

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R. in der Beschwerdesache Bf. , gegen den Bescheid des FA Y vom 13.06.2013, betreffend Familienbeihilfe für das Kind K1, für den Zeitraum Mai 2011 bis Oktober 2011 zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird stattgegeben.

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

Entscheidungsgründe

Das Finanzamt hat mit Bescheid vom 13.6.2013 die Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge für das Kind des Beschwerdeführers für die Zeit von Mai 2011 bis Oktober 2011 in Höhe von insgesamt Euro 982,80 (FB: Euro 632,40; KG: Euro 350,40) zurückgefordert.

Hinsichtlich der Begründung wurde auf die Berufungsvorentscheidung vom 12.6.2012 verwiesen.

Die dagegen eingebrachte Berufung wird wie folgt begründet.

" Ich bekämpfe den angefochtenen Bescheid zur Gänze wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit.

Mit bezeichnetem Bescheid vom 13.06.2013 wurde mir die Rückzahlung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für meinen Sohn XX , welche ich im Zeitraum vom Mai bis Oktober 2011 bezogen habe, vorgeschrieben.

Zur Begründung wird auf die Begründung einer Berufungsvorentscheidung der Behörde vom 12.06.2012 verwiesen. Gemeint ist wohl eine Entscheidung vom 12.06.2013 in Bezug auf eine Berufung vom 02.05.2013 im Hinblick auf einen neuen Antrag auf Familienbeihilfe für meinen Sohn.

Festzuhalten ist, dass weder ein Mandatsbescheid vorliegt noch meinem Begehren vollinhaltlich Rechnung getragen wurde. Zwar ist diesfalls der Verweis auf die Begründung eines anderen Bescheides grundsätzlich nicht ausgeschlossen, jedoch hat dies mit entsprechender Klarheit zu erfolgen. Eine lediglich aus einer Verweisung bestehende Begründung muss jedenfalls nachvollziehbar bleiben.

Es ist jedoch unklar, auf welche Passagen in der Berufungsvorentscheidung vom 12.06.2013, welche offenbar gemeint ist, sich die Behörde dabei stützt.

Für den Fall, dass sich die Behörde dabei auf Ausführungen bezieht, wonach für den Zuspruch von Familienbeihilfe ein rechtmäßiger Aufenthalt iSd §§ 8f NAG 2005 notwendig sei und die Behörde diese Voraussetzung als nicht gegeben erachtet, ist anzumerken, dass für mich eine darüber hinausgehende Sonderbestimmung zum Tragen kommt:

Für Fremde, deren Asylverfahren am 31.12.2005 bereits anhängig war, gilt hinsichtlich des Anspruchs auf Familienbeihilfe § 3 FLAG in der am 31.12.2005 geltenden Fassung (Pensionsharmonisierungsgesetz). § 3 FLAG in der Fassung des Fremdenrechtspaketes 2005, BGBl. I Nr. 100, dagegen ist auf Personen, die vor dem 1. Jänner 2006 einen Asylantrag gestellt haben und deren Asylverfahren am 31. Dezember 2005 noch anhängig war, noch nicht anzuwenden (VwGH 24.06.2010, ZI. 2009/16/0123; 25.03.2010, ZI. 2009/19/0119).

§ 3 Abs 2 FLAG idFv 31.12.2005 lautet:

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

AsylwerberInnen, deren Asylantrag vor dem 1.1.2006 gestellt und deren Asylverfahren am 31.12.2005 noch anhängig war, haben daher Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn bzw. sobald sie sich 60 Monate in , Österreich aufhalten bzw. wenn sie mehr als 3 Monate beschäftigt sind.

Im Jahr 2004, somit vor dem 01.01.2006, stellte ich meinen Asylantrag in Österreich, welcher mit Entscheidung des Asylgerichtshofs vom 2011 abgewiesen wurde. Mein Asylverfahren war daher am 31.12.2005 bereits anhängig und hielt ich mich im gegenständlichen Zeitraum (Mai bis Oktober 2011) bereits mehr als 60 Monate lang in Österreich auf. Der Bezug von Familienbeihilfe war somit jedenfalls rechtmäßig.

Sofern die Behörde jedoch auf Ausführungen Bezug nimmt, dass der Antrag meines Sohnes auf internationalen Schutz erst 2011 gestellt worden war und dessen Asylverfahren am 31.12.2005 noch nicht anhängig gewesen sei, ist dem entgegenzuhalten, dass die §§ 2f des FLAG idFv 31.12.2005 (Pensionsharmonisierungsgesetz) nicht darauf abstellen, dass (auch) das Kind, für das die Familienbeihilfe beantragt bzw. bezogen wird, bereits 60 Monate lang in Österreich aufhältig ist bzw. über einen Aufenthaltstitel verfügt.

Auch in den zitierten Entscheidungen des VwGH findet sich kein Anhaltspunkt dafür, dass zusätzlich zum Elternteil der Zeitpunkt der Stellung des Asylantrages für das Kind bzw. dessen Aufenthaltsdauer in Österreich relevant wäre. Es ist somit unerheblich, ob für das Kind bereits am 31.12.2005 ein Asylverfahren anhängig war bzw. das Kind über einen Aufenthaltstitel verfügt(e), da nach der für mich geltenden Rechtslage nur auf den Elternteil abgestellt wird.

Aus diesen Gründen habe ich alle für den Bezug von Familienbeihilfe notwendigen Voraussetzungen im Jahr 2011 erfüllt und besteht somit keine Grundlage für die Rückforderung der ausgezahlten Beträge."

Mit Berufungsvorentscheidung vom 12.6.2013 hat das Finanzamt die Berufung als unbegründet abgewiesen.

Begründung:

"In den Übergangsbestimmungen des AsyiG 2005 wird angeordnet, dass Asylverfahren, die am 31. Dezember 2005 bereits anhängig waren, noch nach den Bestimmungen des AsyiG 1997 zu Ende zu führen sind. § 55 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG 1967) idF BGBl. I Nr. 100/2005 (Fremdenrechtspaket) verknüpft das Inkrafttreten des § 3 FLAG 1967 idF BGBl. Nr. 100/2005 (Fremdenrechtspaket) mit den Übergangsbestimmungen des NAG und jenen des AsyiG 2005.

Für diesen Personenkreis kommt daher zunächst noch § 3 FLAG idF des BGBl. I Nr. 142/2004 (Pensionsharmonisierungsgesetz) zu Anwendung.

Für den Antragsteller kommt der § 3 Abs. 2 FLAG 1967 idF Pensionsharmonisierungsgesetz zum Zug. Sein Asylverfahren wurde bereits vor 1.1.2006 eingeleitet, es ist somit nach dem AsyiG 1995 abzuführen. Er war bereits im April 2009 60 Monate ständig in Österreich.

Allerdings wurde das die Familienbeihilfe anspruchsvermittelnde Kind des Antragstellers erst am Mai 2011 geboren. Der Antrag auf internationalen Schutz wurde 2011 gestellt. Am 31.12.2005 war daher noch kein Asylverfahren anhängig.

Der für das Kind gestellte Antrag auf internationalen Schutz wurde nach dem AsyiG 2005 abgeführt.

Die gesetzlichen Regelungen des FLAG 1967 idF Fremdenrechtspaket 2005 kommen zur Anwendung. Diese besagt, dass der Anspruch auf Familienbeihilfe nur dann besteht, wenn dem Kind entweder Asyl gewährt wurde oder es sich gem. §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhält.

Da das Kind jedoch keine Aufenthaltsberechtigung nach dem NAG hat, kann die Familienbeihilfe nicht gewährt werden.

Die Karte für Geduldete ist nur ein Identitätsnachweis und besagt, dass sich die Person nicht illegal im Bundesgebiet aufhält.

Die Berufung war daher vollinhaltlich abzuweisen."

Der dagegen eingebrachte Vorlageantrag wird wie folgt begründet:

" Ich verweise auf meine Berufung vom 2.5.2013 und habe bereits dort ausgeführt, dass für mich die Rechtslage des § 3 FLAG 1967 idF Pensionsharmonisierungsgesetz anzuwenden ist. Insofern hat die die Berufungsvorentscheidung erlassende Behörde mir auch zugestimmt.

Diese Rechtslage ergibt sich aus mehreren, von mir in der Berufung angeführten Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs. Ich habe bereits in der Berufung darauf hingewiesen, dass die Aufenthaltsdauer der Kinder keinen Einfluss auf die anzuwendende Rechtslage hat.

Die Berufungsvorentscheidung weist meine Berufung jedoch als unbegründet ab, weil sie ohne Begründung davon ausgeht, dass der Zeitpunkt der Geburt und der Asylantragstellung meines Kindes zur Folge hätte, dass die Regelungen des FLAG 1967 idF Fremdenrechtspaket 2005 zur Anwendung kommen und ich daher keinen Anspruch auf Familienbeihilfe haben würde.

Dies ist unrichtig. Mein Anspruch auf Familienbeihilfe richtet sich nach der auf mich anzuwendenden Rechtslage; diese ist jene idF Pensionsharmonisierungsgesetz, deren Voraussetzungen ich erfülle. Aus den von mir angeführten Entscheidungen des VwGH ergibt sich, dass die Aufenthaltsdauer und Asylantragszeitpunkt des Kindes unerheblich sind, zumal in keinem dieser Erkenntnisse bei der Prüfung des Familienbeihilfenanspruchs darauf abgestellt wird. Es wird lediglich auf § 2 Abs 1 FLAG verwiesen, der die allgemeinen Voraussetzungen, die von den Kindern erfüllt werden müssen, wie Minderjährigkeit oder Absolvierung einer Ausbildung bzw. mangelnde Selbsterhaltungsfähigkeit.

Diese Voraussetzungen erfüllt - wohl unbestritten - mein Sohn XX .

Auch in einer Mitteilung des Finanzministeriums wird darauf hingewiesen, dass mangels entsprechender Norm in § 3 FLAG idF Pensionsharmonisierungsgesetz auch bei Asylantragstellung des Kindes nach 2005 ein Aufenthaltstitel des Kindes für den Anspruch auf Familienbeihilfe nicht vorliegen muss. Dies müsste auch der erstinstanzlichen Behörde bekannt sein."

Wie der vorliegenden Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes vom 2014 zu entnehmen ist, reiste der Beschwerdeführer im März 2004 nach Österreich ein und hält sich seither im Bundesgebiet auf. Er stellte im Jahr 2004 einen Asylantrag, der mit Entscheidung des Asylgerichtshofes vom 2011 abgewiesen wurde.

Am Mai 2011 wurde der Sohn des Beschwerdeführers in Österreich geboren.

Am Feb 2013 wurde ihm, dem Sohn und seiner Ehegattin eine "Karte für Geduldete" ausgestellt. Diese Karte stellt jedoch keinen Aufenthaltstitel dar.

Seit Sep 2014 besitzt die Familie eine "Rot-Weiss-Rot-Karte Plus".

Strittig ist nun, ob für den Sohn des Beschwerdeführers im Streitzeitraum Mai 2011 bis Oktober 2011 ein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht.

§ 3 FLAG 1967 in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004, lautet:

"(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; 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.

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

Die Inkrafttretensregel des § 50y Abs. 2 FLAG 1967 zu obiger Gesetzesstelle lautet:

"Die §§ 3 Abs. 2 und 38a Abs. 3 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 142/2004 treten mit 1. Mai 2004 in Kraft. Ausgenommen sind jene Fälle, in denen bis einschließlich des Tages der Kundmachung dieses Bundesgesetzes Asyl nach dem Asylgesetz 1997 gewährt wurde."

Das Bundesgesetzblatt, in dem das Pensionsharmonisierungsgesetz, BGBl. I Nr. 142/2004, verlautbart wurde, wurde am 15. Dezember 2004 ausgegeben.

Mit Art. 12 des Fremdenrechtspakets 2005, BGBl. I Nr. 100/2005, wurde § 3 neuerlich geändert und lautete sodann (anzuwendende Fassung ab 1.1.2006):

"§ 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."

§ 55 Abs. 1 FLAG 1967 lautet:

"§ 55 (1) Die in §§ 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."

Das Bundesgesetzblatt, in dem das Fremdenrechtspaket 2005, BGBl. I Nr. 100/2005, verlautbart wurde, wurde am 16. August 2005 ausgegeben.

Aus dem Erkenntnis des VwGH vom 24.9.2008, 2008/15/0199, geht hervor, 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.

Im gegebenen Fall wurde das Asylverfahren im Oktober 2011 durch die Entscheidung des Asylgerichtshofes beendet. Dies bedeutet, dass für die Zeit danach mangels offenem Asylverfahrens die Übergangsbestimmungen des § 50y Abs. 2 FLAG 1967 nicht anwendbar sind.

Auch der VwGH (siehe zB VwGH 15.1.2008, 2007/15/0170) stellt darauf ab, ob der Asylantrag vor dem 1.1.2006 gestellt wurde **und** das Asylverfahren noch anhängig war:

"Im gegenständlichen Fall steht fest, dass der Beschwerdeführer im Jahr 2002 einen Asylantrag gestellt hat und das Asylverfahren noch nicht abgeschlossen ist. Der Beschwerdeführer ist seit Jänner 2003 in Österreich als Dienstnehmer beschäftigt und verfügt über eine entsprechende Arbeitserlaubnis." Siehe hierzu auch VwGH 24.6.2010, 2009/16/0127).

Daher ist § 3 FLAG 1967 idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004, nur bis zu dem Monat, in dem der Asylantrag des Beschwerdeführers abgewiesen wurde (also bis Oktober 2011), anzuwenden.

Da der Beschwerdeführer auch die vom § 3 FLAG 1967 idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004, geforderte 60-monatige Aufenthaltsdauer im Streitzeitraum erfüllt, bestand für den Sohn des Beschwerdeführers in diesen Monaten ein Anspruch auf die Familienbeihilfe samt den Kinderabsetzbeträgen. Aus den angeführten Gründen war daher wie im Spruch ausgeführt zu entscheiden.

Zulässigkeit einer Revision

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Diese Voraussetzung liegt im Beschwerdefall nicht vor, da die oben zitierten VwGH-Erkenntnisse klarstellen, dass § 3 FLAG 1967 idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004, jedenfalls ab dem Zeitpunkt nicht mehr anwendbar ist, ab dem der Asylantrag rechtskräftig abgewiesen wurde.

Linz, am 7. Juli 2015