



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des M. B., Bd., vom 30. August 2010 gegen den Bescheid des Finanzamtes Baden Mödling vom 13. Juli 2010 betreffend Gewährung von Familienbeihilfe soweit dieser über den Zeitraum Jänner 2006 bis Mai 2009 abspricht, entschieden:

Der angefochtene Bescheid wird dahingehend abgeändert, dass der Antrag auf Familienbeihilfe für die Kinder B. Da., geb. xxx und B. D., geb. xx, für den Zeitraum von Jänner 2006 bis März 2006 und von August 2006 bis Juli 2007 abgewiesen wird.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.) Herr B. M. stellte am 4. Nov. 2009 einen Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe von 1/06-5/09 für seine beiden Kinder B. D., geb. xx, und B. Da., geb. xxx. Der Bw. führte aus, dass er am 21. Aug. 2002 nach Österreich eingereist sei und einen Antrag auf Asyl gestellt. habe.

Er legte für seinen Sohn D. eine Bestätigung des Kindergartens für das Jahr 2007/2008 und eine Kopie des Mutter/Kind-Pass vor, für seinen Sohn Da. Schulbesuchsbestätigungen für die Schuljahre 2006/2007, 2007/2008 und 2008/2009.

Das Finanzamt ersuchte den Bw. um Vorlage der Arbeitserlaubnis für die Firma F. H. 4-7/2006, die Firma Fr. K. 7-10/2006 und die Firma G. X. 3-6/2007 und 8-11/2007.

Der Bw. legte vom AMS eine Beschäftigungsbewilligung für 18. April 2006 bis 17. Juli 2006 für die Firma H. und eine Arbeitsbescheinigung der Firma H. vor.

Für 18.07.2006 bis 17.10.2006 legte er eine Arbeitsbescheinigung der Firma K. vor.

Für die Zeiträume 27.03.07 bis 26.06.07 und 06.08.07 bis 05.11.07 wurde vom AMS eine Arbeitsbescheinigung bei der Gärtnerei X. vorgelegt.

Auf Grund des Versicherungsdatenauszuges der Sozialversicherung ist ersichtlich, dass der Bw. vom 18.04.2006 bis 17.07.2006 bei H. F. und vom 18.07.2006 bis 17.10.2006 bei der K. Fr. als Arbeiter gemeldet war. Für die Zeit vom 18.07.2006 – 26.07.2006 hat er von der Firma H. F. eine Urlaubsabfindung bekommen.

Das Finanzamt erließ einen Abweisungsbescheid. Der Antrag auf Familienbeihilfe auf Familienbeihilfe wird abgewiesen für

B. Da. xxxx Jän. 2006-Mai 2009

B. D. xxxxx Jän. 2006-Mai 2009

Begründend wurde ausgeführt, dass gemäß § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG 1967) in der maßgeblichen Fassung (31.12.2005) Personen, die nicht österr.

StaatsbürgerInnen sind, Anspruch auf Familienbeihilfe haben, wenn sie im Bundesgebiet bei einer Dienstgeberin oder 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 ArbeitnehmerInnen verstößt. Gemäß Abs.2 gilt Abs.1 nicht für Personen, die sich seit mindestens 60 Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten, sowie für Staatenlose oder Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 1997 gewährt wurde.

Der Bw. habe im Antragszeitraum nur in der Zeit von 17.7.2006 bis 17.10.2006 länger als drei Monate eine nichtselbständige Tätigkeit ausgeübt; für diese Tätigkeit habe aber laut Arbeitmarktservice keine Arbeitserlaubnis bestanden.

Gegen den Bescheid, mit dem der Antrag auf Familienbeihilfe für die zwei Kinder vom 01/2006 - 05/2009 abgewiesen worden ist, brachte der Bw. Berufung ein.

Begründend wurde ausgeführt, dass er von 18.4.2006 - 17.7.2006 eine Beschäftigungsbewilligung als Gartenarbeiter vom AMS erhalten habe und für Herrn H. gearbeitet habe. Ab 18.7.2006 sei er für Herrn K. in Fu. erwerbstätig gewesen und auch dieser habe ihn ordnungsgemäß bei der Sozialversicherung angemeldet, er habe Lohnsteuer

bezahlt und seines Wissens habe sein Arbeitgeber auch eine Beschäftigungsbewilligung beantragt. Er habe weiters eine Beschäftigungsbewilligung als Gartenarbeiter vom 27.3.2007 – 26.6.2007 sowie vom 6.8.2007 - 5.11.2007 für die Firma X. gehabt. In diesem Fall sei seine Beschäftigung nur für etwa einen Monat unterbrochen gewesen, er sei aber jedenfalls mehr als 3 Monate im Jahr 2007 für denselben Dienstgeber beschäftigt gewesen. Mehrere befristete Arbeitsverhältnisse beim selben Dienstgeber – auch wenn sie durch kurzfristige Unterbrechungen charakterisiert sind - werden vom den Sozialgerichten meist als Dauerdienstverhältnisse angesehen.

Des weiteren habe er ab August 2007 jedenfalls einen Anspruch auf Familienbeihilfe, weil nach § 3 Abs. 2 FLAG idF von BGBI 142/2004 auch Fremde die sich seit mindestens sechzig Kalendermonate ständig im Bundesgebiet aufhalten, einen Anspruch auf Familienbeihilfe haben. In diesem Fall ist eine unselbständige Erwerbstätigkeit von mehr als 3 Monaten keine Voraussetzung für einen Anspruch auf Familienbeihilfe.

Er sei am 21.8.2002 in Österreich eingereist und Asyl beantragt. Der Asylgerichtshof habe erst im Aug. 2010 rechtskräftig entschieden. Er habe sich seit diesem Zeitpunkt ständig im Bundesgebiet aufgehalten und somit seien die Voraussetzungen gemäß § 3 Abs. 2 FLAG ab August auch aus diesem Grund gegeben. Der Bw. legte die Asylgerichtsurteile und Unterlagen betreffend seinen ständigen Aufenthalt in Österreich vor.

Das Finanzamt erließ eine Berufungsvorentscheidung, in der die Familienbeihilfe für den Zeitraum ab August 2007 gewährt wurde und für den Zeitraum Jänner 2006 bis Juli 2007 die Abweisung aufrecht blieb.

Begründend wurde ausgeführt, dass für den Zeitraum Jänner 2006 bis Juli 2007 keine länger als 3 Monate andauernde rechtmäßige Beschäftigung bestanden habe. Durch eine ordnungsgemäße Meldung bei der Sozialversicherung und die Entrichtung der Lohnsteuer liege noch keine rechtmäßige Beschäftigung in Österreich vor. Die Rechtmäßigkeit erfolge durch eine Beschäftigungsbewilligung des Arbeitmarktservice.

Die Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses bei der Firma X. vom 27.6.2007 bis 5.8.2007 stelle keine kurzfristige Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses dar. Das Erfordernis einer 3 Monate übersteigende Beschäftigungsdauer sei nur dann erfüllt, wenn eine geschlossene Beschäftigungszeit vorliegt. Ein Urlaub stelle zwar noch keine Unterbrechung der Beschäftigung dar. Da die Dauer der Unterbrechung jedoch über das Maß einer urlaubsbedingten Unterbrechung hinausgehe, könne nicht von einer geschlossenen Beschäftigungszeit gesprochen werden.

Der Bw. brachte einen Vorlageantrag mit der Begründung ein, dass entgegen der Ansicht der Finanzbehörde die Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses bei der Firma X. für den Zeitraum

von 6 Wochen (27.6.2007-5.8.2007) nur eine kurzfristige Unterbrechung – vergleichbar mit einem Urlaub – darstelle. Im übrigen werde auf die Begründung in der Berufung verwiesen.

Auf eine Anfrage des unabhängigen Finanzsenat beim AMS, Service Ausländerbeschäftigung, erfolgte die Auskunft, dass

1.) eine Bewilligung für die Fa. H. gültig vom 18.04.2006 bis 17.07.2006 vorlag und auch genau in diesem Zeitraum gearbeitet (anschließende Urlaubsersatzleistung von 18.07.2006 bis 26.07.2006) worden ist und

2.) eine Bewilligung für die Fa. H. gültig vom 01.08.2006 bis 17.10.2006 vorlag, die lt. Hauptverband allerdings nicht in Anspruch genommen worden ist.

Das Dienstverhältnis bei der Fa. K. vom 18.07.2006 bis 17.10.2006 fand ohne eine arbeitsrechtliche Bewilligung seitens des AMS statt.

Auf Grund des Versicherungsdatenauszug können die Daten nachvollzogen werden.

Über die Berufung wurde erwogen:

Der Entscheidung wird folgender Sachverhalt zu Grunde gelegt:

Der Bw. ist am 21. Aug. 2002 mit seiner Ehefrau und seinem Sohn Da. nach Österreich eingereist und hat einen Asylantrag gestellt. Am xx wurde der Sohn D. geboren. Der Asylantrag des Bw. und seiner Familie wurde am 16.08.2010 vom Asylgerichtshof abweisend entschieden. Es wurde dem Bw. und seiner Familie auf Grund langjährigen Aufenthalts und bereits erfolgter Integration eine Niederlassungsbewilligung erteilt.

Der vorstehende Sachverhalt ist unstrittig.

Strittig ist, ob für die Monate Jänner 2006 bis Juli 2007 Familienbeihilfe zusteht

Die Rechtsgrundlagen stellen sich wie folgt dar:

Wie der Verwaltungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen hat, gilt der Grundsatz der "Zeitbezogenheit der Abgabengesetze" auch im Regelungsbereich des FLAG. Ob für einen bestimmten Zeitraum Familienbeihilfe zusteht, ist daher anhand der rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten im Anspruchszeitraum zu beantworten (VwGH 24. Oktober 2000, 95/14/0119; 21. Februar 2001, 96/14/0139; 27. März 2002, 2000/13/0104; 24. September 2002, 96/14/0125; 29. September 2004, 2000/13/0103).

Für Zeiträume bis April 2004 gelangt § 3 FLAG 1967 idF. BGBI.Nr. 367/1991 und ab Mai 2004 § 3 FLAG idF. BGBI. I 142/2004 Pensionsharmonisierungsgesetz (Rechtslage 1. Mai 2004 bis 31. Dezember 2005) zur Anwendung, welcher wie folgt lautet:

§ 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; 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.

(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.

§ 50y (2): Die §§ 3 Abs. 2 und 38a Abs. 3 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBI. 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.

§ 55: Die §§ 2 Abs. 8 erster Satz und 3 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBI. I Nr. 100/2005, treten mit 1. Jänner 2006, nach Maßgabe der Übergangsbestimmungen des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBI. I Nr. 100/2005, sowie des Asylgesetzes 2005 (AsylG 2005), BGBI. I Nr. 100, in Kraft.

Für alle Asylwerber, die am 1. Jänner 2006 (Inkrafttreten des Fremdenpaketes 2005) ein offenes Verfahren nach dem Asyl- oder Fremdenrecht anhängig hatten, ist auf Grund der Übergangsbestimmungen § 3 FLAG in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes anzuwenden.

Da der Berufungswerber ein am 1. Jänner 2006 noch offenes anhängiges Asylverfahren hatte, kommen die Bestimmungen des § 3 FLAG 1967 idF. BGBI. I 142/2004 (Pensionsharmonisierungsgesetz) zur Anwendung.

Gemäß § 3 Abs. 1 FLAG idF BGBI. I 142/2004 muss die Beschäftigung länger als drei Monate dauern und die Beschäftigung darf nicht gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer verstößen.

Für die Beschäftigung von Ausländern im Bundesgebiet ist das Ausländerbeschäftigungsgesetz, BGBI. Nr. 218/1975 in geltender Fassung maßgebend.

Danach darf ein Arbeitgeber einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung erteilt wurde oder wenn der Ausländer eine gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein besitzt.

Für die Erteilung von Beschäftigungsbewilligungen oder Entsendebewilligungen, für die Einräumung vorläufiger Berechtigungen zur Beschäftigungsaufnahme sowie zur Ausstellung von Arbeitserlaubnissen oder Befreiungsscheinen sind die regionalen Geschäftsstellen des Arbeitsmarktservices zuständig, deren Entscheidungen für die Finanzämter in Bezug auf die Frage, ob eine Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz zulässig ist, bindend sind. Zu beachten ist, dass sowohl die Beschäftigungsbewilligung, die Entsendebewilligung als auch die vorläufige Berechtigung zur Beschäftigungsaufnahme nur für die Beschäftigung eines bestimmten Arbeitnehmers bei einem bestimmten Arbeitgeber gelten. In Bezug auf die Arbeitserlaubnis ist zu beachten, dass diese im Allgemeinen für den Bereich eines bestimmten Bundeslandes ausgestellt wird. (Kommentar zum Familienlastenausgleich, Wittmann-Papacek, § 3 03.01 Ansprüche von Personen, die nicht österr. Staatsbürger sind, Z 5,6)

Laut Aktenlage ist für den Bw. vom AMS eine Arbeitsbewilligung für die Firma H. ausgestellt worden, nicht jedoch für die Firma K.. Der Bw. arbeitete ohne arbeitsrechtliche Bewilligung seitens des AMS bei der Firma K..

Auf Grund der oa. Anfrage des unabhängigen Finanzsenats beim AMS, Service Ausländerbeschäftigung, erfolgten Auskunft, dass

1.) eine Bewilligung für die Fa. H. gültig vom 18.04.2006 bis 17.07.2006 vorlag und auch genau in diesem Zeitraum gearbeitet worden ist (anschließend Urlaubsersatzleistung von 18.07.2006 bis 26.07.2006) und
2.) eine Bewilligung für die Fa. H. gültig vom 1.08.2006 bis 17.10. bis 2006 vorlag, die lt. Hauptverband allerdings nicht in Anspruch genommen worden ist, daher das Dienstverhältnis bei der Fa. K. vom 18.07.2006 bis 17.10.2006 ohne eine arbeitsrechtliche Bewilligung seitens des AMS stattgefunden hat, lag die Mindestbeschäftigungsdauer von drei Monaten nur für die Monate April 2006 bis Juli 2006 vor.

Weiters ist das Erfordernis einer drei Monate übersteigenden Beschäftigungsdauer nur dann erfüllt, wenn eine geschlossene Beschäftigungszeit vorliegt. Als Beschäftigung ist ein tatsächliches Verhältnis anzusehen, welches durch die Zugehörigkeit zu einem Betrieb zum Zwecke der Arbeitsleistung charakterisiert wird. Nach einer geschlossenen Beschäftigungszeit von mindestens drei Monaten besteht Anspruch auf Familienbeihilfe ab Beginn des Kalendermonats, in dem die Beschäftigung begonnen wurde (§ 10 Abs.2 FLAG). Ein Urlaub, eine krankheitsbedingte oder sonstig entschuldbare Unterbrechung der Arbeit stellt daher noch keine Unterbrechung der Beschäftigung dar.

Eine Unterbrechung der Beschäftigung hat jedoch zur Folge, dass eine Wartefrist ab dem Zeitpunkt der Wiederaufnahme der Beschäftigung von neuem zu laufen beginnt. Eine Unterbrechung der Beschäftigung hat auch das Erlöschen eines bereits bestehenden Anspruchs auf Familienbeihilfe zur Folge.

Die Beschäftigung bei der Firma X. im Jahr 2007 hat vom 27.03.2007 bis 26.06.2007 nicht länger als 3 Monate bestanden. Für diesen Beschäftigungszeitraum liegt eine Beschäftigungsbewilligung des AMS für die Firma X. vor. In der Zeit von 27.06.2007 bis 05.08.2007 war der Bw. lt. Versicherungsdatenauszug als Asylwerber bzw. Flüchtling gemeldet. Ab 06.08.2007 bis 05.11.2007 bestand wieder das Arbeitsverhältnis bei der Firma X., für diesen Zeitraum bestand ebenfalls eine Bewilligung des AMS für die Firma X..

Der Bw. führte dazu aus, dass seine Beschäftigung nur für ca. einen Monat unterbrochen war und dies von den Arbeitsgerichten und Sozialgerichten meist als Dauerdienstverhältnis angesehen werde.

Nach Ansicht des UFS kann jedoch im gegenständlichen Fall nicht von einer kurzfristigen Unterbrechung ausgegangen werden. Der Bw. war laut oa. Versicherungsdatenauszug in den 6 Wochen als Asylwerber bzw. Flüchtling gemeldet. Es wurden vom AMS für die Zeit 27.06.2007 bis 26.06.2007 und für die Zeit vom 06.08.2007 bis 05.11.2011 Beschäftigungsbewilligungen bei der Firma X. erteilt. Laut der Arbeitbescheinigung der Firma X. für den Zeitraum 27.03.2007 bis 26.06.2007 wurde das Dienstverhältnis durch Zeitablauf beendet. Ersatzleistungen für Urlaubsentgelt wurden nicht gezahlt. Für den Zeitraum 06.08.2007 bis 05.11.2007 wurde der Beginn der Beschäftigung mit 06.08.2007 angeführt, das Dienstverhältnis durch Zeitablauf beendet. Ersatzleistungen für Urlaubsentgelt wurden ebenfalls nicht gezahlt.

Von einer kurzfristigen Unterbrechung – vergleichbar mit einem Urlaub oder krankheitsbedingten oder sonst entschuldbaren Unterbrechung der Arbeit – konnte daher der UFS nicht ausgehen.

Somit steht die Familienbeihilfe für die im Spruch genannten Monate nicht zu.

Wien, am 21. März 2011