Verlängerungsanträge nicht mehr möglich. Diese Anträge stehen nach § 24 Abs. 2 NAG rechtlich einem Erstantrag gleich. Da ein solcher Antrag nicht unmittelbar ein Aufenthaltsrecht schafft, verfügte die Tochter Z. ab 20. Jänner 2007 über keinen gültigen Aufenthaltstitel im Bundesgebiet mehr. Bis zur neuerlichen Erteilung der „Niederlassungsbewilligung beschränkt“ am 22. April 2009 hielt sich die Tochter der Bw. ohne rechtlichen Aufenthaltstitel im Bundesgebiet auf. Ein Anspruch auf Familienbeihilfe für die jüngere Tochter der Bw. bestand daher im streitgegenständlichen Zeitraum nicht.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 8. Februar 2010