



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., adresse, vertreten durch vertreter, x, adressey, vom 2. November 2011 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 8/16/17, vertreten durch amtsparcei, vom 25. Oktober 2011 betreffend Familienbeihilfe für den Zeitraum 1. Jänner 2011 entschieden:

Der Berufung wird – soweit sie die Monate Jänner 2011, Februar 2011 und März 2011 betrifft - stattgegeben.

Die Berufung wird für den Zeitraum ab April 2011 als unbegründet abgewiesen.

### **Entscheidungsgründe**

Die Berufungswerberin (Bw.) ist kenianische Staatsbürgerin, die sich seit dem 9.1.2003 in Österreich aufhält und an diesem Tag Asyl beantragt hatte. Sie ist Mutter eines Kindes, Kind1, geboren am xx.2008, das die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt. Ihr zweites Kind, kind2, geboren am yy.2010, ist am zz.2011 verstorben und besaß ebenso die österreichische Staatsbürgerschaft. Der Vater der Kinder und Ehegatte der Bw. ist österreichischer Staatsbürger, wohnte jedoch im Streitzeitraum nicht im gemeinsamen Haushalt mit der Bw. und ihren Kindern und leistete darüber hinaus an sie keine Unterhaltszahlungen.

Die Bw. besitzt bis dato keine NAG Karte, der diesbezügliche Antrag vom 28.11.2010 auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung sei nach ihren eigenen Angaben noch nicht erledigt worden.

Das im Jahre 2003 eingeleitete Asylverfahren der Bw. wurde gemäß den Übergangsbestimmungen des § 75 AsylG 2005 noch nach dem AsylG 1997 geführt und mit abweisendem Erkenntnis des Asylgerichtshofes vom **9.3.2011** beendet. Der Bw. wurde in diesem rechtskräftig abgeschlossenen Verfahren weder Asyl noch der Status einer subsidiär Schutzberechtigten eingeräumt, es wurde vielmehr die Abschiebung nach I. verfügt.

Das Finanzamt wies den Antrag der Bw. auf Familienbeihilfe mit Bescheid vom 25.10.2011 für den Jänner 2011 bezüglich des verstorbenen Kindes, kind2, und für den Zeitraum ab Jänner 2011 ohne Angabe eines Endzeitpunktes bezüglich Kind1 ab. In den Begründungsausführungen verwies die Abgabenbehörde erster Instanz auf § 3 Abs 1 FLAG 1967, wonach Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe haben, wenn sie sich nach den §§ 8 und 9 des NAG, BGBl. Nr. 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhalten. § 3 Abs 3 FLAG 1967 lege fest, dass abweichend von § 3 Abs 1 FLAG Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 2005, gewährt wurde, Anspruch auf Familienbeihilfe hätten. Dieser Tatbestand sei erst mit dem Vorliegen eines positiven Asylbescheides erfüllt, der Gesetzgeber stelle dabei ausdrücklich auf das Datum der Erteilung des Asylbescheides ab (VwGH 8.2.2007, 2006/15/0098). Da somit weder ein Aufenthaltstitel gemäß § 8 und § 9 NAG noch ein positiver Asylbescheid vorliege, sei der gegenständliche Antrag abzuweisen gewesen.

Gegen diesen Bescheid erhob die rechtsfreundliche Vertretung der Bw. Berufung und verwies in den Begründungsausführungen unter anderem auf eine UFS Entscheidung vom 4.12.2009, RV/0612-L/08, und in einem weiteren Schreiben vom 4.10.2011 überdies auf die Tatsache, dass die Bw. bis zum Erkenntnis des Asylgerichtshofes vom 9.3.2011 auf Grund des § 19 Abs 2 AsylG 1997 sich rechtmäßig in Österreich aufgehalten habe. Auch der VwGH habe dazu erkannt, dass bei einem bis zum 31.12.2005 anhängigen Asylverfahren § 3 FLAG 1967 noch in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes BGBl Nr. 142/2004, anzuwenden sei und damit die Regelung gelte, wonach Familienbeihilfe zu gewähren sei, wenn sich der Antragstellende seit mindestens fünf Jahren in Österreich aufgehalten habe (VwGH 12.10.2009, 2009/16/0208). H. (Asylamt in Eisenstadt) bestätigte am 18.9.2012, dass die Bw. für den Streitzeitraum weder Leistungen aus einer Grundversorgung noch andere Leistungen erhalten hatte.

Außerdem brachte die rechtsfreundliche Vertretung der Bw. vor, dass bei Beurteilung des Familienbeihilfenanspruches in verfassungskonformer Auslegung des FLAG nur auf den Aufenthalt bzw. das Aufenthaltsrecht der Kinder abzustellen sei. Darüber hinaus sei der Bw. ein Aufenthaltsrecht zuzuerkennen, zumal sie eine spanische Aufenthaltsbewilligung hätte. Diesbezügliche Nachweise wurden hingegen nicht vorgelegt.

---

**Über die Berufung wurde erwogen:**

Der unabhängige Finanzsenat geht von folgendem Sachverhalt aus.

Das Asylverfahren der Bw. wurde am 9.1.2003 in Österreich eingeleitet und war daher im Sinne der Übergangsbestimmungen des § 75 AsylG 2005 noch nach dem Asylgesetz 1997 zu beenden. Dieses Verfahren wurde endgültig mit Entscheidung des Asylgerichtshofes am 9.3.2011, yyy, beendet und der Bw. kein Asyl gewährt.

In rechtlicher Hinsicht ist dazu auf die höchstgerichtliche Rechtsprechung zu verweisen, wonach § 55 FLAG 1967 dahingehend zu verstehen ist, dass § 3 FLAG 1967 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. (vgl. VwGH 15.1.2008, 2007/15/0170).

§ 3 Abs 1 FLAG 19967 lautete in dieser Fassung folgendermaßen:

*„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 1).“*

§ 3 Abs 1 FLAG 1967 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 (§ 3 Abs Abs. 2 FLAG 1967).

Im konkreten Fall wurde das Asylverfahren bereits im Jahr 2003 eingeleitet und rechtskräftig am 9.3.2011 durch das abweisende Erkenntnis des Asylgerichtshofes beendet. Die Prüfung des Familienbeihilfenanspruches der Bw. ist demnach jedenfalls bis zum 31.3.2011, dem Monat, in dem das Asylverfahren beendet worden war, noch nach § 3 FLAG in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes zu beurteilen gewesen. Das Finanzamt hat im verfahrensgegenständlichen Bescheid über den Zeitraum ab Jänner 2011 entschieden. Es steht außer Streit, dass sich die Bw. im Jänner 2011 gemeinsam mit ihren beiden Kindern und danach mit einem Kind bereits seit mehr als sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufgehalten hat. Diesbezüglich hat auch der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 12.10.2009, 2009/16/0208, in einem vergleichbaren Sachverhalt zu § 3 Abs. 2

FLAG 1967 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 entspreche und es dabei auf die körperliche Anwesenheit ankomme. Damit werde auf die tatsächlichen Verhältnisse bzw. objektiven Kriterien und nicht auf einen "berechtigten Aufenthalt" abgestellt (vgl. auch VwGH 21.9.2009, ZI 2009/16/0178).

Daraus ergibt sich, dass die Begründungsausführungen im verfahrensgegenständlichen Abweisungsbescheid nicht zutreffen, wenn dort allein auf einen rechtmäßigen Titel nach den §§ 8 und 9 NAG abgestellt worden war, zumal für den streitgegenständlichen Anspruchszeitraum gilt, dass die Beurteilung für welchen Zeitraum Familienbeihilfe zusteht anhand der rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten in diesem Zeitraum zu beantworten ist (VwGH 24.10.2002, 96/14/0125).

Der gesetzlich festgelegte Anspruchszeitraum für die Familienbeihilfe ist der Monat (§ 10 Abs 2 FLAG 1967). Die Frage, ob ein Familienbeihilfenanspruch für einen bestimmten Zeitraum besteht, kann demnach je nach Eintritt von Änderungen der Sach- und Rechtslage von Monat zu Monat unterschiedlich beurteilt werden (vgl. VwGH 28.11.2001, 96/13/0076). Ein derartiger Ausspruch gilt mangels eines im Bescheid festgelegten Endzeitpunktes für den Zeitraum, in dem die rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse keine Änderung erfahren, jedenfalls aber bis zu dem Zeitpunkt der Erlassung des Bescheides (VwGH 18.11.2008, 2007/15/0067).

Das Finanzamt hat im konkreten Fall über den Familienbeihilfenanspruch von Kind1 ab 1.1.2011 ohne Festlegung eines Endzeitpunktes und von Kind2 für den Monat Jänner 2011 mit Abweisungsbescheid vom 25.10.2011 entschieden.

In den Zeitraum 1.1.2011 bis 25.11.2011 fiel in weiterer Folge die Entscheidung des Asylgerichtshofes vom 9.3.2011 und damit die rechtskräftige Beendigung des Asylverfahrens, was eine wesentliche Änderung der Rechts- und Sachlage darstellt. Bis zur Beendigung des Asylverfahrens im März 2011, war im Sinne obiger Rechtsprechung der § 3 Abs 2 FLAG in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes anzuwenden und festzustellen, dass die Bw. seit ihrer Einreise nach Österreich im Jahre 2003 in den streitgegenständlichen Monaten Jänner 2011 bis März 2011 die Voraussetzung eines mehr als sechzigmonatigen Aufenthalts im Bundesgebiet erfüllt hat. Aus diesem Grund war ihr die Familienbeihilfe für beide Kinder im Jänner 2011 und für ein Kind in den Monaten Februar 2011 und März 2011 zuzuerkennen, zumal auch feststeht, dass die Bw. keine weiteren Leistungen, wie zB solche aus einer Grundversorgung erhalten hatte.

Im Übrigen ist für den Zeitraum nach dem rechtskräftig negativ abgeschlossenen Asylverfahren, ab 1. April 2011 bis laufend die Berufung als unbegründet abzuweisen und dabei auf die ständige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu verweisen: „*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 des darauf abzielenden Antrages rechtmäßig.*“ (VwGH 26.11.2009, 2009/18/0061, VwGH 31.3.2008, 2008/18/0094).

Da der Bw. eine solche Niederlassungsbewilligung trotz Antrages bis dato nicht erteilt wurde und für den Anspruch auf Familienbeihilfe gemäß § 3 Abs 1 FLAG 1967 in der Fassung des Fremdenrechtspaketes 2005, BGBl I 2005/100, nicht die Antragstellung maßgebend ist, sondern allein auf den Zeitpunkt der Erteilung eines in den §§8 und 9 NAG 1967 genannten Aufenthaltstitels abzustellen ist, war die Berufung ab April 2011 bis laufend als unbegründet abzuweisen.

Unbeschadet der Tatsache, dass die Behauptung, die Bw. habe eine spanische Aufenthaltsgenehmigung, nicht nachgewiesen wurde, ist allein ein solches Vorbringen nicht geeignet, ein bereits rechtskräftig vor dem Asylgerichtshof abgeschlossenes Verfahren, bzw. ein Verfahren betreffend eine Aufenthaltsbewilligung, im Rahmen des hier anhängigen Familienbeihilfenverfahren aufzurollen.

Eine Beurteilung, ob im Sinne des § 3 Abs 2 FLAG 1967 die Bindung des Familienbeihilfenanspruches eines drittstaatsangehörigen Antragstellers an einen rechtmäßigen Aufenthalt nach den §§ 8 und 9 des NAG BGBl. I Nr. 100/2005 verfassungsgesetzlichen Bestimmungen widerspricht, obliegt nicht den lediglich zum Gesetzesvollzug berufenen Abgabenbehörden.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 10. Oktober 2012