

## **IM NAMEN DER REPUBLIK**

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R. in der Beschwerdesache Bf. , gegen den Bescheid des FA Y vom 10.04.2013, betreffend Familienbeihilfe für das Kind K1, für die Zeit ab Februar 2013 zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) unzulässig.

## **Entscheidungsgründe**

Das Finanzamt hat mit Bescheid vom 10.4.2013 den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Sohn des Beschwerdeführers für die Zeit ab Februar 2013 unter Hinweis auf § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 abgewiesen.

Die dagegen eingebrachte Berufung vom 2.5.2013 wird wie folgt begründet:

" Mein Antrag auf Familienbeihilfe für meinen Sohn K1a vom 13.3.2013 wird für den Zeitraum ab Februar 2013 abgewiesen. Begründend wird ausgeführt, dass gem § 3 Abs 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 Personen, die nicht Österreichische Staatsbürgerinnen sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe haben, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 NAG rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Dem ist zu entgegnen:

Ich habe im Jahr 2004, also vor dem 1.1.2006 in Österreich einen Asylantrag gestellt, der mit Entscheidung des Asylgerichtshofs vom 24.10.2011 abgewiesen wurde. Mein Asylverfahren war somit bereits am 31.12.2005 anhängig und ich halte mich seit weit mehr als 60 Monaten in Österreich auf. Dementsprechend habe ich bereits im Zeitraum Mai 2011 - Oktober 2011 Familienbeihilfe bezogen. Seit Februar 2013 ist unser Aufenthalt in Österreich gem. § 46a FPG geduldet, uns wurden Karten für Geduldete ausgestellt. Ich habe somit Anspruch auf Familienbeihilfe für mein Kind seit Februar 2013.

Rechtlicher Hintergrund meiner Anspruchsberechtigung sind mehrere Entscheidungen desVwGH (ua. 2009/16/0208, 2009/16/0239, 2009/16/0258, 2009/16/0128), wonach

für Fremde, für die am 31.12.2005 ein Asylverfahren anhängig war, hinsichtlich des Anspruches auf Familienbeihilfe § 3 FLAG in der am 31.12.2005 geltenden Fassung (Pensionsharmonisierungsgesetz) und nicht in der Fassung des Fremdenrechtspakets 2005 anzuwenden ist. Diese Entscheidungen sind im Rechtsinformationssystem "RIS" verfügbar.

§ 3 Abs 2 FLAG in der bis 31.12.2005 gültigen Fassung normiert:

"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."

AsylwerberInnen, deren Asylantrag vor dem 1.1.2006 gestellt und deren Asylverfahren am 31.12.2005 noch anhängig war, haben daher dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn bzw. sobald sie sich (oder der Ehegatte) 60 Monate in Österreich aufhalten bzw. wenn sie mehr als 3 Monate beschäftigt sind. Die Aufenthaltsdauer der Kinder hat keine Bedeutung.

Dass dies auch für geduldete Personen nach dem Abschluss des Asylverfahrens gilt, ergibt sich ebenfalls aus der höchstgerichtlichen Rechtsprechung, wonach es sich beim geforderten Aufenthalt um einen ständigen Aufenthalt iSd § 26 Abs 2 BAO handelt und es dabei auf die körperliche Anwesenheit ankommt, nicht auf eine Aufenthaltsberechtigung. Vgl z.B. VwGH 2009/16/0208 vom 12.10.2009: "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. Juni 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."

Daraus ergibt sich mein Anspruch auf Familienbeihilfe für mein Kind auch als Geduldeter.

**Beweis:** Karte für Geduldete in Kopie bereits vorgelegte Nachweise  
bei Bedarf weitere Nachweise vorbehalten

Ich **beantrage** daher die Aufhebung des Abweisungsbescheids vom 10.4.2013 und die Zuerkennung von Familienbeihilfe ab Februar 2013."

Strittig ist, ob § 3 FLAG 1967 in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004, auch nach Abschluss des Asylverfahrens noch anzuwenden ist und ein Familienbeihilfenanspruch auf Grund einer "Karte für Geduldete" möglich ist.

§ 3 FLAG 1967 in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004, lautet:

*"(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 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."*

Die Inkrafttretensregel des § 50y Abs. 2 FLAG 1967 zu obiger Gesetzesstelle lautet:

*"Die §§ 3 Abs. 2 und 38a Abs. 3 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 142/2004 treten mit 1. Mai 2004 in Kraft. Ausgenommen sind jene Fälle, in denen bis einschließlich des Tages der Kundmachung dieses Bundesgesetzes Asyl nach dem Asylgesetz 1997 gewährt wurde."*

Das Bundesgesetzblatt, in dem das Pensionsharmonisierungsgesetz, BGBl. I Nr. 142/2004, verlautbart wurde, wurde am 15. Dezember 2004 ausgegeben.

Mit Art. 12 des Fremdenrechtspakets 2005, BGBl. I Nr. 100/2005, wurde § 3 neuerlich geändert und lautete sodann (anzuwendende Fassung ab 1.1.2006):

*"§ 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 1967 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."*

Das Bundesgesetzblatt, in dem das Fremdenrechtspaket 2005, BGBl. I Nr. 100/2005, verlautbart wurde, wurde am 16. August 2005 ausgegeben.

Der dieser Entscheidung zugrunde gelegte Sachverhalt ist unstrittig. Der Beschwerdeführer ist im Jahr 2004 in das österreichische Staatsgebiet eingereist und hatte somit im Jahr 2009 einen 60-monatigen Aufenthalt in Österreich aufgewiesen. Sein Asylantrag wurde im Oktober 2011 abweisend rechtskräftig entschieden.

Sein Sohn wurde im Mai 2011 geboren.

Im Februar 2013 wurde dem Beschwerdeführer, seiner Ehegattin und dem Kind ein Identitätsnachweis nach FPG/AsylG ausgestellt. Der Aufenthalt im Bundegebiet ist geduldet. Diese Karte stellt keinen Aufenthaltstitel dar.

Seit September 2014 ist die Familie im Besitz einer Rot-Weiß- Rot-Plus Karte gemäß § 41a Abs. 9 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz.

Dem Beschwerdeführer ist Recht zu geben, dass § 3 FLAG in der Fassung des Fremdenrechtspaketes 2005 für Personen, denen gegenüber gemäß § 75 AsylG 2005 das Asylverfahren noch nach dem Asylgesetz 1997 abgeführt wird, auch für Zeiträume ab 1. Jänner 2006 nicht anzuwenden ist.

Allerdings übersieht er dabei, dass das nach dem Asylgesetz 1997 abgeführte Asylverfahren bereits im Oktober 2011 abgeschlossen wurde. Dies bedeutet, dass mangels offenem Asylverfahrens die Übergangsbestimmungen des § 50y Abs. 2 FLAG 1967 nicht anwendbar sind.

Auch der VwGH (siehe zB VwGH 15.1.2008, 2007/15/0170) stellt darauf ab, ob der Asylantrag vor dem 1.1.2006 gestellt wurde **und** das Asylverfahren noch anhängig war: *"Im gegenständlichen Fall steht fest, dass der Beschwerdeführer im Jahr 2002 einen Asylantrag gestellt hat und das Asylverfahren noch nicht abgeschlossen ist. Der Beschwerdeführer ist seit Jänner 2003 in Österreich als Dienstnehmer beschäftigt und verfügt über eine entsprechende Arbeitserlaubnis."* (siehe hierzu auch VwGH 24.6.2010, 2009/16/0127).

Daher ist § 3 FLAG 1967 idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004, nur bis zu dem Monat, in dem der Asylantrag des Beschwerdeführers abgewiesen wurde (also bis Oktober 2011), anzuwenden.

Ab November 2011 ist dann jedoch § 3 FLAG 1967 idF des Fremdenrechtspaketes 2005, BGBl. I Nr. 100/2005, anzuwenden. Die darin geforderten Aufenthaltstitel waren ab im Streitzeitraum (ab Februar 2013) nicht gegeben. Wie auch auf der Karte für Geduldete vermerkt ist, stellt diese keinen Aufenthaltstitel dar.

Ein Anspruch auf Familienbeihilfe lag daher ab Februar 2013 nicht vor.

Aus den angeführten Gründen war daher wie im Spruch ausgeführt zu entscheiden.

Zulässigkeit einer Revision

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Diese Voraussetzung liegt im Beschwerdefall nicht vor, da die oben zitierten VwGH-Erkenntnisse klarstellen, dass § 3 FLAG 1967 idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes,

BGBl. I Nr. 142/2004, jedenfalls ab dem Zeitpunkt nicht mehr anwendbar ist, ab dem der Asylantrag rechtskräftig abgewiesen wurde.

Linz, am 9. Juli 2015