



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., W., vom 14. Mai 2007 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 6/7/15, vom 8. Mai 2007 betreffend Rückforderung zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum 1. Jänner 2006 bis 30. April 2006 entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird abgeändert.

### **Rechtsbelehrung**

Gegen diesen Bescheid ist gemäß § 291 der Bundesabgabenordnung (BAO), BGBl Nr. 1961/194 idgF, ein ordentliches Rechtsmittel nicht zulässig. Es steht Ihnen jedoch das Recht zu, innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung dieses Bescheides eine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof oder den Verfassungsgerichtshof zu erheben. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof muss – abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen – von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof muss – abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen – von einem Rechtsanwalt, einem Wirtschaftsprüfer oder einem Steuerberater unterschrieben sein.

Gemäß § 292 BAO steht der Amtspartei (§ 276 Abs. 7 BAO) das Recht zu, gegen diesen Bescheid innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung (Kenntnisnahme) Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof zu erheben.

### **Entscheidungsgründe**

Am 15. Jänner 2007 beantragte der Bw. die Weitergewährung der Familienbeihilfe für seine Kinder KY., geb. xxx und KS., geb. yyy.

Als Beilage legte er ua. seine Karte über seinen Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – EG“ vor, für seine Gattin und seine beiden Kinder die Aufenthaltsberechtigungskarten gemäß § 36b AsylG. Eine Aufenthaltsberechtigungskarte gemäß § 36b AsylG dient zum Nachweis der Identität und Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes im Bundesgebiet und ist gültig bis zum rk. Abschluss des Asylverfahrens.

Das Finanzamt erließ einen Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge für die Monate Jänner 2006 bis April 2006 für die Kinder KY., geb. xxx, und KS., geb. yyy .

Begründend wurde ausgeführt, dass gemäß § 26 Abs.1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 in Verbindung mit § 33 Abs.4 Z 3 lit.a EStG 1988 dieser Betrag zurückzuzahlen wäre. Für Kinder, die nicht österreichische StaatsbürgerInnen sind, bestünde gemäß § 3 Abs.2 FLAG 1967 nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhielten. Da sich die beiden Kinder nach den oa gesetzlichen Bestimmungen nicht rechtmäßig in Österreich aufhielten und auch noch kein Asyl gewährt worden sei, sei kein Anspruch auf Familienbeihilfe für den obgenannten Zeitraum gegeben.

Gegen den Bescheid brachte der Bw. Berufung ein. Seine Kinder hätten sich in der Zeit sehr wohl rechtmäßig in Österreich aufgehalten. Gemäß § 19 (2) seien Asylwerber, deren Asylverfahren zulässig sei (§ 24a), bis zum rechtskräftigen Abschluss oder der Einstellung des Verfahrens zum Aufenthalt im Bundesgebiet berechtigt; dieses Aufenthaltsrecht sei durch das Ausstellen einer Aufenthaltsberechtigungskarte (§ 36b) zu dokumentieren.

In der abweisende Berufungsvorentscheidung führte das Finanzamt aus, der Bw. sei zwar bis zum Abschluss des Asylverfahrens gemäß § 36 AsylG zum Aufenthalt berechtigt, hätte aber gleichzeitig auf Grund der §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes derzeit keinen Anspruch auf Gewährung der Familienbeihilfe.

In dem Vorlageantrag brachte der Bw. Folgendes vor:

*„Zuerst die humane Seite dieses Anliegens: Meine Berufung wird als unbegründet abgewiesen. Es ist für mich traurig und peinlich genug, dass ich überhaupt mit so einer Angelegenheit konfrontiert bin. In einem Land, wo ich seit etwa 20 Jahren lebe, dort wo sich der Mittelpunkt meines Lebens befindet, so „eigenartig“ eingestuft zu werden, sorgt ganz bestimmt für keine große Freude.*

*Erwähnenswert ist, dass es sich um die hier geborenen Kinder eines Menschen handelt, der sich in diesem Lande niedergelassen hat.*

*Wenn man sachlich bleibt, könnte es stimmen, dass die Berufung unbegründet sei, insb. wenn es sich um die Folge vom so genannten „Haubner-Erlass“ handelt. Denn gerade war die Entscheidung, die zur Erleichterung sehr vieler Menschen für eine große Aufregung gesorgt*

*hatte. Nach der Zielsetzung dieses Erlasses sollten die Menschen in unserer Situation keinen Anspruch auf Familienbeihilfe haben. Sehr viele weitere Menschen sollten auch monatelang abwarten, bis sie ihre „Legitimität“ bzw. die „Legitimität“ ihrer Neugeborenen überhaupt nachgewiesen haben. Meines Wissens nach konnte sich aber dieses Vorhaben aufgrund der Neinsager vernünftiger Menschen nicht durchsetzen.*

*Erwähnt wird das Familienausgleichsgesetz, aber ohne die Berücksichtigung der folgenden Punkte dieses Gesetzes:*

*Bundesgesetz mit dem das Familienlastenausgleichsgesetz 1967 und das Kinderbetreuungsgeldgesetz geändert werden.*

*Der Nationalrat hat beschlossen:*

*Artikel 1*

*Änderung des Familienausgleichsgesetzes 1967*

*Das Familienlastengleichsgesetz 1967, BGBl. Nr. 376/1967, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz, BGBl. I Nr. 3/2006, wird wie folgt geändert:*

*Dem § 3 werden folgende Abs.4 und 5 angefügt:*

*„(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 unselbständig oder selbständig 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 zur Begründung des Mittelpunktes der Lebensinteressen im Bundesgebiet (§ 2 Abs.8) durch den Elternteil und das Kind. Als nachgeborene Kinder gelten jene Kinder, die nach dem Zeitpunkt der Erteilung des Aufenthaltstitels oder der Zuerkennung des Status des Asylberechtigten oder subsidiär Schutzberechtigten an den zusammenführenden Fremden geboren werden.“*

*2. Dem § 55 wird folgender Abs.3 angefügt:*

*“(3) § 3 Abs.4 und 5 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. XXX/2006 tritt mit 1. Juli 2006 in Kraft.“*

*Auf Grund er vorgebrachten Fakten bitte ich um eine nochmalige Überprüfung unserer Akten und beantrage gleichzeitig die Annahme meiner Berufung bzw. die Einstellung dieses Verfahrens.“*

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

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 15. Jänner 2008, ZI 2007/15/0170, erwogen:

„Durch das "Fremdenrechtspaket 2005" BGBl. I Nr. 100/2005 hat der Gesetzgeber eine Änderung der Rechtslage auf dem Gebiet des Asyl- und Fremdenrechtes vorgenommen. Im Zuge dieser Reform wurde auch § 3 FLAG 1967 neu gefasst.

§ 3 idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004, (vor der Neufassung durch das Fremdenrechtspaket 2005) lautete auszugsweise:

“§ 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; (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.“

Artikel 12 des Fremdenrechtspakets 2005, BGBl. I Nr. 100/2005, lautet auszugsweise:

"Änderung des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967

Das Familienlastenausgleichsgesetz 1967, BGBl. Nr. 376, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 157/2004, wird wie folgt geändert: ...

2. § 3 lautet:

§ 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.

3. Nach § 54 wird folgender § 55 angefügt:

§ 55. 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."

Die §§ 73 und 75 AsylG 2005 lauten wie folgt:

"Zeitlicher Geltungsbereich § 73. (1) Dieses Bundesgesetz tritt mit 1. Jänner 2006 in Kraft.

(2) Das Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl (Asylgesetz 1997 - AsylG), BGBl. I Nr. 76/1997 tritt mit Ausnahme des § 42 Abs. 1 mit Ablauf des 31. Dezember 2005 außer Kraft.

(3) (Verfassungsbestimmung) § 42 Abs. 1 des Asylgesetzes 1997 tritt mit Ablauf des 31. Dezember 2005 außer Kraft.

(4) Verordnungen auf Grund dieses Bundesgesetzes können bereits ab dem auf seine Kundmachung folgenden Tag erlassen werden. Sie dürfen jedoch frühestens mit In-Kraft-Treten dieses Bundesgesetzes in Kraft gesetzt werden."

"Übergangsbestimmungen

§ 75. (1) Alle am 31. Dezember 2005 anhängigen Verfahren sind nach den Bestimmungen des Asylgesetzes 1997 zu Ende zu führen.

§ 44 AsylG 1997 gilt. Die §§ 24, 26, 54 bis 57 und 60 dieses Bundesgesetzes sind auf diese Verfahren anzuwenden. § 27 ist auf diese Verfahren mit der Maßgabe anzuwenden, dass die Behörde zur Erlassung einer Ausweisung zuständig ist und der Sachverhalt, der zur Einleitung des Ausweisungsverfahrens führen würde, nach dem 31. Dezember 2005 verwirklicht wurde. § 57 Abs. 5 und 6 ist auf diese Verfahren mit der Maßgabe anzuwenden, dass nur Sachverhalte, die nach dem 31. Dezember 2005 verwirklicht wurden, zur Anwendung dieser Bestimmungen führen.

(2) Ein nach dem Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl - Asylgesetz 1991, BGBl. Nr. 8/1992, eingestelltes Verfahren ist bis zum 31. Dezember 2007 nach den Bestimmungen des Asylgesetzes 1991 fortzusetzen und gilt als anhängiges Verfahren im Sinne des Abs. 1. Ein nach dem AsylG 1997 eingestelltes Verfahren ist bis zum 31. Dezember 2007 nach den Bestimmungen des AsylG 1997 fortzusetzen und gilt als anhängiges Verfahren im Sinne des Abs. 1.

(3) Karten nach dem AsylG 1997 behalten ihre Gültigkeit bis zum vorgesehenen Zeitpunkt.

(4) Ab- oder zurückweisende Bescheide auf Grund des Asylgesetzes, BGBl. Nr. 126/1968, des Asylgesetzes 1991, BGBl. Nr. 8/1992, sowie des Asylgesetzes 1997 begründen in derselben Sache in Verfahren nach diesem Bundesgesetz den Zurückweisungstatbestand der entschiedenen Sache (§ 68 AVG).

(5) Einem Fremden, dem am 31. Dezember 2005 die Flüchtlingseigenschaft zugekommen ist, gilt, soweit es zu keiner Aberkennung oder keinem Verlust der Flüchtlingseigenschaft gekommen ist, der Status des Asylberechtigten als zuerkannt.

(6) Einem Fremden, dem am 31. Dezember 2005 eine befristete Aufenthaltsberechtigung nach den Bestimmungen des Asylgesetzes 1991 oder des AsylG 1997 zugekommen ist, gilt der Status des subsidiär Schutzberechtigten als zuerkannt."

In den Übergangsbestimmungen des Asylgesetzes 2005 wird somit 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 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.

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.

Im Hinblick auf das am 31. Dezember 2005 anhängige Asylverfahren war daher § 3 FLAG noch in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes BGBl. I Nr. 142/2004 anzuwenden."

Im vorliegenden Fall hat der Berufungswerber einen Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – EG“. Für seine beiden Kinder legte er Aufenthaltsberechtigungskarten gemäß § 36b AsylG vor, die ein zulässiges Asylverfahren bestätigen.

Dem o.a. Verwaltungsgerichtshofurteil vom 15. Jänner 2008 Zl. folgend war der Berufung gegen den Rückforderungsbescheid stattzugeben.

Wien, am 27. März 2008