

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R in der Beschwerdesache BF, vertreten durch RA, gegen den Bescheid des Finanzamtes Linz vom 21.05.2012 zu VNR1, mit dem der Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für das Kind K (VNR2) ab Dezember 2011 abgewiesen wurde, zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

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

## Entscheidungsgründe

Der Beschwerdeführer beantragte mittels Formblatt Beih 1, unterfertigt am 17. Jänner 2012, beim Finanzamt im Infocenter eingereicht am 18. Jänner 2012, die Gewährung der Familienbeihilfe für seinen am 8. Dezember 2011 geborenen Sohn ab dem Zeitpunkt der Geburt. Als Beruf gab der Beschwerdeführer "Asylwerber", als Staatsbürgerschaft "Kamerun" und als Datum der Einreise nach Österreich "21.05.2003" an.

Dem Antrag waren eine Ablichtung der Geburtsurkunde des Kindes sowie der Aufenthaltskarte des Beschwerdeführers (Bescheinigung gemäß § 19 AsylG über eine vorläufige Aufenthaltsberechtigung) angeschlossen.

Ferner lag dem Antrag ein Schreiben der Volkshilfe Linz vom 17. Jänner 2012 bei. Der Beschwerdeführer sei im Jahr 2003 nach Österreich eingereist, habe um Asyl angesucht und befindet sich seitdem im Asylverfahren. Der Verwaltungsgerichtshof habe festgestellt, dass aufgrund von Übergangsbestimmungen alte Verfahren nach altem Recht zu Ende zu führen seien. Daher gelte für jene Asylwerber, die ihren Antrag vor dem 1. Jänner 2006 gestellt hätten, und deren Asylverfahren am 31. Dezember 2005 noch anhängig gewesen sei, § 3 FLAG idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes.

In einem Vorhalt vom 25. Jänner 2012 ersuchte das Finanzamt den Beschwerdeführer um Vorlage eines Nachweises für die Aufenthaltsberechtigung seines Sohnes.

Am 20. Februar 2012 wurde für dieses Kind die Ablichtung einer am 16. Februar 2012 vom Bundesasylamt ausgestellten Aufenthaltsberechtigungskarte gemäß § 51 AsylG vorgelegt.

Mit einem am 17. April 2012 beim Finanzamt eingelangten Schreiben urgierte der Beschwerdeführer die Erledigung seines Beihilfenantrages und legte (neuerlich) Ablichtungen der Bescheinigungen gemäß §§ 19 und 51 AsylG vor.

Das Finanzamt wies mit Bescheid vom 21. Mai 2012 den Antrag des Beschwerdeführers auf Gewährung der Familienbeihilfe für seinen Sohn ab Dezember 2011 mit der Begründung ab, dass der Asylgerichtshof als letztinstanzliches Gericht im ordentlichen Instanzenzug bereits am 9. Jänner 2008 negativ im Asylverfahren des Beschwerdeführers entschieden habe.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die verfahrensgegenständliche Berufung (nunmehr Beschwerde). Diese wurde damit begründet, dass gegen die Entscheidung des Asylgerichtshofes eine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof erhoben worden sei. Dieser habe mit Erkenntnis vom 17. März 2011, 2008/01/0055, die Entscheidung des Asylgerichtshofes wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschrift aufgehoben (eine Ablichtung dieser Entscheidung wurde angeschlossen). Damit sei das Asylverfahren des Beschwerdeführers wieder offen, er habe damit ununterbrochen den Status eines Asylwerbers inne (gehabt).

Mit Berufungsvorentscheidung vom 14. Juni 2012 wies das Finanzamt die Berufung ab. Der am 8. Dezember 2011 geborene Sohn des Beschwerdeführers verfüge lediglich über eine Aufenthaltsberechtigungskarte gemäß § 51 AsylG. Nach 2005 geborene Kinder würden jedoch einen Aufenthaltstitel nach § 3 FLAG "neu" benötigen und wären gesondert von den Eltern und einzeln zu betrachten. Da für das Kind kein entsprechender Titel vorliege, sei die Berufung als unbegründet abzuweisen gewesen.

Im Vorlageantrag vom 5. Juli 2012 wurde zusammengefasst auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes verwiesen, derzufolge für Personen, denen gegenüber aufgrund eines am 31. Dezember 2005 bereits anhängigen Asylantrages dieses Verfahrens noch nach dem Asylgesetz 1997 abgeführt werde, § 3 FLAG idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes BGBI I 142/2004 zur Anwendung gelange und damit die asylrechtliche Stellung des anspruchsvermittelnden Kindes bedeutungslos sei. Auf den Beschwerdeführer sei unstrittig die "alte" FLAG-Rechtslage anzuwenden, weshalb die asylrechtliche Stellung seines den Anspruch vermittelnden Kindes bedeutungslos sei und das Kind nicht "gesondert" und "einzel" zu betrachten, und im Ergebnis kein Aufenthaltstitel nach dem NAG gefordert sei.

Am 20. Juli 2012 legte das Finanzamt die Berufung dem Unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung vor. Gemäß § 323 Abs. 38 BAO sind die am 31. Dezember 2013 beim

Unabhängigen Finanzsenat anhängig gewesenen Berufungen vom Bundesfinanzgericht als Beschwerden im Sinne des Art. 130 Abs. 1 B-VG zu erledigen.

### **Über die Beschwerde wurde erwogen:**

§ 3 in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I 142/2004, lautete auszugsweise:

"§ 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;

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

Durch das "Fremdenrechtspaket 2005", BGBl. I 100/2005, hat der Gesetzgeber eine Änderung der Rechtslage auf dem Gebiet des Asyl- und Fremdenrechts vorgenommen. Im Zuge dieser Reform wurde auch § 3 FLAG neu gefasst. Art. 12 des Fremdenrechtspaketes 2005, BGBl. I 100/2005, lautet auszugsweise:

"Änderung des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967

Das Familienlastenausgleichsgesetz 1967 ... wird wie folgt geändert: ...

2. § 3 lautet:

§ 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.

3. Nach § 54 wird folgender § 55 angefügt:

§ 55. Die §§ 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."

Die §§ 73 und 75 Asylgesetz 2005 lauten auszugsweise wie folgt:

"Zeitlicher Geltungsbereich

§ 73. (1) Dieses Bundesgesetz tritt mit 1. Jänner 2006 in Kraft.

(2) Das Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl (Asylgesetz 1997 - AsylG), BGBl. I Nr. 76/1997, tritt mit Ausnahme des § 42 Abs. 1 mit Ablauf des 31. Dezember 2005 außer Kraft."

#### "Übergangsbestimmungen

§ 75 (1) Alle am 31. Dezember 2005 anhängigen Verfahren sind nach den Bestimmungen des Asylgesetzes 1997 mit der Maßgabe zu Ende zu führen, dass in Verfahren, die nach dem 31. März 2009 beim Bundesasylamt anhängig sind oder werden, § 10 in der Fassung BGBl. I Nr. 29/2009 mit der Maßgabe anzuwenden ist, dass eine Abweisung des Asylantrages, wenn unter einem festgestellt wurde, dass die Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung des Asylwerbers in seinen Herkunftsstaat zulässig ist, oder eine Zurückweisung des Asylantrages als Entscheidung nach dem Asylgesetz 2005 gilt. § 44 AsylG 1997 gilt. Die §§ 24, 26, 54 bis 57 und 60 dieses Bundesgesetzes sind auf diese Verfahren anzuwenden. § 27 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 122/2009 ist auf diese Verfahren mit der Maßgabe anzuwenden, dass das Bundesasylamt oder der Asylgerichtshof zur Erlassung einer Ausweisung zuständig ist und der Sachverhalt, der zur Einleitung des Ausweisungsverfahrens führen würde, nach dem 31. Dezember 2005 verwirklicht wurde. § 57 Abs. 5 und 6 ist auf diese Verfahren mit der Maßgabe anzuwenden, dass nur Sachverhalte, die nach dem 31. Dezember 2005 verwirklicht wurden, zur Anwendung dieser Bestimmungen führen.

(3) Karten nach dem AsylG 1997 behalten ihre Gültigkeit bis zum vorgesehenen Zeitpunkt.

(5) Einem Fremden, dem am oder nach dem 31. Dezember 2005 die Flüchtlingseigenschaft nach den Bestimmungen des Asylgesetzes 1997 oder früheren asylrechtlichen Vorschriften zugekommen ist oder zuerkannt wurde, gilt, soweit es zu keiner Aberkennung oder keinem Verlust der Flüchtlingseigenschaft gekommen ist, der Status des Asylberechtigten als zuerkannt.

(6) Einem Fremden, dem am oder nach dem 31. Dezember 2005 eine befristete Aufenthaltsberechtigung nach den Bestimmungen des Asylgesetzes 1991 oder des Asylgesetzes 1997 zugekommen ist oder zuerkannt wurde, gilt der Status des subsidiär Schutzberechtigten als zuerkannt."

Mit dem Bundesgesetz, BGBl. I 168/2006, wurden dem § 3 FLAG folgende Abs. 4 und 5 angefügt:

"(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 unselbstständig oder selbstständig 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 zur Begründung des Mittelpunktes der Lebensinteressen im Bundesgebiet (§ 2 Abs. 8) durch den Elternteil und das Kind. Als nachgeborene Kinder gelten jene Kinder, die nach dem Zeitpunkt der Erteilung des Aufenthaltstitels oder der Zuerkennung des Status des Asylberechtigten oder subsidiär Schutzberechtigten an den zusammenführenden Fremden geboren werden."

Nach dem mit diesem Bundesgesetz dem § 55 FLAG angefügten Abs. 3 trat § 3 Abs. 4 und 5 in der Fassung des Bundesgesetzes, BGBl. I Nr. 168/2006, am 1. Juli 2006 in Kraft.

Das Finanzamt stützt im gegenständlichen Fall die Abweisung des Beihilfenantrages des Beschwerdeführers darauf, dass das den Anspruch vermittelnde, erst am 8. Dezember 2011 geborene Kind keinen seit 1. Jänner 2006 erforderlichen Aufenthaltstitel nach §§ 8, 9 NAG besitzt.

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, 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 142/2004, 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 idF des Bundesgesetzes, BGBl. I 100/2005 oder bereits BGBl. I 168/2006. 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 idF des Bundesgesetzes, BGBl. I 142/2004. Dies gilt allerdings nur für die vor dem 1. Jänner 2006 geborenen anspruchsvermittelnden Kinder. Der Anspruch auf Gewährung der Familienbeihilfe für nach dem 31. Dezember

2005 geborene Kinder richtet sich nach § 3 FLAG idF BGBl. I 2006/168 (VwGH 24. September 2008, 2008/15/0199; UFS 4. Dezember 2012, RV/0599-G/12, BFG 20. Mai 2014, RV/5100443/2013). Die Voraussetzungen dieser Bestimmung sind im gegenständlichen Fall - unbestritten - nicht erfüllt.

Verfassungsrechtlichen Bedenken gegen diese Ungleichbehandlung der vor dem 1. Jänner 2006 bzw. nach dem 31. Dezember 2005 geborenen anspruchsvermittelnden Kinder teilte schon der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 24. September 2008 unter Hinweis auf die Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes vom 16. März 2007, B 1397/06, und vom 28. November 2005, B 3295/05, nicht, und sind auch beim Bundesfinanzgericht nicht entstanden.

Der angefochtene Bescheid erweist sich daher als nicht rechtswidrig, weshalb die gegen diesen Bescheid erhobene Beschwerde abzuweisen war.

Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof im Sinne des Art. 134 Abs. 1 B-VG nicht zulässig, da die im gegenständlichen Verfahren zu lösenden Rechtsfragen bereits ausreichend durch die zitierte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes und des Verfassungsgerichtshofes, von der die gegenständliche Entscheidung nicht abweicht, geklärt sind.

Linz, am 2. Jänner 2015