



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufungen des Herrn X in XY, vom 6. Februar 2012, gerichtet gegen die Abweisungbescheide des Finanzamtes Bruck Leoben Mürzzuschlag vom 24. Jänner 2012 betreffend eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für die Kinder A, B und C für den Zeitraum 1. August 2007 bis 31. August 2007 und 1. Oktober 2007 bis 31. August 2011 entschieden:

Der Berufung wird im Umfang der Berufungsverentscheidung stattgegeben. Im Übrigen wird sie als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber stellte am 7. November 2011 mittels des Formulars Beih 1 den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für die im Spruch genannten Kinder.

Der Berufungswerber ist lt. diesem Antrag armenischer Staatsbürger und reiste im Jahr 2002 nach Österreich ein. Der Antrag wurde mit Bescheid vom 24. Jänner 2012 für den im Spruch genannten Zeitraum mit der Begründung abgewiesen, dass das Asylverfahren rechtskräftig im September 2007 beendet wurde und deshalb kein rechtmäßiger Aufenthaltstitel vorgelegen ist.

Gegen diesen Bescheid wurde mit Schriftsatz vom 6. Februar 2012 fristgerecht berufen und als Begründung Folgendes ausgeführt:

Mit Bescheid vom 24.01.2012 weist das Finanzamt Bruck/Leoben/Mürzzuschlag den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe v. 12.12.2011 betreffend meine Kinder Name1, geb. am

TT.MM.JJJJ, Name2, geb. am TT.M.JJJJ, und Name3, geb. am T.MM.JJJJ für die Zeiträume August 2007 und Oktober 2007 bis August 2011 ab und argumentiert dahingehend, dass mit Bescheiden des unabhängigen Bundesasylsenats vom 05.09.2007 die von allen Beschwerdeführern erhobenen Berufungen als unbegründet abgewiesen wurden. Mit Beschluss v. 25.02.2008 - B 1962/07-13, lehnte der Verfassungsgerichtshof die Behandlung der dagegen eingebrachten Beschwerde ab.

In diesem Zusammenhang argumentiert die Behörde folgend: Nachdem somit das Asylverfahren rechtskräftig im Sept. 2007 beendet wurde, erloschen den Asylwerbern sämtliche Rechte und Aufenthaltstitel. Familienbeihilfe für den Monat September 2007 konnte gewährt werden, da mit September 2007 (die) gesamte Familie seit 60 Kalendermonaten im Bundesgebiet (aufhältig war) und der Antrag vom unabhängigen Bundesasylsenat (gemeint wohl Berufung) mit 05.09.2007 abgewiesen wurde.

Bestritten wird der o.g. Bescheid wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes infolge wesentlicher Verfahrensmängel, unrichtiger Sachverhaltsfeststellung und unrichtiger rechtlicher Beurteilung.

Es entspricht den Tatsachen, dass mit Bescheid des unabhängigen Bundesasylsenats vom 05.09.2007 die Berufungen gegen die Bescheide des Bundesasylamts vom 23.07.2003 bzw. 22.07.2003 gemäß §§ 7, 8 Abs. 1 AsylG abgewiesen wurden. In weiterer Folge wurde den Beschwerden gegen die Bescheide des unabhängigen Bundesasylsenats v. 05.09.2007 mit Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes v. 15.01.2008 die aufschiebende Wirkung gewährt, womit uns wieder die Rechtsstellung als Asylwerber und ein gültiges Aufenthaltsrecht gewährt wurde. Die Behandlung der Beschwerde gegen die genannten Bescheide des Unabhängigen Bundesasylsenats wurde schlussendlich mit Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes vom 28.04.2011 abgelehnt. In weiterer Folge erhielten alle Familienmitglieder im September 2011 Aufenthaltstitel nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) erteilt.

Wenn die Behörde im Abweisungsbescheid anführt, "mit Beschluss v. 25.02.2008 - B 1962/07-13, lehnte der Verfassungsgerichtshof die Behandlung der dagegen eingebrachten Beschwerde ab", dann legt sie ihrer unrichtigen rechtlichen Beurteilung (siehe Ausführungen unten) eine vollkommen unrichtige Sachverhaltsfeststellung zugrunde. Nebst dem falschem Datum und der Geschäftszahl wird auch auf das nicht korrekte Höchstgericht des öffentlichen Rechts verwiesen.

Der Antrag vom 12.12.2011 auf Gewährung der Familienbeihilfe rückwirkend ab August 2007 bezieht sich auf die rückwirkende Anspruchsberechtigung auf Gewährung der Familienbeihilfe ab den zuvor genannten Zeitpunkt auf Grundlage des § 3 Abs. 2 FLAG idF des

Pensionsharmonisierungsgesetzes.

In diesem Zusammenhang möchte ich auf das Antragsvorbringen verweisen und erhebe dieses zum Inhalt der gegenständlichen Berufung.

Weiters möchte ich vorbringen, dass die Begründung der abweisenden Entscheidung der Behörde einer unrichtigen rechtlichen Beurteilung unterliegt, wenn die Behörde ausführt, dass nach rechtskräftiger Entscheidung des Asylverfahrens sämtliche Rechte erlöschen. Denn zu der nach § 3 Abs. 2 FLAG idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes wesentlichen Frage eines ständigen Aufenthalts im Bundesgebiet seit mindestens sechzig Monaten genügt es, gemäß § 43 Abs. 2 zweiter Satz VwGG auf das Erkenntnis des VwGH vom 12. Oktober 2009 (ZI. 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, ZI. 2009/16/0239). Zudem hat der VwGH auch in einem Erkenntnis vom 21. September 2009 (ZI. 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.

Die Begründung der Behörde unterliegt demnach einer unrichtigen rechtlichen Beurteilung, sodass die Behörde bei richtiger Sachverhaltsfeststellung und richtiger rechtlicher Beurteilung des Sachverhaltes zu dem Ergebnis hätte kommen müssen, dass ein Familienbeihilfenanspruch für meine Kinder rückwirkend ab August 2007 gegeben ist.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 27. August 2012 wurde der Berufung teilweise stattgegeben. Die Familienbeihilfe für den Monat August 2007 wurde gewährt.

Mit Schreiben vom 13. September 2012 brachte der Berufungswerber den Antrag auf Vorlage der Berufung an die Abgabenbehörde zweiter Instanz ein. Es wurde keine weitere Begründung angeführt.

Mit Bericht vom 26. September 2012 legte das Finanzamt Judenburg Liezen die Berufung dem unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung vor.

Über die Berufung wurde erwogen:

Nach den vorgelegten Unterlagen ergibt sich folgender zu würdigender Sachverhalt: Der Berufungswerber, ein Ehepaar und seine drei minderjährigen Kinder sind armenische Staatsangehörige und reisten am 4. August 2002 unter Umgehung der Grenzkontrolle nach Österreich ein und begehrten unter den Namen Familienname Vorname1, Vorname2, Vorname3, Vorname4, und Vorname5 am gleichen Tag Asyl.

Die Anträge wurden mit Bescheid des Bundesasylamtes vom 23.7.2003 gem.

§§ 7, 8 Abs. 1 AsylG 1997 abgewiesen. Auch die Berufungen gegen diese Bescheide wurden abgewiesen und zwar vom Bundesasylsenat am 5.9.2007.

Mit Beschluss vom 25.2.2008 – B 1962/07-13, lehnte der Verfassungsgerichtshof die Behandlung der Beschwerde ab.

In weiterer Folge wurde den Beschwerden gegen die Bescheide des Bundesasylsenates vom 5.9.2007 mit Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes vom 15.1.2008 aufschiebende Wirkung zuerkannt, die Behandlung der Beschwerde aber letztlich mit Beschluss vom 28.4.2011 abgelehnt.

Am 28.9.2011 wurde den Familienmitgliedern eine sog. "Rot-Weiß-Rot-Karte Plus" ausgestellt, die sie zum befristeten Aufenthalt in Österreich bis 28.9.2012 berechtigt.

Der Berufungswerber vertritt die Auffassung, dass ihm seiner Meinung nach die Familienbeihilfe nach der Fassung des § 3 Abs. 2 FLAG idF des Pensionsharmonisierungsgesetztes zustehe.

Denn zu der nach § 3 Abs. 2 FLAG idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes wesentlichen Frage eines ständigen Aufenthaltes im Bundesgebiet seit mindestens sechzig Monaten genügt es, gemäß [§ 43 Abs. 2 zweiter Satz VwGG](#) auf das Erkenntnis des VwGH vom 12. Oktober 2009 (ZI. 2009/16/0208) zu verweisen, wonach das Tatbestandsmerkmal des ständigen Aufenthaltes 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, ZI. 2009/16/0239). Zudem hat der VwGH auch in einem Erkenntnis vom 21. September 2009 (ZI. 2009/16/0178) zum insoweit vergleichbaren Tatbestand des ständigen Aufenthaltes 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

Aufenthaltes um objektive Kriterien geht, und dass eine Berechtigung zum dauernden Aufenthalt nicht ausschlaggebend ist.

Rechtlich ist folgendes auszuführen: Ob für einen bestimmten Zeitraum Familienbeihilfe zusteht, ist anhand der rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten im Anspruchszeitraum zu beantworten (vgl. z.B. VwGH vom 29.9.2004, Zl. [2000/13/0103](#)). Auf den Zeitpunkt der Antragstellung kommt es demgegenüber nicht an (VwGH 18.4.2007, [2006/13/0126](#)). Im gegenständlichen Fall ist daher zu prüfen, ob im strittigen Zeitraum Anspruch auf Familienbeihilfe besteht.

Für August 2007 wurde dem Berufungswerber bereits Familienbeihilfe zuerkannt.

Gemäß § 3 FLAG in der ab 1.1.2006 geltenden Fassung (Fremdenrechtspaket 2005) lautet:

"(1) Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach [§§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes \(NAG\)](#), [BGBI. 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 \(AsylG 2005\)](#), BGBI. I Nr. 100, gewährt wurde, Anspruch auf Familienbeihilfe. Anspruch besteht auch für Kinder, denen nach dem Asylgesetz 2005 Asyl gewährt wurde." Mit Art. 1 Z 1 des Bundesgesetzes [BGBI. I Nr. 168/2006](#), wurden dem § 3 FLAG in der Fassung des [BGBI. I Nr. 3/2006](#) mit Geltung ab 1.7.2006 die Absätze 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." Abweichend davon, ist § 3 in dieser Fassung nicht auf Personen anzuwenden, deren Asylverfahren noch nach dem AsylG 1997 abgeführt wird und deren Asylverfahren am 31.12.2005 noch anhängig war. Dies trifft auf den Berufungswerber nach dem vorliegenden Sachverhalt grundsätzlich zu.

Das durch Stellung des Asylantrages bzw. der Asylerstreckungsanträge am 4.8.2002

eingeleitete Asylverfahren endete jedoch, entgegen der Auffassung des Berufungswerbers, bereits mit dem in zweiter Instanz ergangenen abschlägigen Bescheid des Bundesasylsenates vom 5.9.2007. In diesem Bescheid wurde auch festgestellt, dass die Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung nach gem. § 8 AsylG 2005 iVm § 50 FPG (§ 57 FrG) zulässig sei. Dem Berufungswerber wurde auch nicht der gem. [§ 8 Abs. 2 AsylG 2005](#) mit der abweisenden Entscheidung zu verbindende Status einer subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt.

Dazu ist folgendes auszuführen: Mit Beschluss vom 31. Dezember 2007 hat der Verwaltungsgerichtshof den Anträgen auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung stattgegeben. Der Beschluss lautet wörtlich: "Gemäß [§ 30 Abs. 2 VwGG](#) wird dem Antrag mit der Wirkung stattgegeben, dass den antragstellenden Parteien die Rechtsstellung als Asylwerber zukommt, wobei damit im Besonderen jede Zurück- oder Abschiebung der antragstellenden Parteien aus Österreich für die Dauer des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens unzulässig ist."

Der zitierte [§ 30 VwGG](#) lautet: (1) Den Beschwerden kommt eine aufschiebende Wirkung kraft Gesetzes nicht zu. Dasselbe gilt für einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Beschwerdefrist. (2) Der Verwaltungsgerichtshof hat jedoch auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung mit Beschluss zuzerkennen, insoweit dem nicht zwingende öffentliche Interessen entgegenstehen und nach Abwägung aller berührten Interessen mit dem Vollzug oder mit der Ausübung der mit Bescheid eingeräumten Berechtigung durch einen Dritten für den Beschwerdeführer ein unverhältnismäßiger Nachteil verbunden wäre. Wenn sich die Voraussetzungen, die für die Entscheidung über die aufschiebende Wirkung der Beschwerde maßgebend waren, wesentlich geändert haben, ist auf Antrag einer Partei neu zu entscheiden. Die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung bedarf nur dann einer Begründung, wenn die Interessen Dritter berührt werden. (3) Beschlüsse gemäß Abs. 2 sind allen Parteien zuzustellen. Im Falle der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung hat die Behörde den Vollzug des angefochtenen Bescheides aufzuschieben und die hiezu erforderlichen Verfügungen zu treffen; der durch den angefochtenen Bescheid Berechtigte darf die Berechtigung nicht ausüben. Mit Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung durch den Verwaltungsgerichtshof wird zwar daher der Eintritt der materiellen Rechtskraft nicht jedoch die formelle Rechtskraft der Abweisungsbescheide unterbrochen. Diese tritt dadurch ein, dass ein letztinstanzlicher Bescheid ergangen ist und ein ordentliches Rechtsmittel nicht mehr zulässig ist. Wird folglich gegen einen den Antrag auf Asyl abweisenden Bescheid des Bundesasylsenates Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof erhoben und dieser aufschiebende Wirkung zuerkannt, so führt dies noch nicht dazu, ein Asylverfahren noch immer als anhängig zu werten (siehe dazu

Csaszar/Lenneis/Wanke, Kommentar zum Familienlastenausgleichsgesetz, Stand: 1.1.2011, Seite 194, Rz. 260 zu § 3 und z.B. UFS vom 8.7.2010, RV/0254-G/10 und vom 2.3.2012, RV/3419-W/11). Mit den im Akt aufliegenden und am 5.9.2007 ergangenen, letztinstanzlichen Abweisungsbescheiden des unabhängigen Bundesasylsenates wurden die Asylverfahren abgeschlossen und die Asylanträge abgewiesen. Entgegen dem Berufungsvorbringen lag damit im hier zu beurteilenden Zeitraum ab 1.10.2007 kein offenes Asylverfahren mehr vor. Der Anspruch auf Familienbeihilfe richtet sich somit beginnend ab Oktober 2007 nach der Bestimmung des [§ 3 FLAG 1967](#) in der Fassung des Fremdenrechtspaketes 2005, [BGBl. I Nr. 100/2005](#) oder bereits idF [BGBl. I Nr. 168/2006](#).

Da bis zur Ausstellung der "Rot-Weiß-Rot-Karte Plus" kein Aufenthaltstitel im Sinne des § 3 FLAG in der Fassung ab 1.1.2006 vorlag, war somit spruchgemäß zu entscheiden.

Graz, am 19. Juli 2013