



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Frau X in XY, vom 12. Juli 2012, gerichtet gegen die Rückforderungsbescheide des Finanzamtes Graz-Stadt vom 15. März 2012, betreffend Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. September 2007 bis 30. August 2008, entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Die angefochtenen Bescheide werden aufgehoben.

Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin, eine Staatsangehörige der Ukraine, ist im September 2002 mit ihrer Tochter Vorname , geboren am TT.MM.JJJJ, nach Österreich eingereist und hat am 7. September 2002 einen Asylantrag gestellt.

Das Finanzamt forderte die Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag mit Bescheid vom 12. Juni 2012 für den Zeitraum von September 2007 bis August 2008 zurück. Als Begründung wurde auszugsweise ausgeführt:

Gemäß [§ 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967](#) (FLAG) haben Personen, die nicht österreichische StaatsbürgerInnen 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. ...

Die Asylwerbereigenschaft endet mit dem Monat einer abweisenden Entscheidung zweiter Instanz, da deren materielle Rechtskraft auch durch ein anhängiges Beschwerdeverfahren vor dem VwGH nicht durchbrochen wird. ...

In Ihrem Fall wurde Ihr Asylantrag am 7.7.2006 in zweiter Instanz abgewiesen. Daher endet die Beurteilung des Familienbeihilfenanspruches gem. § 3 FLAG „alt“ (in der Fassung bis 31.12.2005) mit Juli 2006, da die, vom VwGH gewährte aufschiebende Wirkung nur die Abschiebung betrifft.

Gegen diesen Bescheid brachte die Berufungswerberin mit Schriftsatz vom 12. Juli 2012 das Rechtsmittel der Berufung ein und führte als Begründung Folgendes aus:

Mit o.g. Bescheid werden die gewährte Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag für meine Tochter Name, geb. am TT.MM.JJJJ, für den Zeitraum September 2007 bis August 2008 in der Gesamthöhe von € 2.181,60 rückgefordert. Die Rückzahlung erfolgt bis auf Widerruf durch Anrechnung des zu Unrecht bezogenen Betrages auf die fälligen oder fällig werdenden Familienbeihilfen (einschließlich Kinderabsetzbeträge).

Begründend bringt die Behörde vor, dass die Asylwerbereigenschaft mit dem Monat einer abweisenden Entscheidung zweiter Instanz endet, da deren materielle Rechtskraft auch durch ein anhängiges Beschwerdeverfahren vor dem VwGH nicht durchbrochen wird.

In meinem Fall wurde der Asylantrag am 07.07.2006 in zweiter Instanz abgewiesen. Daher endete die Beurteilung des Familienbeihilfenanspruches gem. [§ 3 FLAG 1967](#) "alt" (in der Fassung bis 31.12.2005) mit Juli 2006, da die vom VwGH gewährte aufschiebende Wirkung nur die Abschiebung betrifft.

Im März 2010 wurde mir und meiner Tochter Vorname eine Niederlassungsbewilligung unbeschränkt erteilt, womit die Voraussetzungen des [§ FLAG 1967](#) in der Fassung ab 01.01.2006 erfüllt wurden.

Infolge dessen war die Familienbeihilfe für Marina für die Zeit von September 2007 bis August 2008 rückzufordern, da die anspruchsbegründenden Voraussetzungen gem. [§ 3 FLAG 1967](#) in der Fassung ab 01.01.2006 nicht vorlagen.

Bestritten wird der o.g. Bescheid wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes infolge unrichtiger rechtlicher Beurteilung.

In diesem Zusammenhang möchte ich folgendes Vorbringen erstatten:

Die begründende Argumentation der Behörde, dass die Asylwerbereigenschaft mit dem Monat einer abweisenden Entscheidung zweiter Instanz endet, da deren materielle Rechtskraft auch durch ein anhängiges Beschwerdeverfahren vor dem VwGH nicht durchbrochen wird und in

meinem Fall die vom VwGH gewährte aufschiebende Wirkung nur die Abschiebung betrifft, möchte entgegen und vorbringen, dass im Falle der Gewährung der aufschiebenden Wirkung durch Beschluss des VwGH (betreffend die höchstgerichtliche Beschwerde gegen den Bescheid der zweiten Instanz im Asylverfahren) der antragstellenden Partei gem.

[§ 30 Abs. 2 VwGG](#) wieder die Rechtsstellung als Asylerwerber zukommt, da keine zwingenden öffentlichen Interessen entgegenstehen und nach Abwägung aller berührten Interessen mit dem Vollzug der angefochtenen Entscheidung ein unverhältnismäßiger Nachteil verbunden wäre. Dies bedeutet, dass jedenfalls bis zur Entscheidung des VwGH eine Berechtigung zum Aufenthalt in Österreich nach dem Asylgesetz gegeben ist.

Darüber hinaus möchte ich vorbringen, dass zu der nach [§ 3 Abs. 2 FLAG idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes](#) wesentlichen Frage eines ständigen Aufenthalts im Bundesgebiet seit mindestens sechzig Monaten es genügt, gemäß [§ 43 Abs. 2 zweiter Satz VwGG](#) auf das Erkenntnis des VwGH vom 12. Oktober 2009 (Zl. 2009/16/0208) zu verweisen, wonach das Tatbestandsmerkmal des ständigen Aufenthalts nach [§ 3 Abs. 2 FLAG idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes](#) dem gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne des [§ 26 Abs. 2 BAO](#) entspricht und es somit auf die körperliche Anwesenheit ankommt.

Damit wird auf die tatsächlichen Verhältnisse und nicht auf einen "berechtigten Aufenthalt" abgestellt, weshalb das Fehlen eines zum dauernden Aufenthalt berechtigenden Aufenthaltstitels unerheblich ist (siehe auch Erkenntnis des VwGH vom 5.11.2009, Zl. [2009/16/0239](#)). Zudem hat der VwGH auch in einem Erkenntnis vom 21. September 2009 (Zl. 2009/16/0178) zum insoweit vergleichbaren Tatbestand des ständigen Aufenthalts in [§ 5 Abs. 3 FLAG](#) klargestellt, dass auch dieser ständige Aufenthalt dem gewöhnlichen Aufenthalt iSd [§ 26 Abs. 2 BAO](#) entspricht, dass es bei der Frage dieses Aufenthalts um objektive Kriterien geht, und dass eine Berechtigung zum dauernden Aufenthalt nicht ausschlaggebend ist.

Mit Bericht vom 26. Juli 2012 legte das Finanzamt Graz-Stadt die Berufung aus verwaltungsökonomischen Gründen, ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung, dem unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung vor.

Über die Berufung wurde erwogen:

Folgender Sachverhalt liegt laut Angaben des Bundesasylamtes vom 5. März 2012 vor:

„Am 7. September 2002 wurde der erste Asylantrag gestellt.

In erster Instanz wurde dieser Antrag mit Bescheid vom 7. Jänner 2003 negativ entschieden.

Gegen diese Bescheide wurde mit 21. Jänner 2003 fristgerecht berufen.

Mit Bescheiden vom 7. Juli 2006 wies der unabhängige Bundesasylsenat die Berufungen gem. [§§ 7](#) und [8 AsylG](#) als unbegründet ab.

Gegen die Bescheide des Bundesasylsenates wurde Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof erhoben und gleichzeitig die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung gestellt.

Die aufschiebende Wirkung wurde mit Beschluss vom 23. August 2006 zuerkannt.

Am 17. Juli 2008 wurde vom Verwaltungsgerichtshof mit Beschluss die Behandlung der Beschwerde abgelehnt, wobei die neuerliche Rechtskraft des zweitinstanzlichen Bescheides mit 12. August 2008 eingetreten ist."

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 haben. 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 Berufungswerberin und ihrer Tochter gestellten Asylanträge im Juli 2006 zwar in letzter Instanz abgewiesen, aber vom Verwaltungsgerichtshof wurde mit Beschluss vom 23. August 2006 wiederum der Status als Asylwerber zuerkannt (Gemäß [§ 30 Abs. 2 VwGG](#) wird den Anträgen mit der Wirkung stattgegeben, dass den Antragstellern wieder die Rechtsstellung als Asylwerber zukommt, wobei damit im Besonderen jede Zurück- oder Abschiebung der Antragsteller aus Österreich für die Dauer des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens unzulässig ist.).

Auf Grund der Tatsache, dass somit zum Zeitpunkt der Antragstellung auf Gewährung der Familienbeihilfe ab 1. September 2007 bis zum Abschluss des beim Verwaltungsgerichtshof anhängigen Verfahrens bis August 2008 ein offenes Asylverfahren vorgelegen ist, steht fest, dass der Antrag des Berufungswerbers auf Gewährung der Familienbeihilfe für die Zeit ab 1. September 2007 nach der gesetzlichen Regelung des § 3 Abs. 2 FLAG in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes zu beurteilen ist. Die Rückforderung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages besteht daher für diesen Zeitraum nicht zu Recht (vgl. UFS, RV/0369-G/11 und RV/2039-W/09).

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

Graz, am 12. März 2013