



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 22. Juni 2011, gerichtet gegen den Bescheid des Finanzamtes Graz-Stadt vom 25. Mai 2011, betreffend die Abweisung des Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für die beiden Kinder XundY, jeweils für den Zeitraum vom 1. Mai 2006 bis 28. Februar 2011, entschieden:

Der Berufung wird hinsichtlich der Monate November 2006 bis September 2010 Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird insoweit aufgehoben.

Im Übrigen wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

### **Entscheidungsgründe**

Der Berufungswerber hat im Mai 2011 beim zuständigen Wohnsitzfinanzamt einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für die beiden im Spruch genannten Kinder eingebracht. Er ist aus Mazedonien geflüchtet und (illegal) im November 2001 nach Österreich eingereist und hat hier einen Asylantrag gestellt. Die Ehegattin des Berufungswerbers und die beiden Kinder sind im März 2002 nachgereist und haben in Österreich Asylerstreckungsanträge eingebracht.

Alle Anträge wurden vom Bundesasylamt mit Bescheiden vom 14. Februar 2003 (Berufungswerber) und 6. März 2003 (Ehegattin und Kinder) abgewiesen. Gegen diese abweisenden Bescheide wurde fristgerecht Berufung erhoben. Sämtliche Berufungen (später: Beschwerden) wurden mit Anwaltsschriftsatz vom 21. September 2010 zurückgezogen.

Der Asylgerichtshof erklärte daher mit insgesamt vier Verfahrensanordnungen vom 27. September 2010, dass die Asylverfahren damit rechtskräftig entschieden sind und die Beschwerdeverfahren einzustellen waren.

Mit dem nunmehr angefochtenen (Sammel-) Bescheid vom 25. Mai 2011 hat das Finanzamt den Antrag des Berufungswerbers mit der (auszugsweise wiedergegebenen) nachstehenden Begründung abgewiesen:

*„Für Asylwerber, die vor dem 1.1.2006 einen Asylantrag gestellt haben, besteht nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn der Asylwerber eine unselbständige Beschäftigung ausübt oder aus dieser Beschäftigung Krankengeld bezieht. Desweiteren besteht Anspruch auf Familienbeihilfe ab dem Monat, ab dem sich der Asylwerber sechzig Kalendermonate in Österreich aufhält.*

*In Ihrem Fall wurde festgestellt, dass die Berufungen gegen die abweisenden Entscheidungen des Bundesasylamtes vom Februar bzw. März 2003 ... zurückgezogen wurden, damit wurden die Abweisungsbescheide ... von Ihnen unwiderruflich anerkannt und rechtskräftig.*

*Daher endet die Beurteilung des Familienbeihilfenanspruchs gemäß § 3 Familienlastenausgleichsgesetz 'alt' (in der Fassung bis 31.12.2005) mit Februar 2003.*

*Mit März 2011 wurde Ihnen und Ihren Kindern ein Aufenthaltstitel (...) erteilt, womit die Voraussetzungen des § 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 in der Fassung ab 1.1.2006 erfüllt wurden.*

In der dagegen fristgerecht eingebrachten Berufung wurde auszugsweise ausgeführt:

*„Wir stellten einen Antrag auf Asyl bereits Anfang des Jahres 2003. Nach ständiger Judikatur ist § 3 FLAG in der Fassung des Fremdenrechtspakets 2005, BGBl. I Nr. 100, auf Personen, die vor dem 1. Jänner 2006 einen Asylantrag gestellt haben und deren Asylverfahren am 31. Dezember 2005 noch anhängig war, nicht anzuwenden (VwGH vom 24.6.2010, 2009/16/0127).“*

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

Gemäß § 3 Abs. 1 FLAG 1967, in der ab 1. Jänner 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.

Allerdings bestimmt § 55 Abs. 1 FLAG 1967, dass § 3 des Gesetzes in dieser Fassung nach Maßgabe der Übergangsbestimmungen des NAG sowie des Asylgesetzes 2005 in Kraft tritt. In den Übergangsbestimmungen des Asylgesetzes (§ 75 Abs. 1 AsylG 2005) wird angeordnet, dass Asylverfahren, die am 31. Dezember 2005 bereits anhängig waren, noch nach den Bestimmungen des Asylgesetzes 1997 zu Ende zu führen sind. § 55 FLAG 1967 ist in diesem Zusammenhang so zu verstehen, dass § 3 FLAG 1967 in der zitierten Fassung des Fremdenrechtspakets 2005 für Personen, deren Asylverfahren noch nach dem AsylG 1997 abzuführen ist, auch für Zeiträume nach dem 1. Jänner 2006 nicht anzuwenden ist. Für diesen Personenkreis kommt daher § 3 FLAG 1967, unbeschadet der durch BGBl. I Nr. 168/2006 mit Wirkung ab 1. Juli 2006 vorgenommenen Änderung, zunächst noch in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004, zur Anwendung (vgl. z. B. VwGH 15.1.2008, 2007/15/0219).

Gegen den den Asylantrag des Berufungswerbers abweisenden Bescheid vom 14. Februar 2003 wurde fristgerecht Berufung erhoben. Diese Berufung (später: Beschwerde) wurde jedoch mit Anwaltsschriftsatz vom 21. September 2010 zurückgezogen und der Asylgerichtshof erklärte mit Verfahrensanordnung vom 27. September 2010, dass das Asylverfahren damit rechtskräftig entschieden ist. Die Rechtskraft des abweisenden Bescheides trat daher mit Kenntnisnahme des Asylgerichtshofs von der Zurücknahme der Berufung und somit im September 2010 ein, bis dahin war ein Asylverfahren des Berufungswerbers "anhängig" und es ist hinsichtlich der Monate Mai 2006 bis September 2010 § 3 FLAG 1967 in folgender Fassung anzuwenden:

Abs. 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.

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

Abs. 3: Ist der Elternteil, der den Haushalt überwiegend führt (§ 2 a Abs. 1), nicht österreichischer Staatsbürger, genügt für dessen Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn der andere Elternteil österreichischer Staatsbürger ist oder die Voraussetzungen nach Abs. 1 oder 2 erfüllt.

Ein Anspruch auf Familienbeihilfe kann daher nur gegeben sein, wenn der Berufungswerber (oder seine Ehegattin als "anderer Elternteil" im Sinn des hier anzuwendenden § 3 Abs.3 FLAG 1967) die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 oder 2 FLAG 1967 erfüllten.

Nun war aber weder der Berufungswerber noch war seine Ehegattin in der hier maßgeblichen Zeit (Mai 2006 bis September 2010) bei einem Dienstgeber beschäftigt und hatte aus dieser Beschäftigung Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit bezogen. Es wurden auch keine Bezüge aus der gesetzlichen Krankenversicherung zufolge einer solchen Beschäftigung im Bundesgebiet bezogen.

Da die Einreise ins Bundesgebiet erst im November 2001 erfolgt ist, hielt sich der Berufungswerber in den Monaten Mai bis Oktober 2006 noch nicht seit mindestens sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet auf. Die Berufung musste daher hinsichtlich der Monate Mai 2006 bis einschließlich Oktober 2006 als unbegründet abgewiesen werden.

Hinsichtlich der Monate Oktober 2010 bis einschließlich Februar 2011 ist § 3 FLAG in der schon zitierten ab 1. Jänner 2006 geltenden Fassung anzuwenden. Da der Berufungswerber (und die Kinder) sich bis zur Erteilung einer Niederlassungsbewilligung im März 2011 nicht nach § 8 (und § 9) NAG rechtmäßig in Österreich aufgehalten haben, hat das Finanzamt für diese Monate zu Recht einen Anspruch auf Familienbeihilfe verneint. Auch der Berufung konnte daher hinsichtlich dieser Monate kein Erfolg beschieden sein.

Hinsichtlich der Monate November 2006 bis September 2010 war der Berufung jedoch Folge zu geben, weil für diesen Zeitraum der Berufungswerber alle Voraussetzungen des § 3 FLAG, in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, erfüllte.

Der Berufung war sohin insgesamt, wie im Spruch geschehen, teilweise Folge zu geben.

Graz, am 29. März 2012