



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vertreten durch Mag. Dr. Helmut Blum, Rechtsanwalt, 4020 Linz, Mozartstraße 11/6, vom 2. Dezember 2008 gegen den Bescheid des Finanzamtes Linz vom 23. Oktober 2008 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab 1. Februar 2007 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber ist mazedonischer Staatsbürger und mit seiner Ehegattin und seinen Kindern Z und A im Juni 2001 als Asylwerber nach Österreich eingereist. Ein weiteres Kind, C, wurde 2004 in Österreich geboren. Ein im August 2008 eingebrachter Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für die drei Kinder wurde mit Bescheid des Finanzamtes vom 23.10.2008 abgewiesen, da weder der Berufungswerber noch die Kinder einen Aufenthaltstitel nach den §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes, BGBl I Nr. 100/2005, nachweisen konnten.

In der gegen den Bescheid eingebrachten Berufung führte der Berufungswerber durch seinen rechtlichen Vertreter sinngemäß aus: Die Erstbehörde hätte den Antrag auf Familienbeihilfe für den Zeitraum ab Februar 2007 abgewiesen, da Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe hätten, wenn sie sich nach den §§ 8 und 9 NAG rechtmäßig in Österreich aufhalten. Die Erstbehörde hätte jedoch diese

Rechtsfrage aus folgenden Gründen unrichtig beurteilt: Das Kind Z habe vom Februar 2007 bis zur rechtskräftigen Erledigung seines Asylverfahrens eine vorläufige Aufenthaltsberechtigung nach dem Asylgesetz gehabt. Die Ehegattin, die anderen Kinder und er selbst hätten ebenso eine vorläufige Aufenthaltsberechtigung gehabt und nach Abschluss des Asylverfahrens ein Verfahren auf Erteilung eines humanitären Aufenthaltstitels eingeleitet, welches noch offen sei. Er lebe mit seiner Familie seit Juli 2001 in Österreich und arbeite seit Jänner 2002 hier durchgehend. Auch die Ehegattin hätte ab Juli 2002 bis zur Geburt des Kindes gearbeitet und nach dem Karenzurlaub wieder. Die Arbeitserlaubnis sei im Februar 2007 abgelaufen und sie erhalte wegen des Fehlens eines Aufenthaltstitel keine Verlängerung. Auch er selbst sei im Besitz einer Arbeitserlaubnis gewesen, das Verfahren wegen der Verlängerung sei derzeit im Berufungsstadium und er sei derzeit noch berechtigt, einer Beschäftigung nachzugehen. Bis zur Novelle des FLAG zum 1.1.2006 hätten auch Asylwerber Anspruch auf Familienbeihilfe gehabt, die länger als drei Monate beschäftigt waren. Nach dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes, Zl. 2007/15/0170, hätten Asylwerber, die vor 2006 einen Antrag auf Asyl gestellt haben, noch Anspruch auf Familienbeihilfe nach § 3 FLAG in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes. Da zumindest das Asylverfahren von Z noch anhängig war, wäre § 3 FLAG noch in dieser Fassung anzuwenden. Nach weiteren Ausführungen über die gesellschaftspolitische Funktion der Familienbeihilfe vermeinte er, einen Rechtsanspruch auf Gewährung der Familienbeihilfe zu haben.

Nach Vorlage der Berufung an den Unabhängigen Finanzsenat stellte dieser mittels Vorhalt folgende Fragen an den Berufungswerber: Wann wurden die Asylverfahren betreffend sämtliche Familienmitglieder abgeschlossen, - sind die Anträge auf Ausstellung humanitärer Niederlassungsbewilligungen zwischenzeitig erledigt worden, wenn ja, wann, - mit welchem Aufenthaltstitel hielt bzw. hält sich die gesamte Familie im Zeitraum vom Februar 2007 bis zum heutigen Tag im Bundesgebiet auf?

Die Anfrage wurde folgendermaßen beantwortet: Die Asylverfahren wurden ganz unterschiedlich abgeschlossen: X (Berufungswerber) am 18.2.2003, B (Ehegattin) am 2.4.2004, A am 2.4.2004, C hatte kein Asylverfahren. Die

Niederlassungsbewilligungsverfahren wurden mittlerweile positiv abgeschlossen und wurden die NB-Karten am 17.7.2009 ausgestellt. Seit 2007 besaß der minderjährige Z bis 2/2008 die vorläufige Aufenthaltsberechtigung, die restliche Familie erhielt mit 17.7.2009 die Niederlassungsbewilligung. Das Bewilligungsverfahren war ab 3/2007 anhängig. Kopien der NAG-Karten lagen dem Schreiben bei. Mit einem weiteren Schriftsatz wurde ein in der Berufung gestellter Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung zurückgezogen.

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

Gemäß § 3 Abs. 1 FLAG 1967 in der ab 1.1.2006 geltenden Fassung 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.

§ 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 solche Personen, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde, bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen Anspruch auf Familienbeihilfe haben.

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. 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.

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.

In gegenständlichem Fall ist folgender Sachverhalt erwiesen: Der Berufungswerber, der im Jahr 2001 mit seiner Familie nach Österreich eingereist ist, stellte zunächst – noch nach dem Asylgesetz 1997 - einen Antrag auf Asylgewährung, der jedoch bezüglich der gesamten Familie abgewiesen wurde. Der Abschluss dieses Asylverfahrens betreffend den Berufungswerber war am 18.2.2003, betreffend die Ehegattin am 2.4.2004, betreffend das Kind A ebenfalls am 2.4.2004, lediglich das Asylverfahren des Kindes Z wurde erst am 6.2.2008 abgeschlossen und war somit zu Beginn des Berufszeitraumes noch offen. Im März 2007 stellte der Berufungswerber für sich und seine Familie einen Antrag auf Ausstellung humanitärer Niederlassungsbewilligungen, der letztlich mit 17.7.2009 positiv entschieden wurde.

Auf Grund der unbestrittenen Tatsache, dass zum 31.12.2005 betreffend den Berufungswerber und seine Ehegattin kein offenes Asylverfahren mehr anhängig war und erst im März 2007 wieder ein Antrag auf Aufenthaltsbewilligung gestellt wurde, kann sein Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe nur nach der gesetzlichen Regelung des § 3 FLAG in der ab 1.1.2006 geltenden Fassung beurteilt werden. Aus dem Umstand, dass das Asylverfahren des Kindes im Februar 2007 noch offen war und noch nach dem alten Asylgesetz abzuführen war, kann der Berufungswerber nichts für seinen Standpunkt gewinnen, da nicht das Kind selbst Anspruchsberechtigter ist, der von der Regelung des § 3 FLAG erfasst ist.

§ 3 FLAG in der ab 1.1.2006 geltenden Fassung fordert jedoch unzweifelhaft, dass Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, entweder einen Aufenthaltstitel nach den §§ 8 oder 9 NAG aufweisen können oder ihnen Asyl oder zumindest subsidiäre Schutzberechtigung zugesprochen wurde.

Keine dieser Voraussetzungen liegt im Berufszeitraum vor. Auch die Tatsache, dass der Berufungswerber im März 2007 einen Antrag auf humanitäre Niederlassungsbewilligungen für die gesamte Familie gestellt hat, vermittelt während des laufenden Verfahrens noch keinen Aufenthaltstitel. Hiezu hat der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 31.3.2008, 2008/18/0094, unter Hinweis auf frühere Entscheidungen folgende Feststellung getroffen: Auch nach der ab dem 1. Jänner 2006 anzuwendenden Rechtslage nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz ist der Aufenthalt erst mit der Erteilung einer

Niederlassungsbewilligung und nicht schon nach der Stellung eines darauf abzielenden Antrags rechtmäßig. Auch die Möglichkeit eines Antrags auf Erteilung eines Aufenthaltstitels aus humanitären Gründen (§§ 72 bis 74 NAG) kann den Aufenthalt des Fremden nicht legalisieren. Ebenso führt die Anhängigkeit eines solchen Verfahrens zu keiner Einschränkung der behördlichen Ermächtigung zur Erlassung einer Ausweisung.

Da der Berufungswerber sowie seine Ehegattin vor der Stellung dieses Antrages auf Grund der bereits einige Jahre zurückliegenden abschlägigen Asylverfahren über keinen Aufenthaltstitel verfügten, liegt im Sinn dieser Rechtsprechung ein für den Anspruch auf Familienbeihilfe erforderlicher Aufenthaltstitel erst ab Erteilung der Niederlassungsbewilligung im Juli 2009 vor.

Das Finanzamt hat mit dem angefochtenen Bescheid den Antrag des Berufungswerbers „ab 1. Februar 2007“ abgewiesen. Die zeitliche Wirksamkeit dieses Bescheides erstreckt sich somit auf den Zeitraum bis zum Eintritt einer Änderung der Sach- oder Rechtslage (vgl. VwGH 29.9.2004, 2000/13/0103 u.a.). Da eine Änderung der Sachlage durch die Erteilung der Niederlassungsbewilligung im Zeitpunkt der Erlassung des abweisenden Bescheides noch nicht vorgelegen ist, ist der Bescheid zu Recht ergangen.

Es war daher wie im Spruch zu entscheiden.

Linz, am 5. März 2010