



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vertreten durch Paischer & Schertler, Rechtsanwälte, 5280 Braunau, Salzburger Straße 4, vom 4. Juni 2008 gegen den Bescheid des Finanzamtes Braunau Ried Schärding vom 29. Mai 2008 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab 1. Mai 2008 entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

### Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber ist libanesischer Staatsbürger und im September 2002 als Asylwerber mit seiner Ehegattin und seinen vier Kindern Z, geboren 1986, I, geboren 1988, A, geboren 1992, und M, geboren 1995, nach Österreich eingereist. Im Mai 2008 stellte er einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe. Das Asylverfahren war zu dieser Zeit noch nicht abgeschlossen. Das Finanzamt wies mit Bescheid vom 29.5.2008 den Antrag mit der Begründung ab, dass nach § 3 Abs. 1 FLAG Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe haben, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 NAG rechtmäßig in Österreich aufhalten. Da die gesamte Familie in Österreich keine Niederlassungsbewilligung, sondern nur eine vorläufige Aufenthaltsberechtigung habe, sei der Antrag abzuweisen.

In der gegen den Bescheid eingebrachten Berufung führte der Berufungswerber durch seinen rechtlichen Vertreter sinngemäß aus: Die Abweisung des Antrages sei erfolgt, da die Familie

des Berufungswerbers in Österreich keine Niederlassungsbewilligung, sondern nur eine vorläufige Aufenthaltsbewilligung habe. Der Berufungswerber genieße jedoch Flüchtlingsstatus und befinde sich seit mehr als 60 Monaten rechtmäßig in Österreich. Die Einreise nach Österreich sei konkret am 17.9.2002 erfolgt. Er lebe gemeinsam mit seiner Familie in Österreich, gehe einer selbständigen Erwerbstätigkeit als Kaufmann nach und es wurde auch der diesbezügliche Eintrag ins Gewerberegister durchgeführt. Damit stehe fest, dass er sich seit mehr als fünf Jahren rechtmäßig in Österreich aufhalte, weshalb ihm für seine Kinder die Familienbeihilfe im gesetzlichen Ausmaß zustehe.

Im Zuge des Berufungsverfahrens wurde über Anfrage des Unabhängigen Finanzsenates seitens des Berufungswerbers mitgeteilt, dass die Asylanträge im September 2002 gestellt wurden, im Juni 2007 negativ entschieden wurden und gegen diese Entscheidungen Beschwerde eingebracht wurde, die bislang (Anmerkung: Eingang der Mitteilung am 22.4.2009) noch nicht entschieden sei. Weiters wurden Schulbestätigungen betreffend die beiden älteren Kinder Z und I vorgelegt, wonach Z bis einschließlich Schuljahr 2008/2009 die Höhere Technische Bundeslehranstalt in B besuchte und I bis einschließlich Schuljahr 2009/2010 ordentliche Schülerin im Bundesgymnasium B sei.

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

Nach § 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, BGBl. I Nr. 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhalten. Nach Abs. 2 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.

Die Änderung des § 3 FLAG erfolgte im Zuge umfangreicher Gesetzesänderungen durch das Fremdenrechtspaket 2005, BGBl. I Nr. 100/2005. Im Zuge dieser Änderungen wurde folgende Übergangsbestimmung des § 55 FLAG angefügt: Die §§ 2 Abs. 8 erster Satz 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), BGBl. I Nr. 100/2005, sowie des Asylgesetzes 2005 (AsylG 2005), BGBl. I Nr. 100/2005, in Kraft.

Das Asylgesetz 2005 enthält unter anderem in seinem § 75 Absatz 1 folgende Übergangsbestimmung: Alle am 31. Dezember 2005 anhängigen Verfahren sind nach den Bestimmungen des Asylgesetzes 1997 zu Ende zu führen. § 44 AsylG 1997 gilt. Die §§ 24, 26, 54 bis 57 und 60 dieses Bundesgesetzes sind auf diese Verfahren anzuwenden. ....

Auf Grund dieser Übergangsbestimmungen hat der Verwaltungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 15.1.2008, 2007/15/0170, die Feststellung getroffen, dass § 3 FLAG in der Fassung des Fremdenrechtspaketes 2005 für Personen, die vor dem 1. Jänner 2006 einen Asylantrag gestellt haben und deren Asylverfahren daher noch nach dem Asylgesetz 1997 abgeführt wird, auch für Zeiträume ab dem 1. Jänner 2006 noch nicht anzuwenden ist. Für diesen Personenkreis kommt § 3 FLAG zunächst noch in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004, zur Anwendung.

In dieser Fassung lautete § 3 FLAG auszugsweise folgendermaßen:

Absatz 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.

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

Im gegenständlichen Fall wurde unbestrittenermaßen das Asylverfahren bereits im Jahr 2002 eingeleitet und war im Berufungszeitraum noch nicht abgeschlossen, sodass der Antrag des Berufungswerbers bis zu dessen Abschluss noch nach § 3 FLAG in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes zu beurteilen ist. Es steht weiters außer Streit, dass ein Anspruch auf Familienbeihilfe nach Absatz 1 dieser Regelung nicht besteht. Der Berufungswerber verweist jedoch darauf, dass sich er sowie seine Familie seit mehr als sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 12.10.2009, 2009/16/0208, betreffend einen vergleichbaren Sachverhalt zu § 3 Abs. 2 FLAG in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes unter Zitierung seiner Entscheidung vom 7.6.2001, 98/15/0025, klargestellt, dass der dort geforderte ständige Aufenthalt im Bundesgebiet dem ständigen Aufenthalt im Sinn des § 26 Abs. 2 BAO entspricht und es dabei auf die körperliche

Anwesenheit ankommt. Damit werde auf die tatsächlichen Verhältnisse und nicht auf einen „berechtigten Aufenthalt“ abgestellt. In der Folge verweist er auf seine im Erkenntnis vom 21.9.2009, 2009/16/0178, zum insoweit vergleichbaren Tatbestand des ständigen Aufenthaltes in § 5 Abs. 3 FLAG erfolgte Klarstellung, dass auch dieser ständige Aufenthalt dem gewöhnlichen Aufenthalt im Sinn des § 26 Abs. 2 BAO entspricht, dass es bei der Frage dieses Aufenthaltes um objektive Kriterien geht und eine Berechtigung zum dauernden Aufenthalt nicht ausschlaggebend ist.

Im Sinn dieser Rechtsprechung ist auch im gegenständlichen Fall unwesentlich, ob die Aufenthaltsberechtigung des Berufungswerbers nur eine vorläufige ist. Vielmehr ist der tatsächliche Aufenthalt im Bundesgebiet von Bedeutung. Mit seiner Einreise nach Österreich im September 2002 erfüllt der Berufungswerber jedenfalls im Berufszeitraum die Voraussetzung eines mehr als sechzigmonatigen ständigen Aufenthaltes im Bundesgebiet und damit auch für den Anspruch auf Familienbeihilfe.

Es war daher wie im Spruch zu entscheiden.

Linz, am 4. Dezember 2009