

## **IM NAMEN DER REPUBLIK**

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R in der Beschwerdesache Bw. gegen den Bescheid des FA Y vom 05.12.2012, betreffend Abweisung des Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für das Kind K1 für die Zeit ab Oktober 2012 zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird Folge gegeben.

Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) unzulässig.

## **Entscheidungsgründe**

Das Finanzamt hat mit Bescheid vom 5.12.2012 den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für den minderjährigen Sohn der Beschwerdeführerin für die Zeit ab Oktober 2012 unter Hinweis auf § 3 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 abgewiesen.

Die dagegen eingebrachte Beschwerde vom 11.12.2012 wird wie folgt begründet:

"In mehreren Entscheidungen des VwGH (Zl. 2009/16/0239, Zl. 2009/16/0258, Zl. 2009/16/0208, Zl. 2009/16/0128) hat jener immer wieder betont, dass für Personen, die Asylanträge vor dem 1. Jänner 2006 gestellt haben und deren Asylverfahren am 31. Dezember 2005 anhängig war, § 3 Abs. 2 FLAG idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes anzuwenden ist.

Gemäß § 3 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) in der am 31.12.2005 geltenden Fassung, gilt § 3 Abs. 1 nicht für Personen, die sich seit mindestens sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten.

In jenen Fällen, in denen das Asylverfahren des Antragstellers auf Gewährung der Familienbeihilfe nach den Bestimmungen des Asylgesetzes 1997 zu Ende zu führen ist, richtet sich sein Anspruch auf Familienbeihilfe nach den Bestimmungen des FLAG in der Fassung des Bundesgesetzes, BGBl. I 2004/142, wonach die asylrechtliche Stellung des den Anspruch vermittelnden Kindes bedeutungslos ist (VwGH Zl. 2008/15/0199).

Mein Asylverfahren ist seit 13.10.2005 anhängig und der erforderliche Aufenthalt von mindestens sechzig Kalendermonaten ist gegeben. Die asylrechtliche Stellung meines Sohnes ist hierbei nicht von Relevanz, weshalb die Behörde auch bisher zu Recht Familienbeihilfe für meinen Sohn gewährt hat.

Ich beantrage daher meiner Berufung Folge zu geben und mir die Familienbeihilfe für meinen Sohn ab Oktober 2012 zu gewähren."

Das Bundesfinanzgericht geht auf Grund der vorliegenden Unterlagen von folgendem Sachverhalt aus:

Aus den Erkenntnissen des Asylgerichtshofes vom 19.9.2013 ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin mit ihrem Ehemann und den beiden minderjährigen Kindern am 4.9.2005 beim illegalen Grenzübertritt aufgegriffen worden sei und allesamt am selben Tag Anträge auf Gewährung von Asyl stellten. Im Bundesgebiet wurde 2007 der minderjährige Sohn geboren und für diesen ein Antrag auf internationalen Schutz gestellt. Mit Bescheid vom 13.12.2006 wies das Bundesasylamt den Asylantrag der Beschwerdeführerin ab. Der dagegen eingebrachten Beschwerde gab der Unabhängige Bundesasylsenat mit Bescheid vom 8.3.2007 statt.

Gegen diesen Bescheid erhob der Bundesminister für Inneres Amtsbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof.

Mit Bescheid vom 21.5.2007 wies das Bundesasylamt den Asylantrag erneut ab.

Gegen diesen Bescheid erhob die Beschwerdeführerin fristgerecht Berufung an den Unabhängigen Bundesasylsenat, welche nunmehr als Beschwerde an den Asylgerichtshof zu werten ist.

Mit Erkenntnis vom 26.6.2008 hob der Verwaltungsgerichtshof den Bescheid des Unabhängigen Bundesasylsenates vom 8.3.2007 auf.

In der Folge wies der Asylgerichtshof mit Erkenntnis vom 26.8.2011 die Beschwerde gegen den Bescheid vom 21.5.2007 als unzulässig zurück.

Am 29.1.2013 fand vor dem Asylgerichtshof eine öffentliche mündliche Beschwerdeverhandlung statt, an welcher die Beschwerdeführerin, ihr Ehemann und ihre drei minderjährigen Kinder teilgenommen haben. Im Zuge der Beschwerdeverhandlung wurden die Beschwerden der Beschwerdeführerin und ihrer Familienangehörigen hinsichtlich Spruchpunkt I und II der angefochtenen Bescheide des Bundesasylamtes zurückgezogen.

Die Beschwerden gegen Spruchpunkt III der angefochtenen Bescheide wurden aufrechterhalten.

Mit Verfahrensanordnung vom 30.1.2013 wurde festgehalten, dass durch die Zurückziehung der Beschwerde gegen Spruchpunkt I und II des angefochtenen Bescheides vom 13.12.2006, der Bescheid in diesem Ausmaß in Rechtskraft erwachsen ist und das diesbezügliche Beschwerdeverfahren einzustellen war.

Der Asylgerichtshof führt auch aus, dass mit 1.1.2006 das Asylgesetz 2005 in Kraft getreten ist. Gemäß § 75 Abs. 1 AsylG 2005 idgF sind alle am 31.12.2005 anhängigen Verfahren nach den Bestimmungen des Asylgesetzes 1997 zu Ende zu führen.

Der Asylgerichtshof erkennt weiters zu Punkt III des angefochtenen Bescheides, der die Ausweisung betraf, dass die Gründe für die Unzulässigkeit der Ausweisung nicht bloß vorübergehender Natur sind und die Ausweisung der Beschwerdeführerin somit auf Dauer für unzulässig zu erklären war. Es wird daher gemäß § 44a Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz ein Aufenthaltstitel von Amts wegen zu erteilen sein.

Ebenso ergingen am 19.9.2013 in diesem Sinne Erkenntnisse des Asylgerichtshofes für den Ehemann und die Kinder der Beschwerdeführerin.

Das Finanzamt vertritt im angefochtenen Bescheid die Ansicht, dass für das im Februar 2007 im Inland geborene Kind der Beschwerdeführerin die Gewährung der Familienbeihilfe nach der ab 1.1.2006 geltenden Fassung des § 3 FLAG 1967 zu beurteilen ist.

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.

Der Verwaltungsgerichtshof hat im Erkenntnis vom 12.10.2009, 2009/16/0208, Folgendes erwogen:

"Gemäß § 2 Abs. 1 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 - FLAG haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, für in dieser Bestimmung festgelegte Voraussetzungen erfüllende Kinder Anspruch auf Familienbeihilfe. § 3 FLAG idF des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 646/1977 lautete:

"§ 3. (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.

(2) Abs. 1 gilt nicht für Personen, die sich seit mindestens sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten, sowie für Staatenlose und für Flüchtlinge im Sinne des Art. 1 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951, BGBl. Nr. 55/1955, und des Protokolls über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, BGBl. Nr. 78/1974." Mit Art. 22 des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004, wurde § 3 Abs. 2 FLAG geändert und lautete dann:

"(2) Abs. 1 gilt nicht für Personen, die sich seit mindestens 60 Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten, sowie für Staatenlose und Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 1997 gewährt wurde."

Mit Art. 12 des Fremdenrechtspakets 2005, BGBl. I Nr. 100/2005, wurde § 3 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 ..."

Der Verwaltungsgerichtshof hat im hg. Erkenntnis vom 15. Jänner 2008, 2007/15/0170, auf dessen Gründe nach § 43 Abs. 2 zweiter Satz VwGG verwiesen wird, eingehend 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. An dieser Auffassung hat der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 24. September 2008, 2008/15/0199, festgehalten.

Der Beschwerdefall bietet keinen Anlass, von dieser Auffassung abzuweichen.

Damit ist im Beschwerdefall auf die Mitbeteiligte, deren Asylantrag vor dem 1. Jänner 2006 gestellt wurde und deren *Asylverfahren* am 31. Dezember 2005 noch anhängig war, § 3 Abs. 2 FLAG idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes anzuwenden.

Nach dieser Bestimmung gilt § 3 Abs. 1 FLAG nicht für Personen, die sich seit mindestens 60 Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten. Der Verwaltungsgerichtshof

hat zur insoweit gleichen Rechtslage des § 3 Abs. 2 FLAG idF des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 646/1977 bereits im Erkenntnis vom 7. Juni 2001, 98/15/0025, dargelegt, dass der in § 3 Abs. 2 FLAG geforderte ständige Aufenthalt im Bundesgebiet dem ständigen Aufenthalt iSd § 26 Abs. 2 BAO entspricht und es dabei auf die körperliche Anwesenheit ankommt. Damit wird auf die tatsächlichen Verhältnisse und nicht auf einen "berechtigten Aufenthalt" abgestellt, weshalb es in jenem Beschwerdefall auf das Fehlen einer Aufenthaltsgenehmigung nicht ankam.

Erst jüngst hat der Verwaltungsgerichtshof mit hg. Erkenntnis vom 21. September 2009, 2009/16/0178, zum insoweit vergleichbaren Tatbestand des ständigen Aufenthaltes in § 5 Abs. 3 FLAG wieder klargestellt, dass auch dieser ständige Aufenthalt dem gewöhnlichen Aufenthalt iSd § 26 Abs. 2 BAO entspricht, dass es bei der Frage dieses Aufenthaltes um objektive Kriterien geht, und dass eine Berechtigung zum dauernden Aufenthalt (in jenem Beschwerdefall war lediglich eine befristete Aufenthaltsbewilligung erteilt worden) nicht ausschlaggebend ist.

Das beschwerdeführende Finanzamt vermeint, ein ständiger Aufenthalt der Mitbeteiligten im Bundesgebiet sei nicht gegeben, weil der Aufenthalt der Mitbeteiligten als Asylwerberin nicht auf einem zu dauerndem Aufenthalt berechtigenden Aufenthaltstitel beruhe.

Der Verwaltungsgerichtshof vertritt demgegenüber die Auffassung, dass das Tatbestandsmerkmal des ständigen Aufenthaltes in § 3 Abs. 2 FLAG idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes ebenfalls dem gewöhnlichen Aufenthalt iSd § 26 Abs. 2 BAO entspricht und daher das vom beschwerdeführenden Finanzamt ins Treffen geführte Fehlen eines zu dauerndem Aufenthalt berechtigenden Aufenthaltstitels unerheblich ist.

Da somit bereits der Inhalt der Beschwerde erkennen lässt, dass die behauptete Rechtsverletzung nicht vorliegt, war die Beschwerde ohne weiteres Verfahren gemäß § 35 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen."

Im Erkenntnis vom 24.9.2008, 2008/15/0199, führte der Verwaltungsgerichtshof aus:

"In den Übergangsbestimmungen des Asylgesetzes 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 (§ 75 Abs. 1 AsylG 2005). § 55 FLAG verknüpft das Inkrafttreten des § 3 FLAG in der Fassung des Fremdenrechtspaketes 2005 mit den Übergangsbestimmungen des NAG und jenen des Asylgesetzes 2005. Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 15. Jänner 2008, 2007/15/0170, auf welches gemäß § 43 Abs. 2 zweiter Satz VwGG verwiesen wird, rechtliche Ausführungen über das Inkrafttreten und die Anwendung der hier maßgebenden Bestimmungen des FLAG in der durch das Fremdenrechtspaket 2005, BGBl. I Nr. 100/2005, geänderten Fassung getroffen. Darin führte er aus, § 55 FLAG sei dahingehend zu verstehen, dass § 3 FLAG in der Fassung des Fremdenrechtspaketes 2005 für Personen, denen gegenüber gemäß § 75 AsylG 2005 das *Asylverfahren* noch nach dem Asylgesetz 1997 abgeführt wird, auch für Zeiträume ab 1. Jänner 2006 nicht anzuwenden ist. Für diesen Personenkreis komme daher § 3 FLAG - unbeschadet der durch BGBl. 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. Dies bedeutet also, dass in den Fällen, in denen das *Asylverfahren* des Antragstellers auf Gewährung der Familienbeihilfe nach den Bestimmungen des AsylG 1997 zu Ende zu führen ist, sein Anspruch auf Familienbeihilfe sich nach den Bestimmungen des FLAG in der Fassung des Bundesgesetzes, BGBl. I 2004/142, richtet, wonach die asylrechtliche Stellung des den Anspruch vermittelnden Kindes bedeutungslos ist. Ist hingegen das *Asylverfahren* des Antragstellers nach dem AsylG 2005 zu führen, gilt für seinen Anspruch auf Familienbeihilfe das FLAG i.d.F. des Bundesgesetzes, BGBl. I 2005/100 oder bereits BGBl. I 2006/168. Wenn in diesem Fall aber das *Asylverfahren* des den Anspruch vermittelnden Kindes nach dem AsylG 1997 zu Ende zu führen ist, richtet sich der Anspruch auf die Familienbeihilfe nach § 55 FLAG ebenfalls nach den Bestimmungen des FLAG i.d.F. des Bundesgesetzes, BGBl. I 2004/142."

Im vorliegenden Fall stellte die Beschwerdeführerin ihren Asylantrag am 4.9.2005. Das entsprechende Erkenntnis des Asylgerichtshofes erging am 19.9.2013.

So war das Asylverfahren am 31.12.2005 noch anhängig und es war gemäß den Erwägungen des Verwaltungsgerichtshofes § 3 Abs. 2 FLAG idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes anzuwenden.

§ 3 FLAG 1967 in dieser genannten Fassung lautete:

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.

Es ist unbestritten, dass sich die Beschwerdeführerin mit dem Ehegatten und den Kindern seit 2005 und somit seit mindestens 60 Kalendermonaten ständig in Österreich aufhält. Somit liegen aber auch die Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe für den minderjährigen Sohn der Beschwerdeführerin für die Zeit ab Oktober 2012 vor.

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

Gegen dieses Erkenntnis ist die Revision an den Verwaltungsgerichtshof nicht zulässig, da die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG abhing. Die Entscheidung stützt sich auf die darin angeführte ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes.

Y, am 22. Oktober 2014