



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bwin., vom 20. November 2008, gegen die Bescheide des Finanzamtes Graz-Stadt vom 7. November 2008, betreffend die Abweisung des Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für dreiKinder, **für die Zeit ab 1. Jänner 2006**, sowie für zweiKinder, **für die Zeit ab 1. Jänner 2007**, entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

### Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin ist nach der Aktenlage mit den drei im Spruch erstgenannten Kindern am 10. Dezember 2003 ins Bundesgebiet eingereist und hält sich seither ununterbrochen in Österreich auf. Die beiden Kinder XundY wurden in Österreich geboren.

Für die Berufungswerberin und die Kinder ABundC waren am 31. Dezember 2005 Asylverfahren anhängig. Diese wurden mit insgesamt vier Bescheiden des Bundesasylsenates, alle vom 1. Oktober 2007, abgewiesen. Dagegen wurde fristgerecht Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof erhoben. Den Anträgen, den Beschwerden die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, hat der Gerichtshof mit Beschluss vom 20. November 2007 stattgegeben, sodass der Berufungswerberin und den genannten Kindern die Rechtsstellung als Asylwerber weiter zukam. Für die beiden in Österreich geborenen Kinder XundY wurde nach der Aktenlage kein Antrag auf Gewährung des Asylrechts eingebracht (vgl. dazu den von der Berufungswerberin in Ablichtung vorgelegten Bescheid der Bundespolizeidirektion Graz vom

11. August 2008, betreffend Ausweisung der Berufungswerberin und aller fünf Kinder).

Der Ehegatte der Berufungswerberin hielt sich in der Zeit von Dezember 2000 bis 30. Juni 2005 mit Aufenthaltserlaubnis aus unterschiedlichen Gründen in Österreich auf. Im Juni 2006 begehrte er „*neuerlich eine Verlängerung des Aufenthaltstitels wobei jedoch mangels Vorlage von Dokumenten über die dafür notwendige Voraussetzung ein entsprechender Antrag nicht eingebracht werden konnte. Es kam nicht zu einer neuerlichen Beantragung*“ des „*Aufenthaltstitels samt den entsprechenden Unterlagen*“, (Auszug aus dem von der Berufungswerberin vorgelegten Bescheid der Bundespolizeidirektion Graz vom 11. August 2008, betreffend Ausweisung). Über die gegen die ausgesprochene Ausweisung eingebrachte Berufung hat die Sicherheitsdirektion für Steiermark abschlägig entschieden.

Gegen alle die Ausweisung der Berufungswerberin, ihres Ehegatten und der im Spruch genannten fünf Kinder aussprechenden Bescheide wurde Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof erhoben. Diesen Beschwerden hat der Gerichtshof mit Beschluss vom 13. Mai 2009 aufschiebende Wirkung zuerkannt.

Am 1. Oktober 2008 hat die Berufungswerberin bei ihrem zuständigen Wohnsitzfinanzamt einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für die im Spruch genannten Kinder eingebracht. Dieser Antrag wurde vom Finanzamt mit (Sammel-)Bescheid vom 7. November 2008 abgewiesen.

In der dagegen fristgerecht eingebrachten Berufung nimmt die Berufungswerberin zu den Begriffen „Wohnsitz“, „ständiger Aufenthalt“ und Mittelpunkt der Lebensinteressen“ Stellung und führt auszugsweise aus:

*„...möchte ich anführen, dass mein Ehegatte ... mit der Versicherungsnummer ... selbständig erwerbstätig, somit bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft versichert ist und seinen vorgeschriebenen Beitrag leistet.*

*Da bereits erwerbstätigen Asylwerbern, die vor dem 1.1.2006 ihren Asylantrag gestellt haben, aufgrund der Rechtsprechung des VwGH vom 15.1.2008, 2007/15/0170, rückwirkend die Familienbeihilfe gewährt wurde, ist diese Ablehnung wiederum mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit behaftet. Eine Differenzierung zwischen unselbständig und selbständig erwerbstätigen Fremden wäre sachlich ungerechtfertigt, formell rechtswidrig und würde gegen den Gleichheitsgrundsatz unter Fremden verstoßen.“*

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

Gemäß § 3 Abs. 1 FLAG 1967, in der ab 1. Jänner 2006 geltenden Fassung, haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, 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.

Nach § 3 Abs. 2 leg. cit. besteht Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.

§ 3 Abs. 3 leg. cit. besagt: Abweichend von Abs. 1 haben Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 2005, BGBl. I Nr. 100, gewährt wurde, Anspruch auf Familienbeihilfe. Anspruch besteht auch für Kinder, denen nach dem Asylgesetz 2005 Asyl gewährt wurde.

Allerdings bestimmt § 55 Abs. 1 FLAG 1967, dass § 3 des Gesetzes in dieser Fassung nach Maßgabe der Übergangsbestimmungen des NAG sowie des Asylgesetzes 2005 in Kraft tritt. In den Übergangsbestimmungen des Asylgesetzes (§ 75 Abs. 1 AsylG 2005) wird angeordnet, dass Asylverfahren, die am 31. Dezember 2005 bereits anhängig waren, noch nach den Bestimmungen des Asylgesetzes 1997 zu Ende zu führen sind. § 55 FLAG 1967 ist in diesem Zusammenhang so zu verstehen, dass § 3 FLAG 1967 in der zitierten Fassung des Fremdenrechtspakets 2005 für Personen, deren Asylverfahren noch nach dem AsylG 1997 abzuführen ist, auch für Zeiträume nach dem 1. Jänner 2006 nicht anzuwenden ist. Für diesen Personenkreis kommt daher § 3 FLAG 1967, unbeschadet der durch BGBl. I Nr. 168/2006 mit Wirkung ab 1. Juli 2006 vorgenommenen Änderung, zunächst noch in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004, zur Anwendung (vgl. z. B. VwGH 15.1.2008, 2007/15/0219).

Im vorliegenden Fall ist daher § 3 FLAG 1967 in folgender Fassung anzuwenden:

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 (§ 2 a 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.

Die Berufungswerberin hatte ohne jeden Zweifel keinen Aufenthaltstitel nach der neuen gesetzlichen Regelung. Der Berufung kann auch die Tatsache, dass die Berufungswerberin Asylwerberin war und bis zur rechtskräftigen Abweisung ihres Asylantrages über eine vorläufige Aufenthaltsberechtigung gemäß § 19 Asylgesetz 1997 verfügte, nicht zum Erfolg verhelfen, da § 3 Abs. 2 FLAG 1967, in der hier anzuwendenden Fassung, Asylsuchende erst ab dem Zeitpunkt begünstigt, ab dem ihnen mit Bescheid endgültig Asyl gewährt wurde.

Ein Anspruch auf Familienbeihilfe kann daher nur gegeben sein, wenn die Berufungswerberin (oder ihr Ehegatte als "anderer Elternteil" im Sinn des hier anzuwendenden § 3 Abs.3 FLAG 1967) die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 oder 2 FLAG 1967, in der hier anzuwendenden Fassung, erfüllten.

Nun war aber weder die Berufungswerberin noch war ihr Ehegatte in der hier allein maßgeblichen Zeit ab 1. Jänner 2006 bei einem Dienstgeber beschäftigt und hatte aus dieser Beschäftigung Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit bezogen. Es wurden auch keine Bezüge aus der gesetzlichen Krankenversicherung zufolge einer solchen Beschäftigung im Bundesgebiet bezogen. Da der Unabhängige Finanzsenat an die gehörig kund gemachte Norm jedenfalls gebunden ist, braucht hier auf die von der Berufungswerberin angestellten verfassungsrechtlichen Bedenken gegen diese Norm nicht eingegangen zu werden.

Die Berufungswerberin und ihr Ehegatte sind auch nicht staatenlos und es wurde ihnen bis zum Ergehen des angefochtenen Bescheides auch nicht Asyl nach dem Asylgesetz 1997 gewährt.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs entspricht der in § 3 Abs. 2 FLAG verwendete Begriff des "ständigen Aufenthaltes" dem Begriff "gewöhnlicher Aufenthalt" im Sinne des § 26 BAO. Nach § 26 Abs. 2 BAO hat jemand den gewöhnlichen Aufenthalt dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt (z. B. VwGH 9.12.2004, 2004/14/0023).

Da die Einreise der Berufungswerberin ins Bundesgebiet erst im Dezember 2003 erfolgt ist, hielt sie sich in den hier maßgeblichen Monaten noch nicht seit mindestens sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet auf.

Der Ehegatte der Berufungswerberin hielt sich zwar bereits seit Dezember 2000 im Bundesgebiet auf, allerdings nur bis 30. Juni 2005 mit Aufenthaltserlaubnis, danach ohne gültige Aufenthaltserlaubnis. Der Ehegatte der Berufungswerberin hielt sich somit etwas mehr als vier-einhalb Jahre, nicht aber fünf Jahre, ständig, weil nicht nur vorübergehend, im Bundesgebiet

auf. Seit 1. Juli 2005 hält er sich jedoch nicht mehr rechtmäßig im Bundesgebiet auf und wurde von der zuständigen Behörde mit rechtskräftigem, aber vor dem Verwaltungsgerichtshof bekämpften Bescheid der Behörde gemäß § 53 Abs.1 Fremdenpolizeigesetz 2005 ausgewiesen. Ungeachtet der Tatsache, dass der Gerichtshof der Beschwerde aufschiebende Wirkung zuerkannt hat, handelt es sich beim Aufenthalt des Ehegatten der Berufungswerberin seit 1. Juli 2005 um ein nur mehr vorübergehendes Verweilen im Bundesgebiet. Das Erfordernis eines mindestens sechzig Kalendermonate dauernden ständigen Aufenthalts im Bundesgebiet wird daher auch durch den Ehegatten der Berufungswerberin nicht erfüllt.

Da sohin keiner der taxativ genannten Anspruchsgründe für einen Beihilfenbezug vorlag, entspricht der angefochtene Bescheid des Finanzamtes im Ergebnis der bestehenden Rechtslage, weshalb die dagegen gerichtete Berufung, wie im Spruch geschehen, als unbegründet abgewiesen werden musste.

Graz, am 4. September 2009