



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des K, vom 27. Juli 2006 gegen den Bescheid des Finanzamtes St. Johann Tamsweg Zell am See, vertreten durch M, vom 23. Juni 2006 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab Mai 2006 entschieden:

Die Berufung wird hinsichtlich des Anspruches auf Familienbeihilfe für den Monat November 2006 abgewiesen. Im Übrigen wird der angefochtene Bescheid ersatzlos aufgehoben.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber ist serbisch-montenegrinischer Staatsbürger und hält sich als Asylwerber gemeinsam mit seiner Ehepartnerin und seinen drei Kindern in R auf. Dem Berufungswerber wurde vom Bundesasylamt am 2. April 2003 eine vorläufige Aufenthaltsberechtigung in Österreich bis zum rechtskräftigen Abschluss seines Asylverfahrens erteilt. Er stellte im Mai 2006 einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für seine drei mit ihm lebenden Kinder, die in R die Schule bzw. den Kindergarten besuchen und legte der Abgabenbehörde erster Instanz eine befristete Beschäftigungsbewilligung seiner beruflichen Tätigkeit für den örtlichen Geltungsbereich sowie eine Haushaltsbestätigung vor.

Dieser Antrag wurde von der Abgabenbehörde erster Instanz unter Verweis auf § 3 Abs. 1 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 abgewiesen wonach Personen, die nicht österreichische Staatsbürger seien nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe haben, wenn sie nach den Bestimmungen der §§ 8 bzw. 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG),

BGBI I Nr. 100/2005 einen Aufenthaltstitel haben, der sie zum rechtmäßigen Aufenthalt in Österreich berechtigen würde.

Gegen diesen Bescheid wurde berufen. Die Berufung wurde der Rechtsmittelbehörde vorgelegt, welche die Berufung als unbegründet abgewies.. In diesem Zusammenhang wird auf die an den Berufungswerber zur Geschäftszahl RV/0512-S/06 ergangene Berufungsentscheidung der Rechtsmittelbehörde vom 27. September 2006 verwiesen.

Gegen diesen Bescheid wurde zunächst eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof erhoben, in welcher unter anderem darauf hingewiesen wurde, dass der Beschwerdeführer in Österreich unselbstständig erwerbstätig sei. Der Verfassungsgerichtshof hat die Behandlung der Beschwerde abgelehnt und sie mit Beschluss an den Verwaltungsgerichtshof abgetreten. Der Verwaltungsgerichtshof hat über die Beschwerde erwogen, dass der vorliegende Beschwerdefall in der zu beantwortenden Rechtsfrage jenem gleiche, der dem Erkenntnis vom 15. Jänner 2008, 2007/15/0170 zu Grunde liege und den Bescheid gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufgehoben.

Die Rechtsmittelbehörde übersandte im fortgesetzten Verfahren eine Kopie des Erkenntnisses vom 20. Februar 2008 an die Abgabenbehörde erster Instanz und führte unter anderem aus, dass der Gerichtshof zur Rechtsfrage ausgeführt habe, dass für Verfahren betreffend ausländischer Staatangehöriger, die vor dem Gültigkeitszeitpunkt des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes 2005 (NAG), BGBI. I Nr. 100/2005 sowie des Asylgesetzes 2005 (AsylG 2005, BGBI I Nr. 100) in Österreich um Asyl angesucht hätten und deren Verfahren daher nach Bestimmungen des Asylgesetzes 1991 bzw. 1997 zu Ende zu führen seien, wenn diese im Zeitpunkt der Antragstellung – im gegenständlichen Verfahren im Mai 2006 – noch nicht rechtskräftig abgeschlossen worden sind.

Die Bestimmung des § 3 FLAG in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes BGBI I Nr. 142/2004 sei daher auch im gegenständlichen Verfahren anzuwenden. Dem Berufungswerber stehe daher die Familienbeihilfe nach dem FLAG 1967 zu, wie dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 20. Feber 2008, 2007/15/0186 den Berufungswerber betreffend zu entnehmen sei.

Die anzuwendende Bestimmung § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes BGBI I Nr. 142/2004 lautet:

„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 nichtselbstständiger 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.“

Aus den Versicherungsdaten auszug ergäbe sich, dass der Berufungswerber die Voraussetzungen für den Bezug der Familienbeihilfe für seine drei Kinder erfülle, da die Beschäftigungsverhältnisse immer länger als drei Monate dauerten und seine Beschäftigung auch nicht gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer verstöße, wie der Bewilligung des AMS (siehe Blatt 4 des Aktes des Finanzamtes St. Johann Tamsweg Zell am See zu entnehmen sei).

Auf Grund des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes den Berufungswerber betreffend werde daher das Finanzamt St. Johann Tamsweg Zell am See gebeten, das gegenständliche Berufungsverfahren entweder im eigenen Wirkungsbereich zu erledigen oder sofern Bedenken gegen eine Erledigung des gegenständlichen Berufungsverfahrens im eigenen Wirkungsbereich bestehen würden, dies der Rechtsmittelbehörde mitzuteilen.

Die Abgabenbehörde erster Instanz forderte in der Folge den Berufungswerber auf, den Stand der Asylverfahren – den Berufungswerber sowie die Verfahren seine Familienmitglieder (Gattin und drei Kinder) betreffend - bekannt zu geben und gegebenenfalls sämtliche die Familie betreffende positive oder negative Asylbescheide vorzulegen. Sollten negative Asylbescheide vorliegen, werde gebeten die Aufenthaltstitel für die gesamte Familie nachzuweisen.

Der Berufungswerber legte Kopien der vorläufigen Aufenthaltstitel nach § 19 des Asylgesetzes sowie Betätigungen AMS über seine Beschäftigungsbewilligungen sowie Schulbesuchsbetätigungen seiner Kinder vor.

Der Vertreter der Abgabenbehörde erster Instanz legte in der Folge den Verwaltungsakt sowie den an den Berufungswerber gerichteten Bedenken vorhalt sowie die von vom Berufungswerber übersandten Unterlagen dem Unabhängigen Finanzsenat, Außenstelle Salzburg (UFS, Salzburg) vor. Ergänzend führte er aus, dass eine Erledigung im eigenen Wirkungsbereich auf Grund des FLAG Infos des BMGFJ vom 8. April 2008 nicht möglich sei. Weiters werde darauf hingewiesen, dass bei einer endgültigen Beihilfenberechnung zu berücksichtigen sei, dass in der nachstehenden Aufstellung der Versicherungszeiten des Berufungswerbers "Urlaubsabfindungen und Arbeitslosengeldbezüge" aufscheinen würden.

Versicherungsdaten	Beschäftigung	Arbeitgeber
15.05. bis 15.10.2006	Arbeiter	A
16.10. bis 23.10.2006	Urlaubsabfindung	A
24.10. bis 14.12.2006	Arbeitslosengeldbezug	Salzburger Gebietskrankenkasse
15.12. bis 15.04.2007	Arbeiter	A
16.04. bis 24.04.2007	Urlaubsabfindung	A
25.04. bis 20.05.2007	Arbeitslosengeldbezug	Salzburger Gebietskrankenkasse
21.05. bis 26.09.2007	Arbeiter	E

27.09. bis 30.09.2007	Arbeitslosengeldbezug	Salzburger Gebietskrankenkasse
01.10 bis 30.11.2007	Arbeiter	J
01.12. bis 03.12.2007	Urlaubsabfindung	J
07.12. bis 14.12.2007	Arbeitslosengeldbezug	Salzburger Gebietskrankenkasse
15.12. bis laufend	Arbeiter	H

Über die Berufung wurde erwogen:

Durch das "Fremdenrechtspaket 2005" BGBI. 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 FLAG 1967 idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBI. I Nr. 142/2004,
(vor der Neufassung durch das Fremdenrechtspaket 2005) lautet 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, BGBI. I Nr. 100/2005, lautet auszugsweise:
"Änderung des **Familienlastenausgleichsgesetzes 1967**

Das **Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG)**, BGBI. Nr. 376, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBI. I Nr. 157/2004, wird wie folgt geändert:

§ 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), BGBI. 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), BGBI. I Nr. 100, gewährt wurde, Anspruch auf Familienbeihilfe. Anspruch besteht auch für Kinder, denen nach dem Asylgesetz 2005 Asyl 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."

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), BGBI. 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, BGBI. 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, BGBI. Nr. 126/1968, des Asylgesetzes 1991, BGBI. 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). Die Bestimmung des § 55 FLAG verknüpft das Inkrafttreten des § 3 FLAG in der Fassung des Fremdenrechtspaketes 2005 mit den Übergangsbestimmungen des NAG und jenen des Asylgesetzes 2005. **Die Bestimmung des § 55 FLAG ist 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.

a) Anwendung § 3 FLAG 1967 in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004

Im gegenständlichen Verfahren steht fest, dass der Berufungswerber im Jahr 2003 - und somit vor Inkrafttreten des Fremdenrechtspakets 2005, BGBl. I Nr. 100/2005 - einen Asylantrag gestellt hat und das Asylverfahren nach den Asylgesetz 1997 abzuführen ist, welches weder im Mai 2006 (Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe) noch im April 2008 abgeschlossen ist, wie der Beantwortung des Vorhaltes der Abgabenbehörde erster Instanz an den Berufungswerber zu entnehmen ist. Der Berufungswerber ist ab Mai 2006 - wie in den Jahren zuvor (auf den Versicherungsdatenauszug der Sozialversicherung wird verwiesen) - in Österreich als Dienstnehmer beschäftigt und unterliegt mit diesen Einnahmen der Besteuerung (Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit).

Im Hinblick auf das am 31. Dezember 2005 anhängige Asylverfahren war daher im gegenständlichen Verfahren § 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes BGBl. I Nr. 142/2004 anzuwenden, wie der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 15. Jänner 2008, 2007/15/0170 ausführte und auf dessen Begründung er im Verfahren des Berufungswerbers vor dem Gerichtshof verwies.

b) Anspruch auf Familienbeihilfe gem. § 10 Abs. 2 FLAG 1967

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).

Nach § 3 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 oder Krankengeld in Folge Einkünften aus nicht selbständiger Arbeit bezieht. Für Zeiträume in denen ein Arbeitnehmer Arbeitslosengeld bezieht bzw. Urlaubsabfindungen für Zeiträume erhält, für die er einen Urlaubsanspruch hätte diesen aber nicht mehr in Anspruch nehmen werden kann, weil das Dienstverhältnis gelöst wurde, besteht **kein Anspruch** auf Familienbeihilfe.

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 unter Anwendung des § 10 Abs. 2 FLAG 1967 nur im **November 2006** keinen Anspruch auf Familienbeihilfe hat, weil er nur diesen Monat durchgehend Arbeitslosengeld bezogen hat, sonst aber für den gesamten Zeitraum ab Mai 2006 ein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht, weil in den übrigen Monaten immer innerhalb des Anspruchszeitraumes – **Monat** - Dienstverhältnisse eingegangen wurden, die als Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit der Besteuerung unterzogen wurden, wie dies den nachstehenden Daten des Auszuges der Sozialversicherung zu entnehmen ist.

15.05. bis 15.10.2006	Arbeiter	A
16.10. bis 23.10.2006	Urlaubsabfindung	A
24.10. bis		
14.12.2006	Arbeitslosengeldbezug	Salzburger Gebietskrankenkasse
15.12. bis 15.04.2007	Arbeiter	A
16.04. bis 24.04.2007	Urlaubsabfindung	A
25.04. bis 20.05.2007	Arbeitslosengeldbezug	Salzburger Gebietskrankenkasse
21.05. bis 26.09.2007	Arbeiter	E
27.09. bis 30.09.2007	Arbeitslosengeldbezug	Salzburger Gebietskrankenkasse
01.10. bis 30.11.2007	Arbeiter	J
01.12. bis 03.12.2007	Urlaubsabfindung	J
07.12. bis 14.12.2007	Arbeitslosengeldbezug	Salzburger Gebietskrankenkasse

15.12. bis laufend Arbeiter H

Die Berufung war daher hinsichtlich des Anspruches auf Familienbeihilfe für November 2006 abzuweisen und der angefochtene Bescheid im Übrigen ersatzlos aufzuheben.

Salzburg, am 14. Mai 2008