



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Frau X in XY, vom 19. April 2012, gerichtet gegen den Abweisungsbescheid des Finanzamtes Graz-Stadt vom 15. März 2012, betreffend eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum September 2008 bis Februar 2010, entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin, eine Staatsangehörige der Ukraine, ist im September 2002 mit ihrer Tochter Name, geboren am T.M.1989, nach Österreich eingereist und hat am 7. September 2002 einen Asylantrag gestellt.

Sie beantragte am 28. Oktober 2011 mit formlosen Schreiben die Gewährung der Familienbeihilfe für ihre Tochter rückwirkend ab September 2007.

Das Finanzamt wies den Antrag mit Bescheid vom 15. März 2012 für den Zeitraum ab September 2008 ab. Als Begründung wurde auszugsweise ausgeführt:

Für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind besteht gemäß

[§ 3 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 \(FLAG\)](#) nur dann Anspruch auf

Familienbeihilfe, wenn sie sich nach [§ 8](#) und [9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes](#) rechtmäßig in Österreich aufhalten.

In Ihrem Fall wurde Ihr Asylantrag am 12.08.2008 in zweiter Instanz abgewiesen. Daher endet die Beurteilung des Familienbeihilfenanspruches gem. § 3 FLAG „alt“ (in der Fassung bis 31.12.2005) mit August 2008.

Gegen diesen Bescheid brachte die Berufungswerberin mit Schriftsatz vom 19. April 2012 das Rechtsmittel der Berufung ein.

Als Begründung wurde Folgendes ausgeführt:

Mein Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe vom 02.11.2011 für meine Tochter Name wurde mit o.g. Bescheid vom 15.03.2012 abgewiesen.

Die Behörde führt in ihrer Begründung aus, dass mein Asylantrag am 12.08.2008 in zweiter Instanz abgewiesen wurde. Daher endete die Beurteilung des Familienbeihilfenanspruches gem. [§ 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967](#) "alt" (in der Fassung bis 31.12.2005) mit August 2008. Im März 2010 wurde meiner Tochter und mir eine Niederlassungsbewilligung unbeschränkt erteilt, womit die Voraussetzungen des [§ 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967](#) in der Fassung ab 01.01.2006 erfüllt wurden.

Infolge dessen war die Familienbeihilfe für meine Tochter für die Zeit von September 2008 bis Februar 2010 abzuweisen, da die anspruchsbegründenden Voraussetzungen gem. [§ 3 FLAG 1967](#) in der Fassung ab 01.01.2006 nicht vorlagen.

Bestritten wird der o.g. Bescheid wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes infolge wesentlicher Verfahrensmängel und unrichtiger rechtlicher Beurteilung.

In diesem Zusammenhang möchte ich folgendes Vorbringen erstatten:

Zu der nach § 3 Abs. 2 FLAG idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes wesentlichen Frage eines ständigen Aufenthalts im Bundesgebiet seit mindestens sechzig Monaten genügt es, gemäß [§ 43 Abs. 2 zweiter Satz VwGG](#) auf das Erkenntnis des VwGH vom 12. Oktober 2009 (ZI. 2009/16/0208) zu verweisen, wonach das Tatbestandsmerkmal des ständigen Aufenthalts nach § 3 Abs. 2 FLAG idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes dem gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne des [§ 26 Abs. 2 BAO](#) entspricht und es somit auf die körperliche Anwesenheit ankommt. Damit wird auf die tatsächlichen Verhältnisse und nicht auf einen "berechtigten Aufenthalt" abgestellt, weshalb das Fehlen eines zum dauernden Aufenthalt berechtigenden Aufenthaltstitels unerheblich ist (siehe auch Erkenntnis des VwGH vom 5.11.2009, ZI. 2009/16/0239). Zudem hat der VwGH auch in einem Erkenntnis vom 21. September 2009 (ZI. 2009/16/0178) zum insoweit vergleichbaren Tatbestand des ständigen Aufenthalts in § 5 Abs. 3 FLAG klargestellt, dass auch dieser ständige Aufenthalt dem gewöhnlichen Aufenthalt iSd [§ 26 Abs. 2 BAO](#) entspricht, dass es bei der Frage dieses Aufenthalts um objektive Kriterien geht, und dass eine Berechtigung zum dauernden Aufenthalt nicht ausschlaggebend ist.

Mit Bericht vom 21. Juli 2012 legte das Finanzamt Graz-Stadt die Berufung aus verwaltungsökonomischen Gründen, ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung, dem unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung vor.

Über die Berufung wurde erwogen:

Folgender Sachverhalt liegt laut Angaben des Bundesasylamtes vom 5. März 2012 vor:

„Am 7. September 2002 wurde der erste Asylantrag gestellt.

In erster Instanz wurde dieser Antrag mit Bescheid vom 7. Jänner 2003 negativ entschieden. Gegen diese Bescheide wurde mit 21. Jänner 2003 fristgerecht berufen.

Mit Bescheiden vom 7. Juli 2006 wies der unabhängige Bundesasylsenat die Berufungen gem. [§§ 7](#) und [8 AsylG](#) als unbegründet ab.

Gegen die Bescheide des Bundesasylsenates wurde Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof erhoben und gleichzeitig die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung gestellt.

Die aufschiebende Wirkung wurde mit 23. August 2006 zuerkannt. (Gemäß [§ 30 Abs. 2 VwGG](#) wird den Anträgen mit der Wirkung stattgegeben, dass den Antragstellern wieder die Rechtsstellung als Asylwerber zukommt, wobei damit im Besonderen jede Zurück- oder Abschiebung der Antragsteller aus Österreich für die Dauer des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens unzulässig ist.)

Am 17. Juli 2008 wurde vom Verwaltungsgerichtshof mit Beschluss die Behandlung der Beschwerde abgelehnt, wobei die neuerliche Rechtskraft des zweitinstanzlichen Bescheides mit 12. August 2008 eingetreten ist.“

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 haben. 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. Nach Absatz 2 galt diese Einschränkung des Absatz 1 nicht für Personen, die sich seit mindestens sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet

aufhielten, sowie für Staatenlose und Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 1997 gewährt wurde.

Die oben 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.

Dies wurde auch in der Berufung von der Berufungswerberin als Begründung dargelegt.

Mit Art. 12 des Fremdenrechtspaketes 2005, [BGBl. I Nr. 100/2005](#), wurde § 3 FLAG neuerlich geändert und lautete sodann:

"§ 3 (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."

§ 55 Abs. 1 FLAG lautet:

"§ 55 (1) Die in §§ 2 Abs. 8 erster Satz und 3 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 100/2005, treten mit 1. 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, in Kraft."

Mit dem Bundesgesetz BGBl. I Nr. 168/2006 wurden dem § 3 FLAG die Absätze 4 und 5 angefügt, welche lauten:

"(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 ..."

In der Berufung wird auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 12.10.2009, [2009/16/0208](#) verwiesen, wonach das Tatbestandsmerkmal des ständigen Aufenthalts nach § 3 Abs. 2 FLAG idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes dem gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne des § 26 Abs. 2 BAO entspricht und es somit auf die körperliche Anwesenheit ankommt. Damit wird auf die tatsächlichen Verhältnisse und nicht auf einen "berechtigten Aufenthalt" abgestellt, weshalb das Fehlen eines zum dauernden Aufenthalt berechtigenden Aufenthaltstitels unerheblich ist. (siehe auch Erkenntnis des VwGH vom 5.11.2009, [2009/16/0239](#)). Zudem hat der VwGH auch in einem Erkenntnis vom 21. September 2009, 2009/16/0178 zum insoweit vergleichbaren Tatbestand des ständigen Aufenthalts in § 5 Abs. 3 FLAG klargestellt, dass auch dieser ständige Aufenthalt dem gewöhnlichen Aufenthalt iSd § 26 Abs. 2 BAO entspricht, dass es bei der Frage dieses Aufenthalts um objektive Kriterien geht, und dass eine Berechtigung zum dauernden Aufenthalt nicht ausschlaggebend ist.

In diesem Erkenntnis hat der Verwaltungsgerichtshof aber auch dargelegt, weshalb § 3 FLAG in der Fassung des Fremdenrechtspaketes 2005 für Personen, die vor dem 1. Jänner 2006 einen Asylantrag gestellt haben und deren Asylverfahren am 31. Dezember 2005 noch anhängig war, noch nicht anzuwenden ist.

Für den vorliegenden Fall bedeutet dies jedoch, dass im August 2008 das Asylverfahren negativ abgeschlossen worden ist und dass sich daher die Berufungswerberin und ihre Tochter nicht rechtmäßig in Österreich aufhalten, weil sie über keinen Aufenthaltstitel nach

den §§ 8 und 9 NAG verfügen.

Gemäß § 3 Abs. 1 und 2 FLAG, BGBl. I Nr. 100/2005, besteht somit kein Anspruch auf Gewährung der Familienbeihilfe.

Über die Berufung war daher wie im Spruch angeführt zu entscheiden.

Graz, am 8. März 2013