



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch RA, vom 13. Juli 2009 gegen den Bescheid des Finanzamtes Gmunden Vöcklabruck vom 17. Juni 2009 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für EE, für die Zeit von Jänner 2006 bis September 2008 entschieden:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird für die Zeit von 1.1.2006 bis 30.9.2007 aufgehoben.

Im Übrigen wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

### **Entscheidungsgründe**

An das Finanzamt wurden von der Berufungswerberin folgende Schriftstücke gerichtet:

„Familienbeihilfe für die Zeit zwischen 01.01.2006 - 01.10.2008

Habe jetzt noch die fehlenden Dokumente zugeschickt.

Wir haben am 05.09.2000 einen Antrag auf Asyl gestellt, bewilligt wurde uns ein Visum am 24.08.2008, finden Sie auf den ersten 2 Kopien.

Mein Sohn war bis Juli 2007 auf der HTL in y, hat sich dann auf AMS angemeldet, bekam aber keine Arbeitsbewilligung. Hat dann bis 24.08.2008 auf das Visum warten müssen, seit Oktober 2008 studiert er.

Ich hoffe dass wir auch einen Anspruch auf Familiengeld für die Zeit zw. 17.Juli.2007 und 24.08.2008 haben, denn er hatte in dieser Zeit gar keine Einkommen.“

„Da wir seit September 2008 eine Aufenthaltsbewilligung erhalten haben, habe ich wieder Anspruch auf Familienbeihilfe und wir erhalten sie auch seit Oktober 2008. Mein Sohn studiert auf der FH xx.

Da wir aber bis zu diesem Datum Asylwerber waren, haben wir seit Dezember 2005 keine Familienbeihilfe bezogen, obwohl mein Sohn xxx in der Zeit die HTL-y besucht habe.

Jetzt habe ich von unserem Anwalt erfahren dass mir das Geld für den Zeitraum zw. 01.01.2006 - 31.09.2008 zusteht, da wir eine Aufenthaltsbewilligung erhalten haben und ich einfach nur einen neuen Antrag machen muss.

Habe die Jahreszeugnisse und Maturazeugnis, als Schulbesuchbestätigung noch mitverschickt, aber auch alle andere Dokumente die für die Bearbeitung des Falles nötig sind.“

Das Finanzamt hat mit Bescheid vom 17.6.2009 den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für den volljährigen Sohn der Berufungswerberin für die Zeit von Jänner 2006 bis September 2008 abgewiesen.

Begründung:

„Da Sie trotz Aufforderung die abverlangten Unterlagen nicht eingebracht haben, muss angenommen werden, dass im oben genannten Zeitraum kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestanden hat bzw. besteht.

Es wurde von Ihnen kein Nachweis über das offene Berufungsverfahren über den Zeitraum von Jänner 2006 bis September 2008 vorgelegt. Der vorgelegte Bescheid vom Bundesasylamt weist kein Ausstellungsdatum auf. Der Tätigkeitsnachweis von Sohn x ab Juli 2007 wurde ebenfalls nicht vorgelegt.“

Die dagegen eingebrachte Berufung vom 13.7.2009 wird wie folgt begründet:

Der Bescheid wird insofern angefochten, als für den Zeitraum Jänner 2006 bis Dezember 2007 keine Familienbeihilfe ausbezahlt wurde. Sihin wird die Nichtgewährung für den Zeitraum Jänner bis September 2008 akzeptiert.

Als Berufungsgrund wird unrichtige Sachverhaltsfeststellung geltend gemacht. Im Asylverfahren befand sich E. als Erstreckungswerber nach dem Asylgesetz 1997 bis zur Zustellung des Bescheides am 14.12.2007. Die mündliche Verhandlung vor dem damaligen Unabhängigen Bundesasylsenat fand am 07 statt und wurde geschlossen. Die Bescheide ergingen erst im Dezember 2007. Aufgrund der Rechtslage nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und nach dem so genannten Erlass des damaligen Wirtschaftsministers war es für x nicht möglich, eine Beschäftigungsbewilligung zu erlangen. Er besuchte in Österreich eine HTL.

Beweis: Verhandlungsschrift des UBAS und Bescheid des UBAS vom 2007

Es wird daher beantragt, der Unabhängige Finanzsenat möge der Berufung Folge geben und

den bekämpften Bescheid insofern abändern, als für den Zeitraum Jänner 2006 bis Dezember 2007 Familienbeihilfe gewährt wird."

### ***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 die Berufungswerberin, deren Asylantrag vor dem 1. Jänner 2006 gestellt wurde und deren 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.

Im vorliegenden Fall hält sich die Berufungswerberin seit dem Jahr 2000, also mehr als die geforderten 60 Kalendermonate, ständig in Österreich auf. Der Asylantrag wurde im Dezember 2007 negativ entschieden. Die Berufung wurde auch auf die Zeit von Jänner 2006 bis Dezember 2007 eingeschränkt.

Die Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 FLAG idF des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 646/1977 lagen in dieser Zeit vor.

Zu beachten ist jedoch auch § 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967. Der Sohn der Berufungswerberin beendete seine Berufsausbildung mit der Reifeprüfung am 21.6.2007. Berücksichtigt man nun noch § 2 Abs. 1 lit. d FLAG 1967, so lagen die Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe bis einschließlich September 2007 vor.

Aus den angeführten Gründen war wie im Spruch zu entscheiden.

Linz, am 19. September 2011