



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch RA, vom 16. Februar 2009 gegen den Bescheid des Finanzamtes Grieskirchen Wels vom 16. Jänner 2009 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für die Kinder xx, für den Zeitraum Dezember 2007 bis Jänner 2009 in Höhe von insgesamt € 4.961,70 entschieden:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird für die Zeit von Dezember 2007 bis Februar 2008 aufgehoben.

Im Übrigen wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

Der neue Rückforderungsbetrag beträgt gesamt € 3.963,60 (FB: € 2.843,80; KG: € 1.119,80).

### **Entscheidungsgründe**

Das Finanzamt hat mit Bescheid vom 16.1.2009 die Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge für die zwei minderjährigen Kinder der Berufungsverwerberin für den Zeitraum Dezember 2007 bis Jänner 2009 in Höhe von insgesamt € 4.961,70 (FB: € 3.536,50; KG: € 1.425,20) unter Hinweis auf die §§ 3 Abs. 1 und 26 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 zurückgefordert. Die fremdenrechtliche Prüfung der VwGH-Judikatur betreffe nur arbeitende Asylwerber. Da die Berufungsverwerberin bis dato noch keiner Beschäftigung nachgegangen sei, bestehe kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

Die dagegen eingebrachte Berufung wird im Wesentlichen damit begründet, dass es um die Übergangsbestimmungen im Fremdenrechtspakt 2005 gehe. Zufolge der im Zuge dieser Gesetzesänderungen erlassenen Übergangsbestimmungen sei § 3 FLAG für Personen, deren Asylverfahren noch nach den Bestimmungen des Asylgesetzes 1997 abgeführt werde, auch nach dem 1.1.2006 noch in der Fassung des Pensionsharmonierungsgesetzes BGBI Nr. 2004/142 anzuwenden. Die Erstbehörde habe die Entscheidungsgründe des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes falsch gelesen. Der Verwaltungsgerichtshof verweise eindeutig auf § 3 Abs. 2 FLAG im Sinne der Fassung des Pensionsharmonierungsgesetzes. Damit spiele die Berufstätigkeit keine Rolle, wenn sich Personen seit mindestens 60 Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 2.3.2009 hat das Finanzamt die Berufung als unbegründet abgewiesen. § 3 Abs. 2 „alt“ finde keine Anwendung, weil Asylwerber nur über ein vorübergehendes Aufenthaltsrecht verfügen würden. Erst durch das zuerkannte Aufenthaltsrecht seien auch der Mittelpunkt der Lebensinteressen nach § 2 Abs. 8 FLAG 1967 und der ständige Aufenthalt im Bundesgebiet zu sehen.

Am 6.3.2009 wurde die Vorlage der Berufung an den Unabhängigen Finanzsenat als Abgabenbehörde zweiter Instanz beantragt.

### ***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, BGBI. 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, BGBI. 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 BGBI. 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 Dezember 2002 ständig in Österreich auf und erfüllt daher im Dezember 2007 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 Aufenthalts 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 Dezember 2002 erfüllt die Berufungswerberin jedenfalls ab Dezember 2007 die Voraussetzung eines mehr als sechzigmonatigen ständigen Aufenthaltes im Bundesgebiet und damit auch für den Anspruch auf Familienbeihilfe und in der Folge auch auf die Kinderabsetzbeträge.

Mit Erkenntnis des VwGH vom 31.1.2008, Zlen. 2007/01/1060 bis 1062-10, wurde jedoch die Beschwerde der Berufungswerberin gegen die Abweisung des Asylantrages gemäß § 7 Asylgesetz 1997 des Bundesasylamtes als unbegründet abgewiesen. Dieses Erkenntnis wurde im Februar 2008 zugestellt. Folglich endete der Status der Berufungswerberin als „Asylwerberin“ im Februar 2008. Daraus folgt aber auch, dass hinsichtlich der Gewährung der Familienbeihilfe für die Zeit ab März 2008 § 3 FLAG 1967 in der Fassung des Fremdenrechtspaketes 2005, BGBl. I Nr. 100, sowie BGBl. I Nr. 168/2006 anzuwenden ist. Diese Voraussetzungen lagen aber unbestritten nicht vor.

Somit kann die Familienbeihilfe (incl. Kinderabsetzbeträge) für die beiden Kinder der Berufungswerberin für die Monate Dezember 1997 bis Februar 2008 gewährt werden. In der Zeit von März 2008 bis Jänner 2009 lagen die Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbeträge jedoch nicht vor.

Aus den angeführten Gründen war wie im Spruch zu entscheiden.

Linz, am 31. März 2011