

## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 26. November 2008, gegen den Bescheid des Finanzamtes Graz-Stadt vom 27. Oktober 2008, betreffend die Abweisung des Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für die Kinder für die Zeit ab 1. Juni 2008, entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

### **Entscheidungsgründe**

Der Berufungswerber hat im Mai 2008 beim zuständigen Wohnsitzfinanzamt einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für die im Spruch genannten beiden Kinder rückwirkend ab Februar 2008 eingebracht.

In einem Begleitschreiben zum Antrag führt er aus, dass er türkischer Staatsbürger und seit 30. Juni 2003 als Asylwerber in Österreich lebt. Sein Asylverfahren und die seiner beiden Kinder waren am 1. Jänner 2006 noch anhängig.

Diesen Antrag hat das Finanzamt mit Bescheid vom 27. Oktober 2008 für die Monate ab Juni 2008 abgewiesen.

In der dagegen fristgerecht eingebrachten Berufung weist der Berufungswerber auf die nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs anzuwendende Rechtslage und die Tatsache hin, dass er sich in der maßgeblichen Zeit schon seit mehr als sechzig Kalendermonaten im Inland aufgehalten habe.

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

Gemäß § 2 Abs. 1 des Familienlastenausgleichsgesetzes (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.

§ 3 FLAG idF des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 646/1977 lautete:

"§ 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 für Flüchtlinge im Sinne des Art. 1 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951, BGBl. Nr. 55/1955, und des Protokolls über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, BGBl. Nr. 78/1974."

Mit Art. 22 des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004, wurde § 3 Abs. 2 FLAG geändert und lautete dann:

"(2) 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."

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 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."

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 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 ..."

Der Verwaltungsgerichtshof hat im Erkenntnis vom 15.1.2008, 2007/15/0170, eingehend dargelegt, weshalb § 3 FLAG in der Fassung des Fremdenrechtspaketes 2005 für Personen, die vor dem 1. Jänner 2006 einen Asylantrag gestellt haben und deren Asylverfahren am 31. Dezember 2005 noch anhängig war, noch nicht anzuwenden ist. An dieser Auffassung hat der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 24. September 2008, 2008/15/0199, festgehalten.

Damit ist im vorliegenden Verfahren auf den Berufungswerber, dessen Asylantrag vor dem 1. Jänner 2006 gestellt wurde und dessen Asylverfahren am 31. Dezember 2005 noch anhängig war, § 3 Abs. 2 FLAG idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes anzuwenden.

Nach dieser Bestimmung gilt § 3 Abs. 1 FLAG nicht für Personen, die sich seit mindestens 60 Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten. Der Verwaltungsgerichtshof hat zur insoweit gleichen Rechtslage des § 3 Abs. 2 FLAG idF des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 646/1977 bereits im Erkenntnis vom 7.6.2001, 98/15/0025, 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, weshalb es in jenem Beschwerdefall auf das Fehlen einer Aufenthaltsgenehmigung nicht ankam.

Auch hat der Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 21.9.2009, 2009/16/0178, zum insoweit vergleichbaren Tatbestand des ständigen Aufenthaltes in § 5 Abs. 3 FLAG wieder klargestellt, dass auch dieser ständige Aufenthalt dem gewöhnlichen Aufenthalt iSd § 26 Abs. 2 BAO entspricht, dass es bei der Frage dieses Aufenthaltes um objektive Kriterien geht, und dass eine Berechtigung zum dauernden Aufenthalt (in jenem Beschwerdefall war lediglich eine befristete Aufenthaltsbewilligung erteilt worden) nicht ausschlaggebend ist.

Das Finanzamt vermeint, ein ständiger Aufenthalt des Berufungswerbers im Bundesgebiet sei nicht gegeben, weil der Aufenthalt der Mitbeteiligten als Asylwerberin nicht auf einem zu dauerndem Aufenthalt berechtigenden Aufenthaltstitel beruhe.

Der Verwaltungsgerichtshof vertritt demgegenüber die Auffassung, dass das Tatbestandsmerkmal des ständigen Aufenthaltes in § 3 Abs. 2 FLAG idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes ebenfalls dem gewöhnlichen Aufenthalt iSd § 26 Abs. 2 BAO entspricht und daher das vom Finanzamt ins Treffen geführte Fehlen eines zu dauerndem Aufenthalt berechtigenden Aufenthaltstitels unerheblich ist (so VwGH 12.10.2009, 2009/16/0208).  
Der Berufung war daher Folge zu geben und der angefochtene Bescheid aufzuheben.

Graz, am 10. August 2010