



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch RA, vom 20. April 2009 gegen den Bescheid des Finanzamtes Grieskirchen Wels vom 23. März 2009 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für die Kinder xxx für die Monate Juni 2006 und Juli 2006 sowie Februar 2007 bis März 2009 in Höhe von insgesamt € 15.095,00 entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird für Juli 2006 und für die Zeit vom Februar 2007 bis März 2009 aufgehoben.

### Entscheidungsgründe

Das Finanzamt hat mit Bescheid vom 23.3.2009 die Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge für die drei minderjährigen Kinder der Berufungswerberin für die Monate Juni und Juli 2006 sowie Februar 2007 bis März 2009 in Höhe von insgesamt € 15.095,00 unter Hinweis auf § 26 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 zurückgefordert. Personen, die bereits vor 2006 ein anhängiges noch laufendes Asylverfahren haben würden, hätten Anspruch auf Familienbeihilfe für unselbständige rechtmäßige durchgehende Beschäftigungszeiträume oder Krankengeldbezug von zumindest mehr als drei Monaten.

Die dagegen eingebrachte Berufung wird im Wesentlichen damit begründet, dass die Berufungswerberin am 26.6.2001 beim Bundesasylamt einen Antrag auf internationalen Schutz eingebracht habe. Damit habe sie sich ab Juli 2006 fünf Jahre in Österreich befunden.

Das heisse, dass sich die Berufungswerberin nach der früheren Fassung des FLAG ab Juli 2006 sechzig Kalendermonate im Bundesgebiet aufgehalten habe und es keine Rolle mehr spiele, ob sie beschäftigt gewesen sei oder nicht. Damit könne maximal für Juni 2006 die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag zurückgefordert werden. Hingewiesen werde auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 15.1.2008, ZI. 2007/15/0219.

Beantragt werde, der Unabhängige Finanzsenat möge der Berufung Folge geben und den bekämpften Bescheid insofern abändern, als die Rückforderung ab Juli 2006 aufgehoben werde.

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

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

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, BGBl. I Nr. 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Nach Absatz 2 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.

§ 3 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.

Schließlich wurde mit Wirksamkeit ab 1.6.2006 der zitierten Bestimmung ein Absatz 4 und 5 (idF BGBl. I Nr. 168/2006) angefügt, wonach außerdem Personen, denen nach dem Asylgesetz 2005 der Status eines subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt wurde, bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen Anspruch auf Familienbeihilfe haben.

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; 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.

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

Die Änderung des § 3 FLAG 1967 erfolgte im Zuge umfangreicher Gesetzesänderungen durch das Fremdenrechtspaket 2005, BGBl. I Nr. 100/2005. Im Zuge dieser Änderungen wurde folgende Übergangsbestimmung des § 55 FLAG angefügt: Die §§ 2 Abs. 8 erster Satz 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), BGBl. I Nr. 100/2005, sowie des Asylgesetzes 2005 (AsylG 2005), BGBl. I Nr. 100/2005, in Kraft.

Das Asylgesetz 2005 enthält unter anderem in seinem § 75 Absatz 1 folgende Übergangsbestimmung: Alle am 31. Dezember 2005 anhängigen Verfahren sind nach den Bestimmungen des Asylgesetzes 1997 zu Ende zu führen. § 44 AsylG 1997 gilt. Die §§ 24, 26, 54 bis 57 und 60 dieses Bundesgesetzes sind auf diese Verfahren anzuwenden.

.....

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 15.1.2008, 2007/15/0170, folgende Feststellung getroffen: *§ 55 FLAG verknüpft das Inkrafttreten des § 3 FLAG in der Fassung des Fremdenrechtspaketes 2005 mit den Übergangsbestimmungen des NAG und jenen des Asylgesetzes 2005. § 55 FLAG ist dahingehend zu verstehen, dass § 3 FLAG 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 - unbeschadet der durch BGBl. I Nr. 142/2004 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.*

Diese Voraussetzung trifft nun auf die Berufungswerberin zu, da ihr Asylverfahren bereits vor dem 31. Dezember 2005 eingeleitet wurde und damit noch nach dem AsylG 1997 unter Berücksichtigung der in § 75 Abs. 1 AsylG 2005 angeführten Bestimmungen abzuführen ist. Im Sinne der zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes gilt daher für ihren Anspruch auf Familienbeihilfe § 3 FLAG noch in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004. Demnach ist die asylrechtliche Stellung des den Anspruch vermittelnden Kindes bedeutungslos.

Die Berufungswerberin hält sich unbestritten seit Juni 2001 in Österreich auf. Somit erfüllt sie im Berufszeitraum (Juli 2006 und Februar 2007 bis März 2009) die Voraussetzungen für

die Gewährung der Familienbeihilfe nach § 3 Abs. 2 FLAG 1967 in der Fassung BGBl. I Nr. 142/2004.

Der Berufung, die sich auf den Zeitraum Juli 2006 und Februar 2007 bis März 2009 bezieht, konnte daher stattgegeben werden.

Linz, am 16. Juli 2009