



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der bw, vom 15. September 2009 gegen den Bescheid des Finanzamtes k vom 18. August 2009 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab 1. Jänner 2005 entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der Bescheid betreffend das Kind da bleibt für den Zeitraum 1. Jänner 2005 bis 29. Februar 2008 und betreffend das Kind od für den Zeitraum 1. Jänner 2005 bis 31. Juli 2007 unverändert.

Der Bescheid wird betreffend das Kind da ab 1. März 2008 und betreffend das Kind od ab 1. August 2007 aufgehoben.

Entscheidungsgründe

Mit Bescheid vom 18. August 2009 wurde der Antrag der Berufungswerberin (Bw) auf Familienbeihilfe für ihre beiden namentlich genannten Kinder für den Zeitraum ab Jänner 2005 mit folgender Begründung abgewiesen:

„§ 3 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 lautet wie folgt:

Abs. 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.

Abs. 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.

Abs. 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.

Abs. 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.

Abs. 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 den zusammenführenden Fremden geboren werden (Abs. 1-3 gültig ab 1.1.2006, Abs. 4 + 5 gültig ab 1.7.2006).

§ 55 Familienlastenausgleichsgesetz lautet wie folgt: 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.

Entscheidung des VwGH vom 15. 1. 2008, GZ. 2007/15/0170:

§ 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.

§ 3 des Familienlastenausgleichsgesetzes in der Fassung des BGBl. I Nr. 142/2004, gültig von 1.5.2004 bis 31.12.2005 lautet wie folgt:

Abs. 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.

Abs. 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.

Abs. 3: 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.

Es ist daher auf Grund dieser Gesetzesbestimmung zu überprüfen, ob nach dem 1.1.2006 weiterhin Anspruch auf Familienbeihilfe besteht.

Ab 1.5.2004 wird Personen, denen Asyl gewährt wurde, die Familienbeihilfe bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen - ab dem Monat gewährt, in dem ihnen mit Bescheid Asyl nach dem Asylgesetz 1997 zuerkannt worden ist.

Da Ihnen und Ihrer Familie erst am 12.01.2009 Asyl gewährt worden ist, kann auch erst ab diesem Zeitpunkt die Familienbeihilfe gewährt werden.

Da weder Sie noch Ihr Gattin in der *Zeit* von 1.5.2005 bis 30.11.2006 erwerbstätig waren, kann auch nicht gem. § 3 Abs. 1 FLAG die Familienbeihilfe gewährt werden.

Ab Jänner 2009 erhalten Sie laufend die Familienleistungen für i und o ausbezahlt.

Zu ad:

Das Kind i wurde am 17.3.2008 geboren. Die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft erfolgte mit Bescheid vom 12. Jänner 2009. Für den Zeitraum Jänner 2005 bis inklusive Februar 2008 besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe, da das Kind noch nicht geboren war. Von März bis einschließlich Dezember 2008 können keine Familienleistungen gewährt werden, da in dieser Zeit noch kein positiver Asylbescheid vorlag.“

Mit Schriftsatz vom 15. September 2009 berief die Interessensvertretung der Bw rechtzeitig gegen obgenannten Bescheid und führte hiezu aus:

„Im vorgenannten Abweisungsbescheid wird als Begründung angeführt, dass der Berufungswerberin und ihrer Familie erst am 12.1.2009 Asyl gewährt worden ist und daher erst ab diesem Zeitpunkt die Familienbeihilfe gewährt werden kann. Die Familienleistungen würden für beide Kinder ab Jänner 2009 gewährt.

Dies ist nur teilweise richtig.

Die Berufungswerberin ist im August 2002 gemeinsam mit ihrem Gatten nach Österreich gekommen und hat unverzüglich einen Asylantrag gestellt. Im Jänner 2009 wurde der Berufungswerberin und ihre Familie Asyl gewährt. Dieses Asylverfahren wurde gemäß § 75 Abs 1 Asylgesetz 2005 nach den Bestimmungen des Asylgesetzes 1997 zu Ende geführt, da es bereits am 31.12.2005 anhängig war.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 15.1.2008, 2007/15/0170, die Feststellung getroffen, dass § 55 FLAG das Inkrafttreten des § 3 FLAG in der Fassung des Fremdenrechtspaketes 2005 mit den Übergangsbestimmungen des NAG und jenen des Asylgesetzes 2005 verknüpft. § 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 Asylgesetz 1997 abgeführt wird, auch für Zeiträume ab 1.1.2006 nicht anzuwenden ist. Für diesen Personenkreis kommt daher § 3 FLAG zunächst noch in der Fassung des Pensionsharmonierungsgesetzes, Bundesgesetzblatt I Nummer 142/2004, zur Anwendung. Diese Voraussetzung trifft nun auf die Berufungswerberin zu, da ihr Asylverfahren bereits vor dem 31.12.2005 eingeleitet wurde und damit noch nach dem Asylgesetz 1997 unter Berücksichtigung der im § 75 Abs 1 Asylgesetz 2005 angeführten Bestimmungen abzuführen ist. Im Sinne der zitierten Rechtssprechung des Verwaltungsgerichtshofes gilt daher für ihren Anspruch auf Familienbeihilfe § 3 FLAG noch in der Fassung des Pensionsharmonierungsgesetzes, Bundesgesetzblatt I Nummer 142/2004. Nach dieser anzuwendenden Bestimmung haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet bei einem Dienstgeber beschäftigt sind und aus dieser Beschäftigung Einkünfte aus nicht selbstständiger Arbeit oder zufolge einer solchen Beschäftigung Bezüge aus der gesetzlichen Krankenversicherung im Bundesgebiet beziehen.

Absatz 2 derselben Bestimmung hält fest, dass Absatz 1 nicht für Personen gilt, die sich seit mindestens 60 Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten. Die Berufungswerberin ist wie bereits ausgeführt seit August 2002 in Österreich aufhältig und hat im August 2007 die Voraussetzung des § 3 Abs 2 FLAG in der Fassung des Pensionsharmonierungsgesetzes erfüllt. Da diese Bestimmung bezüglich des Anspruches auf Familienbeihilfe bis Jänner 2009 anzuwenden ist, steht daher jedenfalls Anspruch auf Familienbeihilfe für das Kind od ab August 2007 bis Dezember 2008 zu. Für das Kind i, welches am 17.3.2008 geboren wurde, ergibt sich in der Folge ein Anspruch auf Familienbeihilfe für die Zeit von März 2008 bis Dezember 2008.

Beweis: Bescheid

Entscheidung des Asylgerichtshofes vom 12.1.2009

Aufgrund dieses Sachverhaltes wird daher beantragt:

den Bescheid vom 18.8.2009 aufzuheben und die Familienbeihilfe für od für die Zeit von August 2007 bis Dezember 2008 und für ad für die Zeit von März 2008 bis Dezember 2008 zu gewähren.

Überdies ersucht die Berufungswerberin um Übermittlung der Entscheidung und allfälliger sonstiger Schreiben in dieser Angelegenheit in Kopie an die Kammer für Arbeiter und Angestellte für x.“

Mit Berufungsvorentscheidung vom 12. Oktober 2009 wurde die Berufung als unbegründet abgewiesen und ausgeführt:

„Das Finanzamt hat den von Ihnen eingebrachten Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe für Ihre beiden Kinder i und o ab 01.01.2005 nach ausführlicher Darstellung der gesetzlichen Bestimmungen und der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 15.01.2008, ZI. 2007/15/0170 zusammengefasst abgewiesen, weil der gesamten Familie erst mit Entscheidung des Asylgerichtshofes vom 12.01.2009 in Österreich Asyl gewährt worden sei. Da ein positiver Asylbescheid, in dem die Flüchtlingseigenschaft festgestellt worden ist, erst am 12.01.2009 ergangen sei, könne für den beantragten Zeitraum 01.01.2005 - 31.12.2008 die Familienbeihilfe nicht gewährt werden. Ab 01.01.2009 werde die Familienbeihilfe aufgrund der Entscheidung des Asylgerichtshofes gewährt.

Dagegen erheben Sie Berufung (die Entscheidung des Asylgerichtshofes, Außenstelle Z vom 12.01.2009 wurde beigelegt) und begründen diese zusammengefasst aufgrund der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 15.01.2008, ZI. 2007/15/0170. Da die Berufungswerberin mit Ihrer Familie bereits am 21.08.2002 in Österreich um Asyl angesucht habe, seien die gesetzlichen Bestimmungen des § 3 FLAG 1967 noch in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, Bundesgesetzblatt I Nr. 142/2004 anzuwenden.

§ 3 Abs 2 FLAG 1967 in der alten Fassung halte fest, dass die einschränkenden Bestimmungen des Abs 1 leg.cit. nicht für Personen gelte, die sich seit mindestens 60 Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten würden. Da die Berufungswerberin seit August 2002 in Österreich aufhältig sei, habe sie die gesetzlichen Bestimmungen § 3 Abs 2 FLAG 1967 erfüllt. So habe die Berufungswerberin für das Kind o ab August 2007 bis Dezember 2008, für das Kind i, geb. am 17.03.2008 von März 2008 bis Dezember 2008 Anspruch auf Familienbeihilfe. Aus der beigelegten Entscheidung des Asylgerichtshofes vom 12.01.2009, Außenstelle Z ergibt sich folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt (zusammengefasst):

"Der Beschwerde (der Berufungswerberin gegen den abweisenden Asylbescheid - Anm) wird stattgegeben und be gemäß § 7 AsylG 1997, BGBl I Nr.76/1997 idF BGBl I Nr.

126/2002, Asyl gewährt. Gemäß § 12 leg. cit. wird festgestellt, dass be, damit kraft Gesetzes die Flüchtlingseigenschaft zukommt.

Die Beschwerdeführerin, eine Staatsangehörige der e, reiste lt. eigenen Angaben am 20.08.2008 gemeinsam mit ihrem Gatten in das österreichische Bundesgebiet ein und stellte am 21.08.2002 einen Asylantrag.

Mit dem angefochtenen (abweisenden Asyl) Bescheid vom 01.07.2003 wies die Erstbehörde den Asylantrag der nunmehrigen Beschwerdeführerin gemäß § 7 AsylG 1997 ab (Spruchpunkt I.) und erklärte die Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung der Beschwerdeführerin in die e gemäß § 8 AsylG 1997 für zulässig (Spruchpunkt II.)"

§ 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 Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 1997 gewährt wurde (§ 3 Abs 1,2 FLAG 1967 idF PensionsharmonisierungsgG).

Im ggstl Fall ist somit strittig, ob die Berufungswerberin, für die der Asylgerichtshof am 12.01.2009 den abweisenden Asylbescheid vom 01.07.2003 aufgehoben (in diesem Bescheid wurde die Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung der Beschwerdeführerin in die Türkei für zulässig erklärt) und festgestellt hat, dass ihr kraft Gesetzes die Flüchtlingseigenschaft zukommt, sich bis zum Ergehen dieser Entscheidung als sich ständig im Bundesgebiet aufhaltend anzusehen ist, obwohl Sie immer damit rechnen musste, dass Sie jederzeit zusammen mit Ihrer Familie wieder in Ihr Heimatland zurückgewiesen, zurückgeschoben oder auch abgeschoben werden könnte.

Gemäß § 5 Abs 3 FLAG 1967 besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten. Zur Auslegung des Gesetzesbestimmung (**ständig** im Ausland **aufhaltend**) hat der Verwaltungsgerichtshof folgendes auszugsweise festgestellt:

"Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist der ständige Aufenthalt im Sinn des § 5 Abs. 4 FLAG unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen

Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2 BAO zu beurteilen (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 19. Oktober 1993, 93/14/0118, mwN). Demnach kam es bezogen auf den Beschwerdefall darauf an, ob der Sohn sich in Streitzeitraum in den USA unter Umständen aufhielt, die erkennen ließen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilte. Diese nicht auf den Mittelpunkt der Lebensinteressen abstellende Beurteilung ist nach objektiven Kriterien zu treffen, wobei es anders als bei der in der Beschwerde angesprochenen Bestimmung des § 66 Abs. 2 JN auf subjektive Momente nicht ankommt. Ein Aufenthalt in dem genannten Sinn verlangt grundsätzlich körperliche Anwesenheit. Daraus folgt auch, dass eine Person nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben kann (vgl. beispielsweise das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 13. Dezember 1982, 17/1603/80, sowie Ritz, BA02, Tz 13 zu § 26) ".....(siehe VwGH vom 20.06.2000, ZI.98/15/0016).

Die Österreichische Finanzverwaltung ist der Ansicht, dass Asylwerber aufgrund der asylrechtlichen Bestimmungen lediglich ein vorläufiges Aufenthaltsrecht in Österreich haben (arg. im konkreten Fall die Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung der Beschwerdeführerin in ihr Heimatland ist zulässig) und daher die gesetzliche Voraussetzung "mindestens 60 Kalendermonate **ständig im Bundesgebiet aufhalten**" vor Ergehen eines positiven Asylbescheides, nach objektiven und nachvollziehbaren Kriterien, nicht erfüllen können.

Dies gilt nach Ansicht der Österreichischen Finanzverwaltung insbesondere dann, wenn im Spruch des abweisenden Asylbescheides erklärt wird, dass die Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung der Beschwerdeführerin in das Heimatland zulässig ist; d.h. nach Ansicht der Österreichischen Finanzverwaltung, dass die Berufungswerberin objektiv gesehen, ernsthaft damit rechnen musste, dass Sie das Österreichische Bundesgebiet jederzeit wieder verlassen muss. Da die Berufungswerberin Ki Staatsbürgerin ist und Ihre Flüchtlingseigenschaft kraft Gesetzes erst im stattgebenden Erkenntnis des Asylgerichtshofes vom 12.01.2009 festgestellt worden ist, besteht vor dem 01.01.2009 kein Anspruch der Berufungswerberin auf Gewährung von Familienbeihilfe für Ihre beiden Kinder.

Für den Fall eines eventuellen weiteren Verfahrens werden Sie bereits jetzt aus verfahrensökonomischen Gründen gebeten, den gesamten Schriftverkehr von Ihnen und Ihrem Ehegatten bezüglich Ihres Asylverfahrens mit den zuständigen Behörden dem Finanzamt zur Einsicht vorzulegen."

Mit Schriftsatz vom 9. November 2009 wurde der Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde II. Instanz gestellt und hiezu ergänzend aus:

„Die Abgabenbehörde I. Instanz führt in ihrer Begründung aus, dass Asylwerber lediglich ein vorläufiges Aufenthaltsrecht in Österreich haben und daher die gesetzliche Voraussetzung "mindestens 60 Kalendermonate ständig im Bundesgebiets aufhalten" vor Ergehen eines positiven Asylbescheides nicht erfüllen können. Näher wird dies damit begründet, dass im abweisenden Asylbescheid erklärt wird, dass die Zurückweisung, Zurückschiebung und Abschiebung in das Heimatland zulässig ist. Die Berufungswerberin musste daher ernsthaft damit rechnen, dass sie das österreichische Bundesgebiet jederzeit wieder verlassen muss. Dem kann nicht beigespflichtet werden.

Ein abweisender Asylbescheid enthält grundsätzlich den Ausspruch, dass eine Zurückweisung, eine Zurückschiebung oder Abschiebung in das Heimatland zulässig ist. Wird gegen diesen abweisenden Asylbescheid kein Rechtsmittel ergriffen, so erfolgt in der Folge auch die "Rückführung" des Beschwerdeführers in das Heimatland. Durch die Erhebung eines Rechtsmittels wird jedoch dieser abweisende Asylbescheid außer Kraft gesetzt und ist in der Folge eine Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung des Asylwerbers nicht mehr möglich. Die Beschwerdeführerin hat den ursprünglichen abweisenden Asylbescheid bekämpft und musste sie daher in der Folge entgegen der Rechtsansicht der Abgabenbehörde I. Instanz in dieser Zeit nicht damit rechnen, dass sie das Bundesgebiet verlassen

muss. Eine "Rückführung" in ihr Heimatland wäre erst nach Ausschöpfung des Instanzenzuges und rechtskräftiger negativer Entscheidung möglich und müsste sie erst ab diesem Zeitpunkt damit rechnen, dass sie das österreichische Bundesgebiet zu verlassen hat. Die anzuwendende Bestimmung § 3 Abs 2 FLAG 1967 in der alten Fassung legt fest, dass Anspruch auf

Familienbeihilfe auch Personen haben, die sich seit mindestens 60 Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten. Ein ständiger Aufenthalt ist dann gegeben, wenn sich jemand unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt. Die Berufungswerberin hat den ursprünglich negativen Asylbescheid bekämpft und wurde dieser in der Folge auch aufgehoben und Asyl gewährt. Sie hat sich daher in Österreich unter Umständen aufgehalten, die klar erkennen ließen, dass sie an diesem Ort nicht nur vorübergehend verweilt und wurde dies wie bereits ausgeführt durch die Zuerkennung von Asyl auch bestätigt.

Von der Berufungswerberin werden daher sämtliche nach den gesetzlichen Bestimmungen erforderlichen Voraussetzungen für den Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für od für die Zeit von August 2007 bis Dezember 2008 sowie für da für die Zeit von März 2008 bis Dezember 2008 erfüllt.

Es wird daher beantragt der Berufung gegen den Bescheid vom 18.8.2009 im Sinne des Berufungsantrages vom 15.9.2009 stattzugeben."

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 2 Abs. 1 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 (FLAG 1967) haben Personen, die im Bundesgebiet ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf die Familienbeihilfe für Kinder, die dort näher genannte Voraussetzungen erfüllen.

Die Familienbeihilfe wird nach § 10 Abs. 2 FLAG vom Beginn des Monats gewährt, in dem die Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt werden. Der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschlussgrund hinzukommt.

Die Familienbeihilfe wird nach § 10 Abs. 3 leg. cit. höchstens für fünf Jahre rückwirkend vom Beginn des Monats der Antragstellung gewährt.

Die Frage, ob für einen bestimmten Anspruchszeitraum Familienbeihilfe zusteht, ist an Hand der rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten im Anspruchszeitraum zu beantworten. Der gesetzlich festgelegte Anspruchszeitraum ist der Monat. Das Bestehen des Familienbeihilfeanspruches für ein Kind kann somit von Monat zu Monat anders zu beurteilen sein (vgl. VwGH 29.09.2004, 2000/13/0103, uvam.).

Die Entscheidung über die Gewährung von monatlich wiederkehrenden Leistungen, zu denen auch die Familienbeihilfe zählt, ist ein zeitraumbezogener Abspruch. Ein derartiger Abspruch

gilt mangels eines im Bescheid festgelegten Endzeitpunktes für den Zeitraum, in dem die rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse keine Änderung erfahren haben, jedenfalls aber bis zum Zeitpunkt der Erlassung des Bescheides (vgl. VwGH 20.01.2010, 2009/13/0083).

In der Sache selbst ist unstrittig, dass § 3 des Familienlastenausgleichsgesetzes idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes zur Anwendung kommt (siehe hiezu auch die Rechtsprechung des VwGH vom 25. März 2010, 2009/16/0119):

§ 3 Abs. 1 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."

§ 3 FLAG in der Fassung des Fremdenrechtspaketes 2005, BGBl. I Nr. 100, ist auf Personen, die vor dem 1. Jänner 2006 einen Asylantrag gestellt haben und deren Asylverfahren am 31. Dezember 2005 noch anhängig war, noch nicht anzuwenden (vgl. Erkenntnis VwGH 15.01.2008, 2007/15/0170).

Im Berufungsfall wurden der Asylantrag der Bw vor dem 1. Jänner 2006 gestellt. Das Asylverfahren war zufolge der Berufung gegen den Bescheid des Bundesasylamtes vom 1. Juli 2003 am 31. Dezember 2005 noch anhängig und wurde erst durch das im weiteren Rechtsgang durch den Asylgerichtshof ergangene Erkenntnis vom 12. Jänner 2009 beendet. Daher ist im Berufungsfall noch § 3 FLAG idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes anzuwenden.

Nunmehr wendet das Finanzamt ein, dass Asylwerbern aufgrund der asylrechtlichen Bestimmungen lediglich ein vorläufiges Aufenthaltsrecht in Österreich hätten und daher die

gesetzliche Voraussetzung „mindestens 60 Kalendermonate ständig im Bundesgebiet aufhalten“ vor Ergehen eines positiven Asylbescheides nach objektiven und nachvollziehbaren Kriterien nicht erfüllen könnten. Dies gelte insbesondere dann, wenn im Spruch des abweisenden Asylbescheides erklärt wird, dass die Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung der Beschwerdeführerin in das Heimatland zulässig ist; das hieße aber, dass die Bw objektiv gesehen ernsthaft damit rechnen hätte müssen, dass sie Österreich jederzeit wieder verlassen musste. Da die Bw ki Staatsbürgerin ist und ihre Flüchtlingseigenschaft kraft Gesetzes erst im stattgebenden Erkenntnis des Asylgerichtshofes vom 12. Jänner 2009 festgestellt worden ist, bestehe vor dem 1. Jänner 2009 kein Anspruch der Bw auf Gewährung von Familienbeihilfe für die beiden namentlich genannten Kinder.

Wie bereits in der Berufungsschrift ausgeführt und laut Auszügen aus dem Zentralen Melderegister ersichtlich ist, hält sich die Bw seit August 2002 in Österreich ständig auf und erfüllt im August 2007 die Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 FLAG 1967 in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes. Wie im Vorlageantrag ausgeführt, enthalte ein abweisender Asylbescheid grundsätzlich den Ausspruch, dass eine Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung in das Heimatland zulässig ist. Werde gegen diesen abweisenden Asylbescheid kein Rechtsmittel ergriffen, so erfolgt in der Folge auch die „Rückführung“ des Beschwerdeführers in das Heimatland. Durch die Erhebung eines Rechtsmittels werde jedoch dieser abweisende Asylbescheid außer Kraft gesetzt und ist in der Folge eine Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung des Asylwerbers nicht mehr möglich. Die Beschwerdeführerin habe den ursprünglichen abweisenden Asylbescheid bekämpft und habe daher in der Folge entgegen der Rechtsansicht der Abgabenbehörde erster Instanz in dieser Zeit nicht mehr damit rechnen müssen, dass sie das Bundesgebiet verlassen muss. Eine „Rückführung“ in ihr Heimatland wäre erst nach Ausschöpfung des Instanzenzuges und rechtskräftiger negativer Entscheidung möglich und müsste sie erst ab diesem Zeitpunkt damit rechnen, dass sie das österreichische Bundesgebiet zu verlassen hat. Ein ständiger Aufenthalt sei dann gegeben, wenn sich jemand unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt. Die Bw habe den ursprünglich negativen Asylbescheid bekämpft und sei dieser in der Folge auch aufgehoben und Asyl gewährt worden. Sie habe sich daher in Österreich unter Umständen aufgehalten, die klar erkennen ließen, dass sie an diesem Ort nicht nur vorübergehend verweilt und sei dies durch die Zuerkennung von Asyl auch bestätigt worden.

Wie bereits in mehreren Erkenntnissen des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH vom 12. Oktober 2009, 2009/16/0208, vom 27. Jänner 2010, 2009/16/0228 etc.) ausgeführt, entspricht das Tatbestandsmerkmal des ständigen Aufenthaltes in § 3 Abs. 2 FLAG in der – auch im vorliegenden Berufungsfall anzuwendenden – Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes

dem gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne des § 26 Abs. 2 BAO und das Fehlen eines zum dauernden Aufenthaltes berechtigenden Aufenthaltstitels (siehe auch die Argumentation des Finanzamtes „Drohung von Zurückweisung, -schiebung und Abschiebung“ im abweisenden Bescheid des Bundesasylamtes) sei deshalb unerheblich. Wie vom Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 15. November 2005, 2002/14/0103, ausgeführt, 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 Aufenthaltes 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. Mit ihrer Einreise nach Österreich im August 2002 erfüllt die Berufungswerberin jedenfalls ab August 2007 die Voraussetzung eines mehr als sechzigmonatigen ständigen Aufenthaltes im Bundesgebiet und damit auch für den Anspruch auf Familienbeihilfe.

Den Ausführungen in den Berufungsschriftsätzen war daher vollständig zuzustimmen. Der Argumentation des Finanzamtes, dass im Gegenstandsfalle kein ständiger Aufenthalt gegeben gewesen sei, wird aufgrund vorstehender Rechtsprechung und Ausführungen nicht gefolgt.

Der Berufung war daher aus den angeführten Gründen stattzugeben und wie im Spruch ausgeführt zu entscheiden.

Feldkirch, am 19. Juli 2010