



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vom 20. Juni 2011 gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 12., 13. und 14. Bezirk und Purkersdorf vom 8. Juni 2011 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab Mai 2006 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### ***Entscheidungsgründe:***

Das Finanzamt hat mit Bescheid vom 8.6.2011 den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für die drei minderjährigen Kinder der Berufungserberin (Bw.) K., geb. 2004, I., geb. 2006 und S., geb. 2008 für die Zeit ab Mai 2006 als unbegründet abgewiesen. Als Begründung wurde angeführt: „Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 2005 (AsylG 2005), BGBl. Nr. 100 gewährt wurde, haben Anspruch auf Familienbeihilfe auch für jene Kinder, denen ebenfalls Asyl nach dem AsylG 2005 zuerkannt wurde. Maßgebend für den Beginn des Beihilfenanspruches ist jener Monat, in dem sowohl die Antragstellende Person als auch das Kind über den Asylstatus verfügen. Dieser muss durch Vorlage positiver Asylbescheide dokumentiert werden.“

In der dagegen eingebrachten Berufung vom 17.6.2011 wird eingewendet:

Die Bw. hätte am 25.10.2005 den Antrag auf Asyl gestellt, daher bestehe Anspruch auf Familienbeihilfe für die drei Kinder. Auch das Asylverfahren der Kinder sei noch offen. Der Bw. würden lediglich € 800,- monatlich zur Verfügung stehen und müsste neben der Miete und

---

andere notwendige Ausgaben auch für den Unterhalt der Kinder aufkommen. Die lange Dauer der Asylverfahren solle jedoch nicht zu Lasten der Kinder gehen.

In der Beilage zur Begründung wurde ein Schreiben über die Nachricht betreffend Familienbeihilfe für Asylwerber vorgelegt, wenn der Asylantrag vor 2006 gestellt wurde (unter Verweis auf die Bestimmungen nach § 3 FLAG und §§ 55 und 75 AsylG 2005).

Im Rahmen eines Ergänzungsvorhaltes wurde Kopien über die Berufung gegen die Abweisung der Asylverfahren mit vom 12.1.2007 vorgelegt.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 6.9.2011 hat das Finanzamt die Berufung 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 nichtselbstständiger Arbeit oder zufolge einer solchen Beschäftigung Bezüge aus der gesetzlichen Krankenversicherung im Bundesgebiet beziehen. Kein Anspruch besteht jedoch, wenn die Beschäftigung nicht langer als drei Monate dauert. Kein Anspruch besteht außerdem, wenn die Beschäftigung gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer ArbeitnehmerInnen verstößt.

Gemäß § 3 Abs. 2 gilt Abs. 1 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.

Gemäß Abs. 3 leg.cit. genügt es auch, wenn der andere – im gemeinsamen Haushalt lebende – Elternteil die Voraussetzungen gemäß Abs. 1 oder 2 erfüllt.

Da Sie den Asylantrag vor dem 31.12.2005 gestellt haben und daher Ihr Asylverfahren noch nach den Bestimmungen des Asylgesetzes 1997 zu Ende zu führen ist, ist bis zum Abschluss des Asylverfahrens § 3 FLAG in der vor 2006 geltenden Fassung anzuwenden. Da weder Sie noch Ihr Ehegatte im strittigen Zeitraum in Österreich beschäftigt waren, kann § 3 Abs. 1 nicht zu einem Anspruch auf Familienbeihilfe führen.

Sowohl Sie und Ihr Ehegatte waren vom 25.4. bis 9.12.2007 in Österreich weder gemeldet noch sozialversichert. D.h. Sie befinden sich erst seit Dezember 2007 ständig (ohne Unterbrechung) in Österreich. Demnach könnte die Voraussetzung des § 3 Abs. 2, nämlich ein ständiger Aufenthalt im Bundesgebiet von mindestens sechzig Kalendermonaten frühestens ab Dezember 2012 erfüllt werden.

Da Sie von Mai 2006 bis dato weder die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 FLAG, noch des § 3 Abs. 2 FLAG (in der bis 31.12.2005 geltenden Fassung) erfüllen, besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe und Ihre Berufung war als unbegründet abzuweisen.“.

Mit Schreiben vom 23.9.2011 wurde die Vorlage der Berufung an den Unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung beantragt.

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

Gemäß § 2 Abs. 1 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 (FLAG 1967) haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, für in dieser Bestimmung festgelegte Voraussetzungen erfüllende Kinder Anspruch auf Familienbeihilfe.

Im gegenständlichen Berufungsverfahren geht es um die Beurteilung der Frage, ob die Bw., welche nicht österreichische Staatsbürgerin ist, die Anspruchsvoraussetzungen für eine rückwirkende Familienbeihilfengewährung für ihre drei in den Streitjahren minderjährigen Kinder gemäß § 3 FLAG 1967 erfüllt oder nicht.

Die Anspruchskriterien für die in Streit stehende Familienbeihilfengewährung ergeben sich aus den nachstehend zitierten Gesetzesfassungen des § 3 FLAG 1967:

§ 3 in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004, (vor der Neufassung durch das Fremdenrechtspakets 2005) lautete (durch BGBl. I Nr. 142/2004 wurde § 3 Abs. 2 FLAG ab 1.5.2004 geändert):

"§ 3. (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.

(3) 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."

---

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

"(2) 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:

"§ 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 lautet:

"§ 55 (1) Die §§ 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.

Mit dem Bundesgesetz BGBl. I Nr. 168/2006 wurden dem § 3 FLAG die Absätze 4 und 5 angefügt, welche lauten:

"(4) Abweichend von Abs. 1 haben Personen, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde, Anspruch auf Familienbeihilfe, sofern sie keine Leistungen aus der Grundversorgung erhalten und unselbstständig oder selbstständig erwerbstätig sind. Anspruch besteht auch für Kinder, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde.

---

(5) In den Fällen des Abs. 2, Abs. 3 letzter Satz und Abs. 4 letzter Satz wird für nachgeborene Kinder die Familienbeihilfe rückwirkend gewährt. Gleiches gilt für Adoptiv- und Pflegekinder, rückwirkend bis ..."

Auf Grund der Inhalte des vorgelegten Verwaltungsaktes und des Berufungsvorbringens der Bw. wird nachstehender entscheidungsrelevanter Sachverhalt als erwiesen angenommen und der Entscheidung zugrunde gelegt:

Die Bw., ihr Ehegatte und ihre Kinder sind Staatsangehörige der Russischen Föderation (Antrag vom 25.10.2005; abweisende Asylbescheide vom 12.1.2007; Behördenanfrage beim Zentralen Melderegister).

Die Bw. reiste im Jahr 2005 gemeinsam mit ihrem Ehegatten und ihrem ältesten Kind K. nach Österreich ein (Antrag vom 25.10.2005; abweisende Asylbescheide vom 12.1.2007).

Meldungen der Bw. und ihres Ehegatten als Asylwerber bzw. Flüchtling laut Zentralen Melderegister auf die Ausstellung von Reisepässen als Asylwerber mit 23.1.2006 und 23.12.2005 sowie 19.5.2006 und 22.9.2009.

Bezüglich eines gemeinsamen Wohnsitzes der Bw. mit ihrem Ehegatten und ihren Kindern ist festzustellen, dass laut Zentralen Melderegister alle vier Personen jeweils ab 16.11.2010 polizeilich gemeldet sind.

Damit konform gehen die zwei im Verwaltungsakt befindlichen Versicherungsdatenauszüge der österreichischen Sozialversicherung mit dem Stand 21.6.2011, wonach die Bw. ab 25.10.2005 bis 24.4.2007 und ab 10.12.2007 bis 24.3.2011 als Asylwerber und Flüchtling (mit Anmerkung einer Lebendgeburt am 8.5.2006), ihr Ehegatte ab 25.10.2005 bis 24.4.2007 und ab 10.12.2007 bis laufend als Asylwerber gemeldet waren.

Die Bw. war weiters am 12.11.2010 und im Zeitraum 15.3. bis 28.3.2011 bzw. 29.3. bis 1.4.2011 als Arbeiterin bzw. geringfügig beschäftigte Arbeiterin gemeldet.

Asylanträge stellten die Bw., ihr Ehegatte und ihre Tochter K. jeweils am 25.10.2005 sowie für die Söhne I. und S. am 1.6.2006 und 19.5.2008.

Die Asylberechtigung wurde allen vier Personen der Familie im Berufungsverfahren durch Bescheide des unabhängigen Bundesasylsenates am 12.1.2007 - wie im Spruch der Bescheide festgehalten auf Grund des Asylgesetzes 1997 bzw. Asylgesetz 2005 - abgewiesen.

Dieser festgestellte Sachverhalt ist in folgender Weise zu würdigen:

Gemäß § 10 Abs. 1, erster Satz FLAG 1967 wird die Familienbeihilfe nur auf Antrag gewährt. Nach § 10 Abs. 2 leg.cit. wird die Familienbeihilfe vom Beginn des Monats gewährt, in dem

---

die Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt werden. Der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschließungsgrund hinzukommt.

Das FLAG 1967 normiert im § 3 für den Anspruch auf Familienbeihilfe von Personen, welche die österreichische Staatsbürgerschaft nicht besitzen, neben einem inländischen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland (vgl. § 2 Abs. 1 FLAG 1967) weitere qualifizierte Anspruchsvoraussetzungen. Fehlt nur eine der vom Gesetz geforderten entscheidungserheblichen Tatbestandsvoraussetzungen um einen Familienbeihilfenanspruch zu begründen, so kann einem Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe kein Erfolg beschieden sein.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 15.1.2008, 2007/15/0170, eingehend dargelegt hat, wird in den Übergangsbestimmungen des Asylgesetzes 2005 angeordnet, dass Asylverfahren, die am 31. Dezember 2005 bereits anhängig waren, noch nach den Bestimmungen des AsylG 1997 zu Ende zu führen sind (§ 75 Abs. 1 Asylgesetz 2005). § 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 BGBI. I Nr. 168/2006, mit Wirkung ab 1. Juli 2006 vorgenommenen Änderungen - zunächst noch in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBI. I Nr. 142/2004, zur Anwendung.

Im gegenständlichen Fall steht fest, dass die Bw. - wie auch die Familienmitglieder Tochter und Ehegatte - im Jahr 2005 (am 25.10.) einen Asylantrag gestellt hat und das Asylverfahren am 31.12.2005 noch nicht abgeschlossen gewesen ist. Das Asylverfahren wurde mit - gemäß den Bestimmungen des Asylgesetzes 1997 abweisenden - Bescheid vom 12.1.2007 abgeschlossen; ab diesem Zeitpunkt läuft das Berufungsverfahren.

Im Hinblick auf das am 31.12.2005 anhängige Asylverfahren war daher § 3 FLAG noch in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBI. I Nr. 142/2004 anzuwenden.

Nach dieser Gesetzesnorm galt für Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, als Anspruchsvoraussetzung nach Abs. 1 eine mindestens dreimonatige nichtselbständige Beschäftigung bei einem Dienstgeber im Bundesgebiet bzw. ein zufolge einer solchen

---

Beschäftigung erfolgter Krankengeldbezug.

Diese Tatbestandsvoraussetzung erfüllten im Streitzeitraum ab Mai 2006 weder die Bw. noch ihr Ehegatte.

Nach Abs. 2 dieser Bestimmung galt § 3 Abs. 1 FLAG nicht für Personen, die sich seit mindestens 60 Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten.

Der Verwaltungsgerichtshof hat dargelegt, dass der in § 3 Abs. 2 FLAG geforderte ständige Aufenthalt im Bundesgebiet dem ständigen Aufenthalt iSd § 26 Abs. 2 BAO entspricht und es dabei auf die körperliche Anwesenheit ankommt. Damit wird auf die tatsächlichen Verhältnisse und nicht auf einen "berechtigten Aufenthalt" abgestellt (vgl. VwGH 12.10.2009, 2009/16/0208).

Auch wenn demnach für das Tatbestandsmerkmal des ständigen Aufenthaltes in § 3 Abs. 2 FLAG idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes die körperliche Anwesenheit im Bundesgebiet unabhängig vom Fehlen eines zu dauerndem Aufenthalt berechtigenden Aufenthaltstitels genügt, erreicht im gegenständlichen Fall - innerhalb des Streitzeitraumes, für den die Familienbeihilfe begehrt wird - der Aufenthalt der Bw. (ihres Ehegatten sowie ihrer Familienmitglieder) in Österreich nicht die erforderliche Dauer von 60 Monaten gerechnet ab dem Tag der Einreise (25.10.2005).

Die durch das Pensionsharmonisierungsgesetz novellierte Fassung des § 3 Abs. 2 FLAG stellt weiters ihrem klaren Wortlaut nach für die Anspruchsvoraussetzungen der Familienbeihilfe darauf ab, ob tatsächlich bereits Asyl gewährt worden ist.

Die Asylgewährung wurde bis dato weder der Bw. noch den Familienangehörigen (nicht) zuerkannt. Für die vorliegenden Zeiträume steht mangels Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzung der Asylgewährung Familienbeihilfe nicht zu.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 28. Oktober 2011