



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vom 16. Februar 2009 gegen den Bescheid des Finanzamtes Grieskirchen Wels vom 28. Jänner 2009 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für das Kind x, für die Zeit ab März 2006 und für das Kind y, für die Zeit ab Jänner 2004 entschieden:

Der Berufung, die sich auf die Zeit ab Juni 2008 bezieht, wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird für die beiden Kinder für die Zeit von Juni 2008 bis Jänner 2009 (= Ende des Berufungszeitraumes) aufgehoben.

### **Entscheidungsgründe**

Das Finanzamt hat mit Bescheid vom 28.1.2009 den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für das Kind B. für die Zeit ab März 2006 und für das Kind Ö. für die Zeit ab Jänner 2004 abgewiesen.

„Gemäß § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) in der bis 31.12.2005 gültigen Fassung haben Personen, die nicht österreichische StaatsbürgerInnen sind, Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet bei einer Dienstgeberin oder 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 ArbeitnehmerInnen verstößt.

Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit oder Gewerbebetrieb, Arbeitslosengeld, Notstandshilfe, AMFG-Beihilfe, Bezug von Kinderbetreuungsgeld, etc, vermitteln keinen Beihilfenanspruch. Gemäß § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG 1967) haben Personen, die nicht österreichische StaatsbürgerInnen 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.

Zu S.B.:

Für Kinder, die nicht österreichische StaatsbürgerInnen sind, besteht gemäß § 3 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Zu S.Ö.

Für Kinder, die nicht österreichische StaatsbürgerInnen sind, besteht gemäß § 3 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs— und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.“

Gegen den Bescheid des Finanzamtes wurde eine Berufung eingebracht:

„Wie der Haushaltsbestätigung vom 12. Februar 2009 zu entnehmen ist, halte ich mich Seit 26.Juni 2003 rechtmäßig in Österreich auf, bin ich mit Hauptsitz in Österreich gemeldet..

Beweis

Haushaltsbestätigung

Da mein Aufenthalt von 60 Monaten im Bundesgebiet Österreichs gegeben ist, besteht gemäß Familienlastenausgleichsgesetzes (FLAG) ab Juni 2008 Anspruch auf Familienbeihilfe für die im Bescheid genannten Kinder.“

Mit Berufungsvorentscheidung vom 6.3.2009 wurde die Berufung vom Finanzamt als unbegründet abgewiesen:

„Gemäß § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) in der bis 31.12.2005 gültigen Fassung haben Personen, die nicht österreichische StaatsbürgerInnen sind, Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet bei einer Dienstgeberin oder 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

ArbeitnehmerInnen verstößt. Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit oder Gewerbebetrieb, Arbeitslosengeld, Notstandshilfe, AMFG-Beihilfe, Bezug von Kinderbetreuungsgeld, etc. vermitteln keinen Beihilfenanspruch.

Gemäß § 3 Abs 1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG 1967) haben Personen, die nicht österreichische StaatsbürgerInnen 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.

Asylwerber haben aufgrund der asylrechtlichen Bestimmungen lediglich ein vorläufiges Aufenthaltsrecht. Der Tatbestand eines ständigen Aufenthaltes im Bundesgebiet kann daher von Asylwerbern nicht erfüllt werden. Daher besteht für Asylwerber, auch wenn diese sich seit mindestens 60 Kalendermonaten im Bundesgebiet aufhalten, kein Anspruch auf Familienbeihilfe, da lediglich ein vorübergehender Aufenthalt und kein ständiger Aufenthalt vorliegt.

Erst durch das zuerkannte Aufenthaltsrecht ist auch der Mittelpunkt der Lebensinteressen nach § 2 Abs. 8 sowie der ständige Aufenthalt im Bundesgebiet zu sehen.

Da die oben angeführten Voraussetzungen nicht erfüllt werden, ist Ihre Berufung als unbegründet abzuweisen.“

Am 17.3.2009 wurde der Antrag auf Vorlage der Berufung an die Abgabenbehörde zweiter Instanz gestellt.

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

§ 3 FLAG 1967 in der ab 1.1.2006 geltenden Fassung lautet:

Absatz 1: Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben 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 Absatz 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.

Schließlich wurde mit Wirksamkeit ab 1.7.2006 der zitierten Bestimmung ein Absatz 4 und 5 (idF BGBl. I Nr. 168/2006) angefügt, wonach außerdem Personen, denen nach dem

Asylgesetz 2005 der Status eines subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt wurde, bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen Anspruch auf Familienbeihilfe haben.

Die Änderung des § 3 FLAG 1967 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 Abs. 1 folgende Übergangsbestimmung: Alle am 31. Dezember 2005 anhängigen Verfahren sind nach den Bestimmungen des Asylgesetzes 1997 zu Ende zu führen. Nach § 44 AsylG 1997 gilt:

Die §§ 24, 26, 54 bis 57 und 60 dieses Bundesgesetzes sind auf diese Verfahren anzuwenden.  
.....

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 15.1.2008, 2007/15/0170, folgende Feststellung getroffen:

§ 55 FLAG verknüpft das Inkrafttreten des § 3 FLAG in der Fassung des Fremdenrechtspaketes 2005 mit den Übergangsbestimmungen des NAG und jenen des Asylgesetzes 2005. § 55 FLAG ist dahingehend zu verstehen, dass § 3 FLAG in der Fassung des Fremdenrechtspaketes 2005 für Personen, denen gegenüber gemäß § 75 Asylgesetz 2005 das Asylverfahren noch nach dem AsylG 1997 abgeführt wird, auch für Zeiträume ab 1. Jänner 2006 nicht anzuwenden ist. Für diesen Personenkreis kommt 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.

Diese Voraussetzung trifft nun auf die Berufungswerberin zu, da ihr Asylverfahren bereits vor dem 31. Dezember 2005 eingeleitet wurde und damit noch nach dem AsylG 1997 unter Berücksichtigung der in § 75 Abs. 1 AsylG 2005 angeführten Bestimmungen abzuführen ist. Im Sinne der zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes gilt daher für ihren Anspruch auf Familienbeihilfe § 3 FLAG noch in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004.

§ 3 des Familienlastenausgleichsgesetzes idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004 lautet:

"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 außerdem, 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. 1).

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 (Abs. 2).

Ist der Elternteil, der den Haushalt überwiegend führt (§ 2a 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 (Abs. 3)."

Wie bereits in der Berufungsschrift ausgeführt und laut Auszügen aus dem Zentralen Melderegister ersichtlich ist, hält sich die Berufungswerberin seit Juni 2003 ständig in Österreich auf und erfüllt daher im Juni 2008 die Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 FLAG 1967 in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in mehreren Erkenntnissen (VwGH vom 27.1.2010, 2009/16/0228 etc.) ausgeführt, dass das Tatbestandsmerkmal des ständigen Aufenthaltes in § 3 Abs. 2 FLAG 1967 in der - auch im vorliegenden Berufungsfall anzuwendenden - Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes dem gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne des § 26 Abs. 2 BAO entspricht und das Fehlen eines zum dauernden Aufenthaltes berechtigenden Aufenthaltstitels deshalb unerheblich sei. Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 15.11.2005, 2002/14/0103, ausführt, könne im Falle von Drittstaatsangehörigen, die mit ihren ebenfalls in Österreich wohnhaften Eltern im gemeinsamen Haushalt leben und deren Aufenthalt in Österreich auf voraussichtlich fünf oder sechs Jahre angelegt ist, nicht mehr bloß ein vorübergehender Aufenthalt angenommen werden, auch wenn die Aufenthaltsbewilligungen aus fremdenrechtlichen Gründen jeweils nur befristet erteilt werden.

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 der Berufungswerberin "nur" eine vorläufige ist. Vielmehr ist der tatsächliche Aufenthalt im Bundesgebiet von Bedeutung. Durch den Aufenthalt in Österreich ab Juni 2003 erfüllt die Berufungswerberin jedenfalls ab Juni 2008 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 14. April 2011