



## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Herrn X in XY, vertreten durch Dr. Josef Habersack, Rechtsanwalt, 8010 Graz, Roseggerkai 5/III, vom 23. März 2011 gegen den Bescheid über Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß [§ 303 Abs. 4 BAO](#) des Finanzamtes Graz-Stadt vom 7. März 2011 betreffend Nicht-Gewährung der Familienbeihilfe für die Kinder M und G ab 1. August 2006 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

### Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber hat im November 2008 beim zuständigen Wohnsitzfinanzamt einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für die im Spruch genannten beiden Kinder rückwirkend ab Februar 2006 eingebracht.

Das Finanzamt ersuchte im Vorhalt vom 2. März 2009 die Nachweise über den rechtmäßigen Aufenthalt der Gattin und der Kinder ab 2006 sowie die Bescheide über den Abschluss des Asylverfahrens der Gattin dem Finanzamt vorzulegen.

Mit Bescheid vom 25. März 2009 wies das Finanzamt den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe ab Februar 2006 mit der Begründung ab, dass Anspruch auf Familienbeihilfe nur dann bestehe, wenn sich die Kinder nach [§§ 8](#) und [9 NAG](#) rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Am 22. November 2010 wurde neuerlich ein Antrag um Gewährung der Familienbeihilfe für die Zeit ab Februar 2006 eingebracht.

Das Finanzamt erließ am 7. März 2011 einen Bescheid über die Wiederaufnahme des Verfahrens gem. [§ 303 Bundesabgabenordnung](#) und gewährte die Familienbeihilfe bis Juli 2006. Als Begründung wurde Folgendes angeführt:

*„...Für Personen, die vor dem 1.1.2006 einen Asylantrag eingebracht haben ist der [§ 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967](#) in der bis 31.12.2005 geltenden Fassung bis zum Abschluss des Asylverfahrens anzuwenden. ...“*

Gegen diesen Bescheid wurde mit Schriftsatz vom 23. März 2011 das Rechtsmittel der Berufung eingebracht und wie folgt begründet:

*Ich fechte den genannten Bescheid, wonach mir die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag für die Kinder M und G letztlich nur für den Zeitraum 01.02.2006 bis 31.07.2006 gewährt wurde, insofern an, als mir die beantragte Familienbeihilfe und der beantragte Kinderabsetzbetrag nicht über diese Zeit hinaus gewährt wurden.*

*Ich bestreite nicht, dass die Asylverfahren meiner Familienangehörigen mit Bescheid vom 14.07.2006 beendet waren. Mein Sohn M besucht seit Jahren neue Mittelschule Steiermark, Hauptschule XXX, und kann durchaus als guter Schüler bezeichnet werden. Ich kann auch die diesbezüglichen Schulzeugnisse vorlegen. Wir verfügen auch über eine aufrechte Aufenthaltsbewilligung (bis 18.07.2011) diesfalls kann auch jederzeit beim Amt der Stmk. Landesregierung, FA 7C nachgefragt werden.*

*Nachdem unseres Erachtens sämtliche Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe samt Kinderabsatzbetrag vorliegen, die im erstinstanzlichen Bescheid vorgenommene rechtliche Begründung unser Erachtens unzutreffend ist, ist naturgemäß auch die Entscheidung nicht rechtsrichtig.*

*Bei Abführen eines mängelfreien Verfahrens und bei richtiger rechtlicher Beurteilung hätte daher meinem Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages auch für die Zeit nach den 31.07.2006 stattgegeben werden müssen.*

*Ich ersuche daher die Angelegenheit nochmals zu überprüfen, insbesondere das Verfahren zu ergänzen und stelle den*

### **ANTRAG**

*Die zuständige Rechtsmittelinstanz möge der von mir erhobenen Berufung Folge geben und den angefochtenen Bescheid vom 07.03.2011*

*a.) dergestalt abändern, dass mir die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag auch für die Zeit nach den 31.07.2006 gewährt werden, oder*

*b.) aufheben und die Angelegenheit zur neuerlichen Durchführung insbesondere zur Verfahrensergänzung und letztlich neuerlichen Entscheidung an die erste Instanz zurückverweisen.*

Mit Bericht vom 18. Mai 2011 legte das Finanzamt Graz-Stadt die Berufung dem unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung vor.

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

Der Berufungswerber ist türkischer Staatsbürger und hat laut Auskunft des Amtes der Steiermärkischen Landesregierung eine Niederlassungsbewilligung für „jeglichen Aufenthalt“ von 13.11.2003 bis 12.11.2005 und in weiterer Folge eine Niederlassungsbewilligung „beschränkt“, die bis dato immer wieder verlängert worden ist.

Die Gattin des Berufungswerbers und deren Sohn sind am 7.11.2001 legal über den Luftweg nach Österreich eingereist und haben am 14.11.2001 einen Asylantrag gemäß § 3 Asylgesetz eingebracht.

Bereits im April 2002 wurde dieser Antrag vom Bundesasylamt gemäß [§ 7 Asylgesetz 1997](#) abgewiesen; außerdem sprach es aus, dass die Abschiebung der Berufungswerberin in die Türkei zulässig sei.

Der Asylantrag von der Tochter wurde ebenfalls mit Bescheid vom 14. April 2005 vom Bundesasylamt abgewiesen.

Gegen diese Bescheide haben die Berufungswerber fristgerecht berufen.

Mit Bescheid vom 14. Juli 2006 wies der unabhängige Bundesasylsenat die von allen Beschwerdeführern erhobenen Berufungen als unbegründet ab. Mit Beschluss vom 24. Februar 2010, 2008/01/0513, lehnte der Verwaltungsgerichtshof die Behandlung der dagegen eingebrachten Beschwerde ab.

Nachdem somit das Asylverfahren rechtskräftig im Juli 2006 beendet wurde, erlöschen den Asylwerbern sämtliche Rechte und Aufenthaltstitel.

Dieser Sachverhalt gründet sich auf die im Akt befindlichen Unterlagen, ist insoweit unstrittig und war rechtlich wie folgt zu beurteilen:

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.

§ 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. 1 FLAG 1967](#): Danach hatten solche Personen dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet bei einem Dienstgeber beschäftigt waren und aus dieser Beschäftigung Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit oder zufolge einer solchen Beschäftigung Bezüge aus der gesetzlichen Krankenversicherung im Bundesgebiet bezogen. Kein Anspruch bestand, wenn die Beschäftigung nicht länger als drei Monate dauerte, außerdem, wenn die Beschäftigung gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer verstieß. Nach Absatz 2 galt diese Einschränkung des Absatz 1 nicht für Personen, die sich seit mindestens sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhielten, sowie für Staatenlose und Personen, denen Asyl nach dem [Asylgesetz 1997](#) gewährt wurde.

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 Aufenthaltsgesetzes \(NAG\)](#) 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 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.

Im gegenständlichen Fall wurden die von der Gattin des Berufungswerbers und seinen Kindern gestellten Asylanträge im Juli 2006 in letzter Instanz abgewiesen.

Im folgenden Zeitraum hielten sie sich ohne Aufenthaltstitel weiterhin illegal in Österreich auf. Auf Grund der Tatsache, dass betreffend der Kinder des Berufungswerbers zum Zeitpunkt der Antragstellung auf Gewährung der Familienbeihilfe kein offenes Asylverfahren anhängig war, steht fest, dass der Antrag des Berufungswerbers auf Gewährung der Familienbeihilfe für die Zeit ab 1. August 2006 nach der gesetzlichen Regelung des § 3 FLAG in der Fassung des Fremdenrechtspaketes 2005, [BGBl. I Nr. 100/2005](#), zu beurteilen ist. Nach dieser Regelung haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie selbst sowie die **anspruchsvermittelnden Kinder** entweder einen Aufenthaltstitel nach den [§§ 8](#) oder [9 NAG](#) haben, oder ihnen Asyl nach dem [Asylgesetz 2005](#) gewährt wurde oder die subsidiäre Schutzberechtigung zuerkannt wurde.

Diese Voraussetzungen treffen im Berufszeitraum auf die Kinder des Berufungswerbers nicht zu.

Somit hielten sich die Kinder des Berufungswerbers unbestrittenermaßen ohne irgend einen Aufenthaltstitel in Österreich auf (vgl. VwGH v. 27.1.2010, 2009/16/0129, vormals 2008/15/0278).

Über die Berufung war daher wie im Spruch angeführt zu entscheiden.

Graz, am 25. November 2011