



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bwin, vom 9. Februar 2012, gerichtet gegen den Bescheid des Finanzamtes Graz-Stadt vom 2. Jänner 2012, betreffend die Abweisung des Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe

- für das Kind AA, für den Zeitraum vom 1. Februar 2006 bis 30. Juni 2011, und
- für das Kind BB, für den Zeitraum vom 1. März 2006 bis 30. Juni 2011, entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

### Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin hat durch ihren Vertreter am 27. September 2011 formlos einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe eingebracht.

In diesem Antrag wurde ausgeführt:

Der Berufungswerberin „wurde die Familienbeihilfe bis einschließlich Jänner 2006 gewährt. Ab Juli 2011 wird die Familienbeihilfe für die beiden minderjährigen Kinder ... gewährt.

Die Ast ist zusammen mit ihrem Ehegatten und ihren beiden minderjährigen Kindern im Juni 2004 in das Bundesgebiet der Republik Österreich eingereist. Die Asylverfahren wurden abschlägig entschieden. Mit Beschlüssen des Verfassungsgerichtshofes vom 03.07.2009, ... wurde die Behandlung der gegen die Erkenntnisse des Asylgerichtshofes vom 10.09.2008, ..., abgelehnt. In weiterer Folge hat die Ast mit ihrem Gatten und den beiden minderjährigen Kindern den Antrag auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung aus humanitären Gründen am 08.07.2009 beim Amt der Steiermärkischen Landesregierung eingebracht. Mit Bescheid des

*Amtes der Steiermärkischen Landesregierung vom 10.07.2010, ..., wurden die Anträge als unzulässig zurückgewiesen.*

*Der eingebrachten Berufung wurde schlussendlich mit Bescheiden des Bundesministeriums für Inneres vom 24.05.2011 zu den GZ. ..., Folge gegeben und wurde der Ast, sowie ihrem Gatten und den beiden minderjährigen Kindern die Rot-Weiß-Rot-Karte Plus mit Gültigkeitsdauer 26.07.2012 ausgestellt.*

*Die Ast begehrt sohin die rückwirkende Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum Februar 2006 bis einschließlich Juni 2011.*

*Sämtliche Voraussetzungen der Gewährung der rückwirkenden Familienbeihilfe liegen im gegenständlichen Fall vor."*

Nachstehende entscheidungsrelevante Sachverhaltselemente sind aktenkundig:

- Das Asylverfahren der Berufungswerberin und die ihrer Angehörigen wurden mit Bescheiden vom 15. September 2008 rechtskräftig abgewiesen.
- Die Berufungswerberin war in der Zeit vom 1. Februar 2006 bis 30. September 2008 nicht beschäftigt.
- Der Ehegatte der Berufungswerberin war in der Zeit vom 24. März 2006 bis 30. September 2008 zwar als Arbeitnehmer beschäftigt, diese Beschäftigung verstieß jedoch gegen die Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes.

Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid hat das Finanzamt den Antrag der Berufungswerberin unter Hinweis auf diesen Sachverhalt und die anzuwendende Rechtslage abgewiesen.

In der dagegen fristgerecht eingebrachten Berufung führt der Vertreter der Berufungswerberin auszugsweise aus:

*„ ... Mit dem angefochtenen Bescheid wurde der Antrag der BW auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum Februar 2006 bis Juni 2011 abgewiesen.*

*Begründet wurde der angefochtene Bescheid dahingehend, dass der Gatte der BW in der Zeit von März 2006 bis August 2009 als Arbeiter, bzw. geringfügig beschäftigter Arbeiter angestellt gewesen wäre, jedoch festgestellt worden sei, dass die von ihm im Verfahren vorgelegte Bestätigung, dass er vom Geltungsbereich des Ausländerbeschäftigungsgesetzes ausgenommen war, ab Jänner 2006 nicht mehr gültig gewesen wäre, so dass ab diesem Zeitpunkt der Ehegatte der BW über keine Berechtigung zur Arbeitsaufnahme verfügt hätte.*

*Im gegenständlichen Fall ist darauf hinzuweisen, dass wenngleich es der Richtigkeit entspricht, dass der Gatte der BW dem Geltungsbereich des Ausländerbeschäftigungsgesetzes ausgenommen war, selbst für den Falle dessen, dass die entsprechende Bestätigung ab Jän-*

*ner 2006 keine Gültigkeit mehr entfaltet hätte, wie dies die erstinstanzliche Behörde vermeint, dennoch der Gatte der BW darauf vertraut hat, dass er weiterhin berechtigterweise seiner Beschäftigung nachgeht, so dass der BW ein derartiger Umstand jedenfalls nicht zum Nachteil gereichen kann.*

*Faktum ist, dass der Ehegatte zumindest bis August 2009 einer geregelten Beschäftigung nachgegangen ist, so dass jedenfalls bis zu diesem Zeitpunkt die Familienbeihilfe rückwirkend gewährt werden hätte müssen.*

*Im gegenständlichen Fall ist zweifelsohne auf die Tatsache der Beschäftigung des Gatten der BW abzustellen und nicht ob schlussendlich eine Berechtigung zur Aufnahme der Beschäftigung vorgelegen ist oder nicht, zumal für den Fall einer illegalen Beschäftigung der Gatte der BW auch mit der Verhängung eines Aufenthaltsverbotes rechnen hätte müssen. Derartige rechtliche Schritte sind jedenfalls von Seiten der zuständigen fremdenpolizeilichen Behörde nicht eingeleitet worden.*

*Im Übrigen ist auch darauf zu verweisen, dass wenngleich mit Beschlüssen des Verfassungsgerichtshofes vom 03.07.2009, ..., die Behandlung der gegen die Erkenntnisse des Asylgerichtshofes vom 10.09.2008 eingebrachten Beschwerde abgelehnt hat, die BW, sowie ihr Gatte und die beiden minderjährigen Kindern sich weiterhin geduldeterweise im Bundesgebiet der Republik Österreich aufgehalten haben, zumal ein entsprechender Antrag auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung eingebracht wurde, der zwar erstinstanzlich abschlägig entschieden wurde, jedoch der eingebrachten Berufung mit Bescheiden des Bundesministeriums für Inneres vom 24.05.2011 schlussendlich stattgegeben wurde, so dass jedenfalls die Voraussetzung der rückwirkenden Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum Februar 2006 bis einschließlich Juni 2011 vorliegt.*

*Bei richtiger rechtlicher Würdigung des maßgeblichen Sachverhalts und Durchführen eines ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahrens wäre sohin die erstinstanzliche Behörde zu diesem Schluss gekommen.*

*Im Übrigen stellt sich auch die Begründung im angefochtenen Bescheid der erstinstanzlichen Behörde als Formalbegründung dar, die den strengen Erfordernissen der §§ 58. bzw. 60 AVG nicht gerecht werden kann, zumal in einer nachvollziehbaren Art und Weise nicht zu entnehmen ist, von welchen konkreten Feststellungen die erstinstanzliche Behörde überhaupt ausgeht, um zur abschlägigen Entscheidung zu gelangen. ... "*

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

#### **1. Familienbeihilfe für die Monate bis einschließlich August 2006:**

Gemäß § 10 Abs. 3 des Familienlastenausgleichsgesetzes (FLAG) 1967 werden die Familienbeihilfe und die erhöhte Familienbeihilfe für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4) höchstens für fünf Jahre rückwirkend vom Beginn des Monats der Antragstellung gewährt. In Bezug auf geltend gemachte Ansprüche ist § 209 Abs. 3 der Bundesabgabenordnung, BGBl. Nr. 194/1961, anzuwenden.

Der Antrag vom 27. September 2011 auf Gewährung der Familienbeihilfe für die beiden Kinder wurde beim Finanzamt am selben Tag per Telekopierer eingebracht.

Nach der zitierten Norm darf Familienbeihilfe jedenfalls nur höchstens für fünf Jahre rückwirkend vom Beginn des Monats der Antragstellung gewährt werden. Somit durfte Familienbeihilfe, unabhängig vom Vorliegen oder Nichtvorliegen aller Voraussetzungen für deren Gewährung für die Monate Februar 2006 bis einschließlich August 2006 schon aus diesem Grunde nicht gewährt werden.

Der Berufung konnte deshalb für den genannten Zeitraum kein Erfolg beschieden sein.

## **2. Familienbeihilfe für die Monate September 2006 bis September 2008 (Rechtskraft der Bescheide, mit denen die Asylanträge abgewiesen wurden):**

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 Pensionshar-

monisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004, zur Anwendung (vgl. z. B. VwGH 15.1.2008, 2007/15/0219).

§ 3 FLAG 1967 in dieser Fassung lautet:

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.

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 erfüllten.

Nun war aber die Berufungswerberin in der hier maßgeblichen Zeit nicht 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.

Der Ehegatte der Berufungswerberin war zwar in der Zeit vom 24. März 2006 bis 30. September 2008 als Arbeitnehmer beschäftigt, diese Beschäftigung verstieß jedoch gegen die geltenden Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer (vgl. dazu § 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, in der ab 1. Jänner 2006 geltenden Fassung).

Nach der ausdrücklichen Anordnung in § 3 Abs. 1 FLAG kommt es nur darauf an, ob eine Beschäftigung gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer verstößt oder nicht, subjektive Momente, wie Schuldhaftigkeit, Irrtum etc. dürfen nicht berücksichtigt werden.

Auch der Frage, ob der Ehegatte der Berufungswerberin mit der Verhängung eines Aufenthaltsverbotes rechnen hätte müssen, kann in diesem Zusammenhang keine Bedeutung zu-

kommen. Es muss jedoch darauf hingewiesen werden, dass er bereits mit Bescheid vom 15. März 2005 gemäß § 8 Abs. 2 AsylG aus dem österreichischen Bundesgebiet ausgewiesen worden war und nicht freizügigkeitsberechtigt war.

Da die Einreise ins Bundesgebiet erst im Juni 2004 erfolgt ist, hielt sich die Berufungswerberin in den Monaten bis Juni 2009 (hier entscheidend nur bis September 2008) noch nicht seit mindestens sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet auf. Die Berufung musste daher hinsichtlich der Monate September 2006 bis September 2008 als unbegründet abgewiesen werden.

### **3. Familienbeihilfe für die Monate Oktober 2008 (Rechtskraft der Bescheide, mit denen die Asylanträge abgewiesen wurden) bis Juni 2011:**

Hinsichtlich der Monate Oktober 2008 bis einschließlich Juni 2011 ist § 3 FLAG in der schon zitierten ab 1. Jänner 2006 geltenden Fassung anzuwenden. Da die Berufungswerberin (und die Kinder) sich in dieser Zeit nicht nach § 8 (und § 9) NAG rechtmäßig in Österreich aufgehalten haben, hat das Finanzamt für diese Monate zu Recht einen Anspruch auf Familienbeihilfe verneint. Auch der Berufung konnte daher hinsichtlich dieser Monate kein Erfolg beschieden sein.

Da der angefochtene Bescheid des Finanzamtes sohin der anzuwendenden Rechtslage entspricht, musste die Berufung, wie im Spruch geschehen, als unbegründet abgewiesen werden.

Graz, am 27. März 2013