



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw. I., Adresse, vom 2. November 2012 gegen den Bescheid des Finanzamtes Baden Mödling, vom 23. Oktober 2012 betreffend Familienbeihilfe soweit dieser über den Zeitraum Juli 2009 bis Mai 2011 abspricht, entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.) I. Bw., Staatsangehöriger von Georgien, reiste am 01.04.2005 illegal in das österreichische Bundesgebiet ein und stellte am 02.04.2005 einen Asylantrag.

Gegen den Bescheid, mit dem das Bundesasylamt den Asylantrag des Bw. gemäß [§ 7 AsylG](#) 1997 abgewiesen und gemäß § 8 Abs.2 AsylG den Bw. aus dem österreichischen Bundesgebiet nach Georgien ausgewiesen hat, brachte der Bw. fristgerecht Beschwerde ein.

Am **16.05.2011** entschied der Asylgerichtshof, dass die Ausweisung zu beheben und auf Dauer für unzulässig zu erklären ist. Die anderen Beschwerdepunkte waren vom Bw. zurückgenommen worden und es war daher nicht mehr darüber abzusprechen.

Am 25.10.2007 stellte der Bw. für seinen im Oktober 2007 in Österreich geborenen Sohn einen Antrag auf internationalen Schutz. Der Antrag wurde vom Bundesasylamt abgewiesen, es wurde kein subsidiärer Schutz gewährt und er wurde aus dem österreichischen

Bundesgebiet nach Georgien ausgewiesen. Eine dagegen beim unabhängigen Bundesasylsenat fristgerecht eingebrachte Berufung wurde mit Bescheid vom **05.02.2008** abgewiesen.

Am 18. September 2012 brachte der Bw. einen Antrag auf Familienbeihilfe für seinen im Oktober 2007 in Österreich geborenen Sohn für den Zeitraum ab 01.07.2009 bis 01.08.2011 ein.

Vorgelegt wurden folgende Bestätigungen der Bezirkshauptmannschaft Mödling:

- Bw. I., geb. Juli 1974, (Bw,) eine Erst-Niederlassungsbewilligung, erteilt am 28.06.2011, und eine Rot-Weiss-Rot-Karte plus (weitere) erteilt am 18.06.2012,
- P.Bw. E., geb. Jänner 1983, eine Rot-Weiss-Rot-Karte plus (erstmalig) erteilt am 29.08.2011 und
- Bw. L., geb. Oktober 2007, eine Rot-Weiss-Rot-Karte plus (erstmalig) erteilt am 29.08.2011.

Aus dem Versicherungsdatenauszug der österreichischen Sozialversicherung ist ersichtlich, dass Bw. von 01.07.2009 bis 09.10.2009 drei Monate als Arbeiter nichtselbständig beschäftigt war.

Das Finanzamt wies den Antrag mit Bescheid vom 23.10.2012 für den Zeitraum vom Juli 2009 bis Mai 2011 und den Monat August 2011 ab.

Begründend wurde ausgeführt:

"Gemäß § 3 Abs.1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG 1967) haben Personen, die nicht österreichische StaatsbürgerInnen 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.

Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug der Familienbeihilfe bestanden nur für den Zeitraum Juni und Juli 2011. Die Kindesmutter bezieht: ab August 2011 laufend für ihren Sohn L. die Familienbeihilfe."

Gegen den Bescheid vom 23.10.2012 brachte der Bw. Berufung betreffend den Zeitraum Juli 2009 bis Mai 2011 ein.

Begründend wurde ausgeführt:

"Die Ablehnung erfolgt gemäß § 3 Abs.1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG 1967), BGBl I Nr. 100/2005.

Da mein Asylverfahren bis 31.12.2005 noch anhängig war, ist gem. gängige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. VwGH [2007/15/0170](#)), § 3 FLAG (alt) anzuwenden.

§ 3 FLAG in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes (BGBl. Nr. 142/2004 lautet: Gemäß [§ 3 Abs. 1 FLAG 1967](#) haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet bei einem Dienstgeber

beschäftigt sind und aus dieser Beschäftigung Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit oder zufolge einer solchen Beschäftigung Bezüge aus der gesetzlichen Krankenversicherung im Bundesgebiet beziehen; kein Anspruch besteht jedoch, wenn die Beschäftigung nicht länger als drei Monate dauert. Kein Anspruch besteht außerdem, wenn die Beschäftigung gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer verstößt.

[§ 3 Abs. 2 FLAG 1967](#) gilt nicht für Personen, die sich seit mindestens sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten, sowie für Staatenlose und Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 1997 gewährt wurde (...)

D.h. es gilt [§ 3 Abs. 1 FLAG 1967](#) nicht für Personen, die sich seit mindestens 60 Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten oder bereits 3 Monate erwerbstätig waren.

Der Verwaltungsgerichtshof hat weiters in seinem Erkenntnis VwGH [2009/16/0208](#) erwogen, dass durch das "Fremdenrechtspaket 2005) [BGBl. I Nr. 100/2005](#) der Gesetzgeber eine Änderung der Rechtslage auf dem Gebiet des Asyl- und Fremdenrechtes vorgenommen hat. Im Zuge dieser Reform wurde auch [§ 3 FLAG 1967](#) neu gefasst.

In den Übergangsbestimmungen des Asylgesetzes 2005 wird angeordnet, dass Asylverfahren, die am 31. Dezember 2005 bereits anhängig waren, noch nach den Bestimmungen des AsylG 1997 zu Ende zu führen sind ([§ 75 Abs. 1 Asylgesetz 2005](#)).

[§ 55 FLAG 1967](#) verknüpft das Inkrafttreten des [§ 3 FLAG 1967](#) in der Fassung des Fremdenrechtspaketes 2005 mit den Übergangsbestimmungen des NAG und jenen des Asylgesetzes.

§ 55 FLAG 1967 ist dahingehend zu verstehen, dass [§ 3 FLAG 1967](#) in der Fassung des Fremdenrechtspaketes 2005 für Personen, denen gegenüber gemäß [§ 75 Asylgesetz 2005](#) das Asylverfahren noch nach dem AsylG 1997 abgeführt wird, auch für Zeiträume ab 1. Jänner 2006 nicht anzuwenden ist.

Für diesen Personenkreis kommt daher § 3 FLAG 1967 – unbeschadet der durch BGBl. I Nr. 168/2006, mit Wirkung ab 1. Juli 2006 vorgenommenen Änderungen – zunächst noch in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, [BGBl. I Nr. 142/2004](#), zur Anwendung. Der sich daraus ergebende Rechtsatz lautet: Nach [§ 3 Abs. 2 FLAG 1967](#) idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes gilt § 3 Abs. 1 FLAG nicht für Personen, die sich seit mindestens 60 Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten.

Daraus folgt, dass für mich, da mein Asylverfahren am 31.12.2005 bereits anhängig war, [§ 3 FLAG 1967](#) in der Fassung des Fremdenrechtspaketes 2005 nicht zur Anwendung kommt. Da ich im Juli 2009 mehr als 3 Monate beschäftigt war und mich ab April 2010 seit mehr als 60 Monaten im Bundesgebiet aufgehalten habe, stehen mir Familienbeihilfe bzw. Kinderabsetzbetrag auch für den Zeitraum Juli 2009 bis Mai 2011 zu.

Daraus folgend beantrage ich die Behebung des belangten Bescheides und die Zuerkennung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages für den beantragten Zeitraum."

Über die Berufung wurde erwogen:

Der Entscheidung wird folgender Sachverhalt zu Grunde gelegt:

Der Berufungswerber (Bw.) I. Bw. ist am 01.04.2005 illegal nach Österreich eingereist und stellte am 02.04.2005 einen Asylantrag, über den am 16.05.2011 vom Asylgerichtshof insofern entschieden wurde, dass eine Ausweisung aus dem österreichischen Bundesgebiet in

den Herkunftsstaat als unzulässig zu erklären war. Die Berufung gegen die Abweisung des Asylantrages hat der Bw. zurückgezogen.

Sein Sohn L. Bw. wurde am Oktober 2007 in Österreich geboren. Für Ihn stellte der Bw. am 25.10.2007 einen Antrag auf internationalen Schutz, der am 05.02.2008 von unabhängigen Bundesasylsenat abgewiesen wurde.

Der Bw., und sein Kind sind georgische Staatsbürger.

Am 18.09. 2012 brachte der Bw. den Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe für sein Kind für den Zeitraum von 01.08.2009 bis 01.08.2011 beim Finanzamt ein.

Vorgelegt wurden folgende Bestätigungen der Bezirkshauptmannschaft Mödling:

für Bw. I., geb. Juli 1974, (Bw,) eine Erst-Niederlassungsbewilligung, erteilt am 28.06.2011, und eine Rot-Weiss-Rot-Karte plus (weitere) erteilt am 18.06.2012, hat,

für P.Bw. E., geb. Jänner 1983, eine Rot-Weiss-Rot-Karte plus (erstmalig) erteilt am 29.08.2011, hat und

für Bw. L., geb. Oktober 2007, eine Rot-Weiss-Rot-Karte plus (erstmalig) erteilt am 29.08.2011, hat.

Aus dem Versicherungsdatenauszug der österreichischen Sozialversicherung ist ersichtlich, dass Bw. von 01.07.2009 bis 09.10.2009 drei Monate als Arbeiter nichtselbständig beschäftigt war.

Strittig ist, ob der Bw., dessen Asylverfahren vor dem 1.1.2006 bereits anhängig war, einen Anspruch auf Familienbeihilfe für seinen Sohn, geb. im Oktober 2007, vom Juli 2009 bis Mai 2011 hat.

Die Rechtsgrundlagen stellen sich wie folgt dar:

Gemäß [§ 2 Abs. 1 lit. a FLAG 1967](#) haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, für minderjährige Kinder Anspruch auf Familienbeihilfe.

[§ 2 FLAG 1967](#) legt die allgemeinen und besonderen Voraussetzungen fest, unter denen jemand Anspruch auf FB hat. [§ 3 FLAG 1967](#) stellt ergänzend für Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, weitere besondere Voraussetzungen auf.

[§ 3 Abs. 1 FLAG 1967](#) idF BGBl 1977/646 lautete: Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet bei einem Dienstgeber beschäftigt sind und aus dieser Beschäftigung Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit oder zufolge einer solchen Beschäftigung Bezüge aus der gesetzlichen Krankenversicherung im Bundesgebiet beziehen; Kein Anspruch besteht

außerdem, wenn die Beschäftigung nicht länger als drei Monate dauert. Kein Anspruch besteht außerdem, wenn die Beschäftigung gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer verstößt.

(2) Abs.1 gilt nicht für Personen, die sich seit mindestens sechzig Kalendermonate ständig im Bundesgebiet aufhalten sowie für Staatenlose und für Flüchtlinge im Sinne des Art. I des Abkommens über die Rechtstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951, BGBl Nr. 55/1955, und des Protokolls über die Rechtstellung der Flüchtlinge, BGBl Nr. 78/1974.

Mit dem PensionsharmonisierungsG BGBl 2004/142 wurde Abs. 2 ab 01.05.2004 bzw. 16.12.2004 (§ 50 Abs. 2, für bis dahin schon Asylberechtigte nach dem AsylG 1997) geändert und lautet:

(2) Abs. 1 gilt nicht für Personen, die sich seit mindestens sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten, sowie für Staatenlose und Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 1997 gewährt wurde.

Auf Grund dieser Änderung entfiel zum einen die Verpflichtung der Beihilfenbehörde, selbst den Flüchtlingsstatus zu überprüfen, und knüpft den Anspruch auf FB nunmehr an die tatsächliche Asylgewährung an (nach damaliger Rechtslage: soweit nicht das Kriterium des mehr als sechzigmonatigen Aufenthalts im Inland erfüllt wurde), zum anderen aber entfiel der Anspruch auf FB für Asylwerber vor Zuerkennung des Asyls.

Im Gesetzgebungsverfahren – die Regelung geht auf einen Abänderungsantrag zurück – wurde dies Änderung damit begründet, dass seit 01.05.2004 für alle Asylwerber für die Dauer des Asylverfahrens eine Grundversorgung sichergestellt sei, und daher für die Bedürfnisse des Asylwerber und deren Familienangehörigen aus Mitteln der öffentlichen Hand gesorgt werde (NR: XXII. GP StProt 87. Sitzung S 164) (Aigner/Wanke in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 3 RZ 22)

Eine weitere Änderung erfuhr [§ 3 FLAG 1967](#) durch das Fremdenrechtspaket 2005 (BGBl I 2005/100) ab 1.1.2006.

Gemäß § 3 Abs.1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (in der vom 1.1.2006 bis 30.6.2006 anzuwendenden Fassung) haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 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.

Ab 1.7.2006 anzuwendenden Fassung wurde der Abs. 4 und Abs. 5 eingefügt:

(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) ...

Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits wiederholt angesprochen hat, ist die Frage, ob für einen bestimmten Zeitraum Familienbeihilfe zusteht, anhand der rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten im Anspruchszeitraum zu beantworten.

Der gesetzlich festgelegte Anspruchszeitraum ist für die Familienbeihilfe, wie sie sich aus den Regelungen des [§ 10 Abs. 2 und 4 FLAG 1967](#) entnehmen lässt, der Monat. Das Bestehen des Familienbeihilfenanspruches für ein Kind kann somit je nach dem Eintritt von Änderungen der Sach- und/oder Rechtslage von Monat zu Monat anders beurteilt sein.

Für die Beantwortung der Frage, ob Familienbeihilfe zusteht, muss daher zuerst geklärt werden, welche Fassung des [§ 3 FLAG 1967](#) für welche Anspruchsmonate zur Anwendung gelangt.

[§ 55 FLAG 1967](#) idF [BGBl. I Nr. 100/2005](#) (Fremdenrechtspaket) bestimmt, dass § 2 Abs. 8 erster Satz und [§ 3 FLAG 1967](#) idF des Bundesgesetzes [BGBl. I Nr. 100/2005](#) mit Jänner 2006 nach Maßgabe der Übergangsbestimmungen des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), [BGBl. I Nr. 100/2005](#) sowie des Asylgesetzes 2005 (AsylG 2005), [BGBl. I Nr. 100/2005](#) in Kraft treten.

Zum zeitlichen Geltungsbereich des AsylG 2005 bestimmt [§ 73 AsylG 2005](#), dass dieses Bundesgesetz mit 1. Jänner 2006 in Kraft tritt und das AsylG 1997 mit Ablauf des 31. Dezember 2005 außer Kraft tritt.

Für alle zu diesem Zeitpunkt anhängigen Verfahren regelt das AsylG 2005 in seinen Übergangsbestimmungen im [§ 75 Abs. 1 AsylG 2005](#), dass alle am 31. Dezember 2005 anhängigen Verfahren nach den Bestimmungen des AsylG 1997 zu Ende zu führen sind.

In den Übergangsbestimmungen des AsylG 2005 wird somit angeordnet, dass Asylverfahren, die am 31. Dezember 2005 bereits anhängig waren, noch nach den Bestimmungen des AsylG 1997 zu Ende zu führen sind. [§ 55 FLAG 1967](#) idF [BGBl. I Nr. 100/2005](#) (Fremdenrechtspaket) verknüpft das Inkrafttreten des [§ 3 FLAG 1967](#) idF [BGBl. I Nr. 100/2005](#) (Fremdenrechtspaket) mit den Übergangsbestimmungen des NAG und jenen des AsylG 2005.

Laut Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 15.1.2008, [2007/15/0170](#)) ist [§ 55 Familienlastenausgleichsgesetz 1967](#) idF [BGBl. I Nr. 100/2005](#) (Fremdenrechtspaket) dahingehend zu verstehen, dass [§ 3 FLAG 1967](#) idF [BGBl. I Nr. 100/2005](#) (Fremdenrechtspaket) für Personen, denen gegenüber gemäß [§ 75 Abs. 1 AsylG 2005](#) das Asylverfahren noch nach dem Asylgesetz 1997 abgeführt wird, auch für Zeiträume ab 1. Jänner 2006 nicht anzuwenden ist. Für diesen Personenkreis kommt daher zunächst noch § 3 FLAG idF des [BGBl. I Nr. 142/2004](#) (Pensionsharmonisierungsgesetz) zur Anwendung.

Für den Bw. kommt der [§ 3 Abs. 2 FLAG 1967](#) idF Pensionsharmonisierungsgesetz zum Zug, sein Asylverfahren wurde bereits vor 01.01.2006 eingeleitet, ist somit nach dem AsylG 1995 abzuführen und er war bereits im April 2010 60 Monate ständig in Österreich.

Allerdings war das die Familienbeihilfe anspruchsvermittelnden Kind des Bw. erst im Jahr 2007 geboren. Der Antrag auf internationalen Schutz wurde am 25.10.2007 gestellt.

Am 31. Dezember 2005 war daher noch keine Asylverfahren anhängig. Der für das Kind gestellte Antrag auf internationalen Schutz wurde nach dem AsylG 2005 abgeführt.

Die gesetzlichen Regelungen des FLAG 1967 idF Fremdenrechtspaket 2005 (BGBl I 2005/100) kommt zur Anwendung. Diese besagt, dass der Anspruch auf Familienbeihilfe nur dann besteht, wenn den Kinder entweder Asyl gewährt wurde oder sie sich gemäß [§§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes](#) rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Da das Kind jedoch erst eine Aufenthaltsberechtigung mit einer Rot-Weiß-Rot-Karte Plus ab 29.08.2011 hat, kann die Familienbeihilfe erst ab diesem Zeitpunkt gewährt werden.

Die Berufung war daher abzuweisen.

Wien, am 22. Jänner 2013