



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vertreten durch Mag. Tamer Öztürk, Rechtsanwalt, 4600 Wels, Schwimmschulgasse 3, vom 15. September 2010 gegen den Bescheid des Finanzamtes Grieskirchen Wels vom 12. August 2010 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für die Monate Juni 2007 bis Dezember 2009 entschieden:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.

Die Familienbeihilfe für das Kind S ist für den Zeitraum Juni 2007 bis März 2009 zu gewähren. Hinsichtlich des Zeitraumes April 2009 bis Dezember 2009 wird die Berufung abgewiesen.

### **Entscheidungsgründe**

Der Berufungswerber ist türkischer Staatsbürger, hält sich seit mehreren Jahren in Österreich auf und verfügte bereits im Berufszeitraum über eine Niederlassungsbewilligung im Sinn des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes. Für seine beiden Kinder G und A, die ebenfalls in diesem Zeitraum über eine Niederlassungsbewilligung verfügten, bezog er aus diesem Grund die Familienbeihilfe. Sein Kind S, geboren am xx, hielt sich im Berufszeitraum zusammen mit ihrer Mutter lediglich als Asylwerberin im Bundesgebiet auf. Der Asylantrag wurde mit Erkenntnis des Asylgerichtshofes vom 10.3.2009 abgewiesen, gleichzeitig wurde die Ausweisung aus dem österreichischen Staatsgebiet auf Grund der Familienzugehörigkeit zum

Berufungswerber als nicht zulässig erklärt. Ab 26.1.2010 erhielt das Kind S den Aufenthaltstitel Niederlassungsbewilligung-beschränkt.

Das Finanzamt wies mit dem angefochtenen Bescheid einen Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe für das Kind S für den Zeitraum Juni 2007 bis Dezember 2009 ab. In der Begründung wurde ausgeführt, dass für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe bestehe, wenn sie sich nach den §§ 8 und 9 NAG rechtmäßig in Österreich aufhalten.

In der gegen den Bescheid eingebrachten Berufung wurde sinngemäß eingewendet: Es bestehe für den verfahrensgegenständlichen Zeitraum sehr wohl Anspruch auf Familienbeihilfe. Der Verwaltungsgerichtshof habe in seinem Erkenntnis vom 15.1.2008, 2007/15/0170, ausgesprochen, dass für jene Asylwerber, deren Asylverfahren vor dem Geltungsbeginn der neuen Regelungen des Fremdenrechtspaketes 2005 am 1.1.2006 eingeleitet worden seien, aufgrund der Übergangsbestimmungen noch die Rechtslage vor Inkrafttreten des Fremdenrechtspaketes 2005 maßgebend sei. Da der Asylantrag des Kindes vor dem 1.1.2006 gestellt worden war, habe der Berufungswerber auch für S Anspruch auf Familienbeihilfe.

Über Anfrage der Abgabenbehörde wurde in einem Ergänzungsschreiben bestätigt, dass S erst ab 26.1.2010 über einen gültigen Aufenthaltstitel im Bundesgebiet verfügte.

Mit Berufungsvorentscheidung wurde die Berufung als unbegründet abgewiesen, da im Berufszeitraum weder der Kindesvater nach der neuen Regelung (gültige NAG-Karte für Antragsteller und Kind) noch die Kindesmutter nach der „alten“ Regelung (Beschäftigung im Sinn des § 3 „alt“) die Voraussetzungen für den Anspruch auf Familienbeihilfe für dieses Kind erfüllten.

Im Vorlageantrag wurde das bisherige Begehren unter Berufung auf die Feststellungen im VwGH-Erkenntnis vom 15.1.2008, 2007/15/0170, weiterhin aufrecht erhalten.

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

§ 3 FLAG 1967 in der ab 1.1.2006 geltenden Fassung lautet folgendermaßen:

Absatz 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.

Absatz 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.

Absatz 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.

.....

Bis 31.12.2005 galt die gesetzliche Regelung des § 3 FLAG 1967 in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004. Diese lautete auszugsweise:

Absatz 1: 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; .....

Absatz 2: Abs. 1 gilt nicht für Personen, die sich seit mindestens 60 Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten, sowie für Staatenlose und Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 1997 gewährt wurde.

Die zuvor zitierte Neuregelung der Ansprüche von Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, erfolgte im Rahmen umfangreicher Gesetzesänderungen durch das Fremdenrechtspaket 2005, BGBl. I Nr. 100/2005. Im Zuge dieser Änderungen wurde auch folgende Übergangsbestimmung des § 55 FLAG angefügt: Die §§ 2 Abs. 8 und 3 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 100/2005, treten mit 1.1.2006, nach Maßgabe der Übergangsbestimmungen des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG) sowie des Asylgesetzes 2005, BGBl. I Nr. 100/2005, in Kraft. Das Asylgesetz 2005 enthält unter anderem in seinem § 75 Abs. 1 folgende Übergangsbestimmung: Alle am 31. Dezember 2005 anhängigen Verfahren sind nach den Bestimmungen des Asylgesetzes 1997 zu Ende zu führen.

Auf Grund dieser Verknüpfung der Übergangsbestimmung für den § 3 FLAG mit den Übergangsbestimmungen des NAG und des Asylgesetzes 2005 traf der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 15.1.2008, 2007/15/0170, die Feststellung, dass § 3 FLAG in der Fassung des Fremdenrechtspaketes 2005 für Personen, denen gegenüber gemäß § 75 Asylgesetz 2005 das Asylverfahren noch nach dem Asylgesetz 1997 abgeführt wird, auch für Zeiträume ab 1.1.2006 nicht anzuwenden ist und für diese Personen § 3 FLAG zunächst noch in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004, zur Anwendung kommt.

Außer Frage steht im vorliegenden Fall, dass für den Berufungswerber im streitgegenständlichen Zeitraum § 3 FLAG in der Fassung des Fremdenrechtspaketes 2005 zur Anwendung kommt, da er sich nicht als Asylwerber, sondern mit einer regulären Aufenthaltsbewilligung nach dem NAG in Österreich aufhielt. Ein Asylverfahren war allerdings betreffend das an-

spruchsvermittelnde Kind S anhängig, das unbestrittenermaßen noch nach dem Asylgesetz 1997 zu Ende zu führen war und im März 2009 abgeschlossen wurde.

Im Erkenntnis vom 24.9.2008, 2008/15/0199, hat der Verwaltungsgerichtshof festgestellt, dass dann, wenn das Asylverfahren des Antragstellers nach dem Asylgesetz 2005 zu führen ist, für seinen Anspruch auf Familienbeihilfe das FLAG in der Fassung des Fremdenrechtspaketes 2005 gilt. Wenn in diesem Fall aber das Asylverfahren des anspruchsvermittelnden Kindes nach dem Asylgesetz 1997 zu Ende zu führen ist, richtet sich der Anspruch auf die Familienbeihilfe nach den Bestimmungen des FLAG in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes. Die bereits im Erkenntnis vom 15.1.2008, 2007/15/0170, dargelegten Grundsätze betreffend die Übergangsbestimmungen des § 55 FLAG gelten auch für das Asylverfahren der den Anspruch auf Familienbeihilfe vermittelnden Kinder. Der Absatz 2 des § 3 FLAG in der Fassung des Fremdenrechtspaketes 2005, der für die den Anspruch auf Familienbeihilfe vermittelnden Kinder einen Aufenthaltstitel nach §§ 8 und 9 NAG erfordert, ist daher in einem derartigen Fall nicht anwendbar.

Im Sinn dieser Rechtsprechung gilt auch für den gegenständlichen Fall, dass für die Dauer des noch laufenden Asylverfahrens des Kindes § 3 Abs. 2 FLAG in der Fassung des Fremdenrechtspaketes 2005 nicht anwendbar ist. Der fehlende Aufenthaltstitel des Kindes ist daher für diesen Zeitraum kein Hindernis für eine Gewährung der Familienbeihilfe.

Da der Berufungswerber selbst im gesamten Berufszeitraum die Voraussetzungen für eine Gewährung der Familienbeihilfe erfüllt, war diese daher auch für das Kind S bis einschließlich März 2009 (Abschluss des Asylverfahrens) zu gewähren.

Für die restlichen Monaten April bis Dezember 2009 wurde der Antrag auf Familienbeihilfe für das Kind S zu Recht abgewiesen, da mit Abschluss des Asylverfahrens auch betreffend dieses Kind § 3 FLAG in der Fassung des Fremdenrechtspaketes 2005 zur Anwendung kommt. Das dort normierte Erfordernis, dass auch die anspruchsvermittelnden Kinder einen Aufenthaltstitel im Sinn der §§ 8 und 9 NAG aufweisen müssen, war in diesen Monaten unbestreitbar noch nicht gegeben, da die Niederlassungsbewilligung für S erst im Jänner 2010 erteilt wurde.

Es war daher wie im Spruch zu entscheiden.

Linz, am 27. Jänner 2012