



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch Ecker, Embacher, Neugschwendtner, Rechtsanwälte, 1040 Wien, Schleifmühlgasse 5/8, gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 8/16/17 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum 1. Oktober 2006 bis 31. August 2011 entschieden:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird abgeändert.

Die Bw. hat für die Monate August 2010 bis April 2011 und Juli bis August 2011 Anspruch auf Familienbeihilfe.

Hinsichtlich der übrigen Zeiträume wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

### **Entscheidungsgründe**

Die Berufungswerberin ist, ebenso wie ihr 2003 geborenes Kind, kenianische Staatsbürgerin.

Sie hält sich seit 1.8.2005 in Österreich auf und beantragte an diesem Tag Asyl bzw. den Status einer subsidiär Schutzberechtigten. Das 2005 eingeleitete Verfahren wurde entsprechend den Übergangsbestimmungen des § 75 AsylG 2005 noch nach AsylG 1997 zu Ende geführt.

Endgültig zu Abschluss kam dieses Verfahren durch die Entscheidung des VwGH vom 27.4.2011. Nach dieser wurde der Bw. weder Asyl gewährt, noch der Status einer subsidiär

Schutzberechtigten eingeräumt. Lediglich die verfügte Ausweisung wurde auf Dauer für unzulässig erklärt.

Mit gleichem Datum wurde auch das Verfahren der Tochter durch Entscheidung des VwGH mit gleichem Ergebnis beendet. Dieses Verfahren wurde allerdings erst 2007 eingeleitet und daher nach AsylG 2005 geführt.

Sowohl die Bw. als auch deren Tochter verfügen seit 14.7.2011 über einen Aufenthaltstitel nach NAG.

Die Bw. beantragte am 13.10.2011 die Familienbeihilfe rückwirkend bis 10/2006. Das Finanzamt wies mit Bescheid vom 7.11.2011 den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum Oktober 2006 bis August 2011 ab, da weder ein Aufenthaltstitel nach NAG noch ein positiver Asylbescheid bzw. der Status subsidiär Schutzberechtigter vorlägen.

Die Bw. erhob fristgerecht Berufung und verwies auf den im Juli 2011 erteilten NAG-Aufenthaltstitel und vertrat weiters die Ansicht, dass, da 60 Monate ständiger Aufenthalt im Bundesgebiet vorlägen, ab August 2010 die Familienbeihilfe zustände.

Das Finanzamt erließ am 3.7.2012 eine teilweise stattgebende Berufungsvorentscheidung. Die Stattgabe erfolgte für 7-8/2011.

Die Bw. stellte fristgerecht den Antrag auf Entscheidung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz und das Finanzamt legte die Berufung zur Entscheidung vor.

### ***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.

Gemäß § 1 Abs. 2 NAG gilt dieses Gesetz **nicht** für Asylwerber, subsidiär Schutzberechtigte und Personen, die einen faktischen Abschiebeschutz nach AsylG genießen.

Die Bw. konnte sich daher vor Erteilung eines entsprechenden auf den §§ 8 und 9 basierenden Titels schon deshalb nicht rechtmäßig i. S. dieses Gesetzes in Österreich

aufhalten, da das Gesetz für sie als Asylwerberin bzw. mit faktischem Abschiebeschutz ausgestattete Person gar nicht zur Anwendung gelangen kann.

Der Verwaltungsgerichtshof hat zudem in ständiger Judikatur (siehe 2008/18/0094 v. 31.3.2008, 2006/18/0089 v. 18.9.2006 und 2009/18/0061 v. 26.11.2009) ausgesprochen:

*„Auch nach der ab dem 1. 1.2006 anzuwendenden Rechtslage nach dem NAG 2005 ist der Aufenthalt des Fremden erst mit der Erteilung einer Niederlassungsbewilligung und nicht schon nach der Stellung eines darauf abzielenden Antrages rechtmäßig.“*

Die Gewährung eines faktischen Abschiebeschutzes bedeutet noch keinen rechtmäßigen Aufenthalt i.S. § 3 Abs. 1 FLAG. Allerdings lag ab 7/2011 ein Aufenthaltstitel nach NAG vor, der Berufung war daher insoweit statzugeben.

§ 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. 2 FLAG 1967: Danach hatten Personen, die sich seit mindestens sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhielten, Anspruch auf Familienbeihilfe.

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 Aufenthalts gesetzes (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, so es vor dem 1.1.2006 eingeleitet wurde, 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.

Das Verfahren der Bw. wurde am 1.8.2005 eingeleitet und entsprechend den Übergangsbestimmungen des § 75 AsylG 2005 noch nach AsylG 1997 zu Ende geführt.

Endgültig zu Abschluss kam dieses Verfahren durch die Entscheidung des VwGH vom 27.4.2011. Nach dieser wurde der Bw. weder Asyl gewährt, noch der Status einer subsidiär Schutzberechtigten eingeräumt. Lediglich die verfügte Ausweisung wurde auf Dauer für unzulässig erklärt.

Dass das Verfahren der Tochter bereits nach AsylG 2005 geführt wurde, ist nicht erheblich. Denn ist das Verfahren der Bw. noch nach AsylG 1997 durchzuführen, so kommt es nur auf die Rechtsstellung der Antragstellerin an. Die asylrechtliche Stellung des den Anspruch auf Familienbeihilfe vermittelnden Kindes ist, im „alten“ Asylrecht bedeutungslos (siehe dazu VwGH v. 24.9.2008, Zl. 2008/15/0199).

Die Bw. befand sich im August 2010 seit 60 Monaten ständig in Österreich. Das nach AsylG 1997 zu führende Verfahren lief noch und wurde erst im April 2011 durch die Entscheidung des VwGH beendet. Die Übergangsbestimmung des § 55 FLAG und damit § 3 FLAG i. F. des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004 waren daher noch anzuwenden.

Der Bw. steht daher Familienbeihilfe für 8/2010 bis 4/2011 zu. Es war daher insgesamt spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 13. September 2012