



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des GK, W, vom 13. Juni 2008 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 4/5/10 vom 28. Mai 2008 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung von Familienbeihilfe für seine minderjährigen Kinder GN, geboren am xx.xx.xxxx, GM, geboren am yy.yy.yyyy, und GA, geboren am zz.zz.zzzz, ab Jänner 2007 entschieden:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird soweit er die Monate Jänner bis März 2007 betrifft ersatzlos aufgehoben. Im Übrigen wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

### Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.) beantragte mit Schreiben vom 7. Mai 2008 die Gewährung der Familienbeihilfe für seine oben genannten minderjährigen Kinder ab Jänner 2007. Das Finanzamt wies diesen Antrag mit der Begründung ab, § 3 Abs. 3 FLAG 1967 gewähre nur Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz gewährt worden sei, Anspruch auf Familienbeihilfe. Da der Bw. keinen Asylbescheid habe vorlegen können, habe er auch keinen Anspruch auf Gewährung von Familienbeihilfe.

Der Bw. verwies in seiner dagegen fristgerecht eingebrachten Berufung auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 15.11.2008, ZI. 2007/15/0170, mit welchem die Entscheidung des Unabhängigen Finanzsenats vom 23.2.2007, GZ. RV/0532-L/06, die zu einem gleich gelagerten Sachverhalt ergangen war, wegen Rechtswidrigkeit ihres Inhaltes aufgehoben wurde.

Im Rahmen des von der Abgabenbehörde zweiter Instanz durchgeführten Ermittlungsverfahrens wurde ein Auszug aus dem Zentralen Melderegister sowie die Bestätigung des Bundesasylamtes, dass über die vom Bw. und seinen Familienangehörigen eingebrachten Berufungen noch nicht entschieden wurde, eingeholt.

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

Folgender Sachverhalt wird der Entscheidung zu Grunde gelegt:

Der Bw. ist türkische Staatsbürger und hält sich als Asylwerber gemeinsam mit seiner Ehefrau und den oben genannten minderjährigen Kindern in Österreich auf. Die von ihnen gestellten Asylanträge wurden vom Bundesasylamt mit Bescheid abgewiesen, die dagegen angestrebten Berufungsverfahren sind noch offen. Sämtlichen Familienmitgliedern wurde vom Bundesasylamt eine vorläufige Aufenthaltsberechtigung in Österreich bis zum Abschluss des Asylverfahrens erteilt.

Der Bw. ist seit 24.9.2003 in Österreich wiederum polizeilich gemeldet, nachdem er bereits im Zeitraum 22.2.1995 bis 10.9.2001 in Österreich polizeilich gemeldet und in der Folge in den Nicht-EU-Raum verzogen war.

Seit 1.1.2004 war der Bw. mit Unterbrechungen nichtselbständig tätig und bezog bis inklusive 19.3.2007 Krankengeld aus der gesetzlichen Krankenversicherung. Ab 19.3.2007 war er als arbeitssuchend vorgemerkt, erhielt Arbeitslosengeld für die Zeiträume 20. bis 27.3.2007 sowie 13.4. bis 22.8.2007 und in der Folge Notstandshilfe. Für den Zeitraum 28.3.2007 bis 15.4.2007 bezog er von der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse eine Urlaubsabfindung bzw. -entschädigung sowie eine Winterfeiertagsentschädigung.

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus den vom Bw. vorgelegten Unterlagen, der Bestätigung des Bundesasylamtes, dem Auszug aus dem Zentralen Melderegister sowie dem Versicherungsdatenauszug der Österreichischen Sozialversicherung. Er ist folgendermaßen rechtlich zu würdigen:

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.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in dem vom Bw. zitierten Erkenntnis vom 15.1.2008, Zl. 2007/15/0170 (sowie in der Folge in einer Reihe weiterer Erkenntnisse) ausführt, ist § 55 FLAG 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 Bw. im Jahr 2004 einen Asylantrag gestellt hat und das Asylverfahren noch nicht abgeschlossen ist. Der Bw. war in den Jahren 2004 bis 2006 in Österreich als Dienstnehmer beschäftigt und verfügt über eine entsprechende Arbeitserlaubnis. In den Monaten Jänner bis März bezog er Krankengeld aus der gesetzlichen Krankenversicherung.

Nach § 3 Abs. 1 FLAG in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes BGBl. I Nr. 142/2004 besteht nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn der Anspruchswerber (Berufungswerber) bei einem Dienstgeber beschäftigt ist und aus dieser Beschäftigung Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit oder zufolge einer solchen Beschäftigung Bezüge aus der gesetzlichen Krankenversicherung im Bundesgebiet bezieht. Für Zeiträume, in denen ein Arbeitnehmer Arbeitslosengeld oder Urlaubsabfindungen für Zeiträume erhält, für die er einen

Urlaubsanspruch hätte, diesen aber nicht mehr in Anspruch nehmen kann, weil das Dienstverhältnis gelöst wurde, besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

Gemäß Abs. 2 der genannten Bestimmung besteht auch für Personen, die sich bereits seit sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten, ein Anspruch auf Familienbeihilfe.

Die Familienbeihilfe wird 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 Ausschließungsgrund hinzukommt (§ 10 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967).

Der Verwaltungsgerichtshof hat zu § 10 Abs. 2 FLAG 1967 bereits wiederholt ausgesprochen, dass die Frage, ob für einen bestimmten Zeitraum Familienbeihilfe zusteht, anhand der rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten im Anspruchszeitraum zu beantworten (siehe die Erkenntnisse vom 24. September 2002, 96/14/0125, vom 27. März 2002, 2000/13/0104, vom 21. Februar 2001, 96/14/0139, und vom 24. Oktober 2000, 95/14/0119) ist. Der gesetzlich festgelegte Anspruchszeitraum für die Familienbeihilfe ist, wie sich dies den Regelungen des § 10 Abs. 2 und 4 FLAG entnehmen lässt, der Monat. Das Bestehen des Familienbeihilfenanspruches kann somit je nach dem Eintritt von Änderungen der Sach- und/oder Rechtslage von Monat zu Monat anders zu beurteilen sein (siehe VwGH vom 28. November 2001, 96/13/0076).

Daraus folgt, dass der Berufungswerber für die Monate Jänner bis März 2007 einen Anspruch auf Gewährung der Familienbeihilfe hat, weil er in diesen Monaten zufolge der vorher ausgeübten nichtselbständigen Tätigkeit (einkommensteuerpflichtiges) Krankengeld aus der gesetzlichen Krankenversicherung bezog und damit in diesen Monaten die Anspruchsvoraussetzung des § 3 Abs. 1 FLAG 1967 in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004 erfüllt. Da der Bw. aber ab April 2007 nur mehr Bezüge aus der Arbeitslosenversicherung und der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse erhielt und er sich auch nicht bereits seit sechzig Monaten ununterbrochen im Bundesgebiet aufgehalten hat, besteht ab diesem Monat kein Familienbeihilfenanspruch mehr.

Dem Antrag des Bw. war daher den obigen Ausführungen folgend für die Monate Jänner bis März 2007 stattzugeben. Da für diesen Fall keine Bescheiderlassung vorgesehen ist, war der angefochtene Bescheid insoweit ersatzlos aufzuheben. Für die mit April 2007 beginnenden nachfolgenden Monate bestand jedoch kein Anspruch auf Gewährung von Familienbeihilfe mehr, weshalb die Berufung insoweit als unbegründet abzuweisen war.

Wien, am 28. Juli 2008