



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw. durch RA, vom 5. Jänner 2012 gegen den Bescheid des Finanzamtes Grieskirchen Wels vom 7. Dezember 2011 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für die Kinder x, für den Monat August 2011 in Höhe von insgesamt € 956,90 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Das Finanzamt hat mit Bescheid vom 7.12.2011 die Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbeträge für die vier minderjährigen Kinder des Berufungswerbers für den Monat August 2011 in Höhe von insgesamt € 956,90 (FB: € 723,30; KAB: € 233,60) unter Hinweis auf § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 zurückgefordert.

Das Asylverfahren sei mit 25.7.2011 negativ abgeschlossen worden. Ein Aufenthaltstitel nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz 2005 bestehe erst ab September 2011.

Die dagegen eingebrachte Berufung vom 5.1.2012 wird damit begründet, dass die in etwa gleichgelagerte bundesdeutsche Rechtslage beim Bundesverfassungsgericht angefochten werde. Dieses Gericht solle klären, ob es mit dem Gleichbehandlungsgebot vereinbar sei, dass Ausländer, denen eine Aufenthaltserlaubnis „auf Probe“ erteilt worden sei, keinen Anspruch auf Elterngeld haben. Das Bundessozialgericht halte die zugrunde liegende Vorschrift des § 1 Abs. 7 Nr 2d Bundeseltern- und Elternzeitgesetz für verfassungswidrig.

Ebenso liege der Fall beim § 3 FLAG, wenn Familien vom AsylG ins Niederlassungsgesetz wechseln und der Aufenthaltstitel nicht rückwirkend an den Verlust des Status von subsidiär Schutzberechtigten anschließe.

### ***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, Anspruch auf Familienbeihilfe haben, 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.

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. 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.

Im gegenständlichen Fall wurde das Asylverfahren unbestritten im Juli 2011 in letzter Instanz negativ abgeschlossen.

Für die Zeit danach ist das Vorliegen der Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe nach der gesetzlichen Regelung des § 3 FLAG in der Fassung des Fremdenrechtspaketes 2005, BGBl. I Nr. 100/2005, zu beurteilen. Nach dieser Regelung haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie selbst sowie die anspruchsvermittelnden Kinder entweder einen Aufenthaltstitel nach den §§ 8 oder 9 NAG haben, oder ihnen Asyl nach dem Asylgesetz 2005 gewährt wurde oder die subsidiäre Schutzberechtigung zuerkannt wurde.

Diese Voraussetzungen liegen im Berufungszeitraum jedoch unbestritten nicht vor (vgl. UFS 25.11.2011, RV/0373-G/11, 8.3.2013, RV/0478-G/12).

Somit bestand für den Monat August 2011 kein Anspruch auf die Familienbeihilfe incl. Kinderabsetzbetrag (§ 33 Abs. 3 EstG 1988).

Aus den angeführten Gründen war daher wie im Spruch zu entscheiden.

Linz, am 5. September 2013