



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch Dr. Thomas Neugschwendtner, Rechtsanwalt, 1040 Wien, Schleifmühlgasse 5/8, vom 9. Oktober 2009 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 2/20/21/22 vom 4. September 2009 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum August 2004 bis September 2008 entschieden:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.

Der Bescheid wird insoweit als er die Monate März 2008 bis September 2008 erfasst ersatzlos aufgehoben. Im Übrigen wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

### **Entscheidungsgründe**

Die Berufungswerberin (Bw.) und ihr Ehegatte reisten mit ihrer Tochter, geboren am x, und ihrem Sohn, geboren am y, erstmalig im August 2004 nach Österreich ein. Die Bw., ihr Ehegatte und die Kinder stellten am 6. August 2004 entsprechende Asylanträge. Mit Bescheiden des Asylgerichtshofes vom 10. März 2008 wurde den Asylanträgen stattgegeben und den Antragstellern kraft Gesetzes die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt.

Im November 2008 stellte die Bw. einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für ihre beiden Kinder rückwirkend ab dem Jahr 2004. Dem Antrag legte die Bw. die stattgebenden Asylbescheide, Meldebestätigungen, Kopien der Aufenthaltsberechtigungskarten sämtlicher Familienmitglieder und Schulbesuchsbestätigungen ihrer beiden Kinder bei. In weiterer Folge gewährte das Finanzamt der Bw. für ihre beiden Kinder ab Oktober 2008 Familienbeihilfe.

Mit Schreiben vom 8. Juni 2009 brachte der steuerliche Vertreter der Bw. für die Monate August 2004 bis September 2008 einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe ein und führte darin aus, dass sich die Antragstellerin seit August 2004 im Bundesgebiet befände und den Asylanträgen stattgegeben worden sei. Das Asylverfahren sei am 31. Dezember 2005 anhängig gewesen. In den Übergangsbestimmungen des Asylgesetzes 2005 werde angeordnet, dass Asylverfahren, die am 31. Dezember 2005 bereits anhängig gewesen seien, noch nach den Bestimmungen des Asylgesetzes 1997 zu Ende zu führen seien. § 55 FLAG verknüpfe das Inkrafttreten des § 3 FLAG in der Fassung des Fremdenrechtspaketes 2005 mit den Übergangsbestimmungen des NAG sowie des Asylgesetzes 2005.

Nach der nunmehr ergangenen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes sei § 55 FLAG 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 Asylgesetz 1997 abgeführt werde, auch für Zeiträume ab 1. Jänner 2006 nicht anzuwenden sei. Für diesen Personenkreis komme daher § 3 FLAG zunächst noch in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004, zur Anwendung (VwGH vom 15.1.2008, Zl. 2007/15/0170).

Es sei somit klargestellt, dass im vorliegenden Fall § 3 FLAG in der Fassung I 142/2004 über den 31. Dezember 2005 hinaus anzuwenden sei. Daraus ergäbe sich, dass Personen, denen Asyl gewährt worden sei, gemäß § 3 Abs. 2 FLAG Familienbeihilfe zu gewähren sei. Es werde daher der Antrag gestellt, der Antragstellerin für ihre zwei Kinder Familienbeihilfe im Zeitraum August 2004 bis September 2008 zu gewähren.

Mit Bescheid vom 4. September 2009 wies das Finanzamt den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe vom 8. Juni 2009 für den Zeitraum August 2004 bis September 2008 als unbegründet ab. In seiner Begründung führte das Finanzamt aus, dass entsprechend den Übergangsbestimmungen des Asylgesetzes 2005 alle bis zum 31. Dezember 2005 anhängigen Asylverfahren nach den Bestimmungen des Asylgesetzes 1997 zu Ende zu führen seien. Nach § 55 FLAG trete § 3 FLAG 1967 mit 1. Jänner 2006, nach Maßgabe der Übergangsbestimmungen des Asylgesetzes 2005 in Kraft. Daher sei für Asylwerber, deren Asylverfahren vor dem 1. Jänner 2006 anhängig sei, der Familienbeihilfenanspruch nach § 3 FLAG 1967 (gültig bis 31. Dezember 2005) zu beurteilen. Gemäß § 3 Abs. 1 FLAG 1967 in der bis 31. Dezember 2005 gültigen Fassung hätten Personen, die nicht österreichische Staatsbürger seien, dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet bei einem Dienstgeber beschäftigt seien. Der § 3 Abs. 2 FLAG 1967, wonach der ständige Aufenthalt in Österreich von 60 Kalendermonaten zum Familienbeihilfenanspruch führe, fände keine Anwendung, weil Asylwerber nur ein vorübergehendes Aufenthaltsrecht hätten. Es habe somit

nach obiger gesetzlicher Regelung für den beantragten Zeitraum kein Familienbeihilfenanspruch bestanden.

Mit Schreiben vom 9. Oktober 2009 brachte der steuerliche Vertreter der Bw. gegen den betreffenden Abweisungsbescheid das Rechtsmittel der Berufung ein und führte zunächst aus, dass der betreffende bekämpfte Bescheid nicht dem ausgewiesenen Vertreter zugestellt worden sei. Dieser Zustellmangel sei erst durch die Ausfolgung des Bescheides an den ausgewiesenen Vertreter am 14. September 2009 geheilt worden. Dennoch könne nicht von einem bloßen Versehen ausgegangen werden, sondern liege der Verdacht nahe, dass im Hinblick auf die unvertretbare inhaltliche Begründung des Abweisungsbescheides versucht worden sei, durch Umgehung der ausgewiesenen Vertreter das Verfahren zu beenden. In Bezug auf die inhaltliche Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides wiederholte der steuerliche Vertreter der Bw. seine diesbezüglichen Ausführungen und verwies ergänzend noch darauf, dass § 3 Abs. 1 FLAG nicht für Personen gelte, denen Asyl nach dem Asylgesetz 1997 gewährt worden sei. Zudem sei die Begründung des angefochtenen Bescheides, dass Asylwerber nur über ein vorübergehendes Aufenthaltsrecht verfügen würden für die Anwendung des § 3 FLAG ohne Relevanz, da diese Bestimmung auf den tatsächlichen Aufenthalt ungeachtet dessen rechtlicher Qualifikation abstelle. Im Übrigen werde der Aufenthalt von Asylwerbern zu einem dauerhaften, sobald – wie im Fall der Bw. – der Asylstatus zuerkannt werde. § 3 Abs. 2 FLAG habe daher vorgesehen, dass Abs. 1 nicht für Personen gelte, denen Asyl nach dem Asylgesetz 1997 gewährt worden sei.

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

Die Bw. ist mit ihrem Gatten und den beiden gemeinsamen Kindern, geboren am x, im August 2004 erstmalig nach Österreich eingereist. Im gleichen Monat stellten die Bw., ihr Gatte und die Kinder Asylanträge. Mit Bescheiden vom 10. März 2008 wurde den Asylanträgen stattgegeben und festgestellt, dass den Antragstellern kraft Gesetzes die Flüchtlingseigenschaft zukomme und folglich Asyl gewährt wird.

Die Bw. und ihr Gatte sind in der Zeit von August 2004 bis September 2008 keiner Beschäftigung nachgegangen, aus der sie Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit bezogen hätten.

Die Bw. begehrt für den Zeitraum August 2004 bis September 2008 für ihre beiden Kinder Familienbeihilfe.

Gegenständlicher Sachverhalt ergibt sich aus den im Akt befindlichen Unterlagen.

Strittig ist die Frage, ob der Bw. für die Monate August 2004 bis September 2008 Familienbeihilfe zusteht.

Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits wiederholt ausgesprochen hat, ist die Frage, ob für einen bestimmten Zeitraum Familienbeihilfe zusteht, anhand der rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten im Anspruchszeitraum zu beantworten (VwGH 8.2.2007, 2006/15/0098 mit weiteren diesbezüglichen Verweisen).

Der gesetzlich festgelegte Anspruchszeitraum ist für die Familienbeihilfe, wie sich aus den Regelungen des § 10 Abs. 2 und 4 FLAG entnehmen lässt, der Monat. Das Bestehen des Familienbeihilfenanspruches für ein Kind kann somit je nach dem Eintritt von Änderungen der Sach- und/oder Rechtslage von Monat zu Monat anders zu beurteilen sein.

Für die Beantwortung der Frage, ob Familienbeihilfe zusteht, muss daher zuerst geklärt werden, welche Fassung des § 3 FLAG für welche Anspruchsmonate zur Anwendung gelangt.

Für den vorliegenden Fall trat innerhalb des geltend gemachten Anspruchszeitraumes von August 2004 bis September 2008 insofern eine gesetzliche Änderung ein, als der § 3 FLAG idF des BGBl. I Nr. 142/2004 (Pensionsharmonisierungsgesetz) im Rahmen des Fremdenrechtspaketes (BGBl. I Nr. 100/2005) eine neue Fassung erhielt.

§ 55 FLAG idF BGBl. I Nr. 100/2005 (Fremdenrechtspaket) bestimmt, dass die §§ 2 Abs. 8 erster Satz und § 3 FLAG idF des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 100/2005 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. 100/2005 in Kraft treten.

Zum zeitlichen Geltungsbereich des AsylG 2005 bestimmt § 73 AsylG 2005, dass dieses Bundesgesetz mit 1. Jänner 2006 in Kraft tritt und das AsylG 1997 mit Ablauf des 31. Dezember 2005 außer Kraft tritt.

Für alle zu diesem Zeitpunkt anhängigen Verfahren regelt das AsylG 2005 in seinen Übergangsbestimmungen im § 75 Abs. 1 AsylG 2005, dass alle am 31. Dezember 2005 anhängigen Verfahren nach den Bestimmungen des AsylG 1997 zu Ende zu führen sind.

In den Übergangsbestimmungen des AsylG 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. § 55 FLAG idF BGBl. I Nr. 100/2005 (Fremdenrechtspaket) verknüpft das Inkrafttreten des § 3 FLAG idF BGBl. I Nr. 100/2005 (Fremdenrechtspaket) mit den Übergangsbestimmungen des NAG und jenen des AsylG 2005.

Laut Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 15.1.2008, 2007/15/0170) ist § 55 FLAG idF BGBl. I Nr. 100/2005 (Fremdenrechtspaket) dahingehend zu verstehen, dass § 3 FLAG idF BGBl. I Nr. 100/2005 (Fremdenrechtspaket) für Personen, denen gegenüber gemäß § 75 Abs. 1 AsylG 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 zunächst noch § 3 FLAG idF des BGBl. I Nr. 142/2004 (Pensionsharmonisierungsgesetz) zur Anwendung.

Im vorliegenden Fall hat die Bw im August 2004 einen Asylantrag für sich und für ihre zwei minderjährigen Kinder, welche gemeinsam mit der Bw im gleichen Monat eingereist waren, gestellt. Die gegenständlichen Asylverfahren waren zum 31. Dezember 2005 noch nicht abgeschlossen. Zur Feststellung eines Anspruches auf Familienbeihilfe für die zwei minderjährigen Kinder ist daher § 3 FLAG idF des BGBl. I Nr. 142/2004 (Pensionsharmonisierungsgesetz) anzuwenden.

§ 3 FLAG idF BGBl. I Nr. 142/2004 (Pensionsharmonisierungsgesetz) lautet auszugsweise:

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 (§ 3 Abs. 1 FLAG).

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 (§ 3 Abs. 2 FLAG).

Ist der Elternteil, der den Haushalt überwiegend führt, 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 (§ 3 Abs. 3 FLAG).

Nach dem klaren Wortlaut stellt die Bestimmung des § 3 Abs. 2 FLAG idF BGBl. I Nr. 142/2004 (Pensionsharmonisierungsgesetz) in dieser Fassung für die Anspruchsvoraussetzung der Familienbeihilfe darauf ab, ob einerseits eine Aufenthaltsdauer von sechzig Kalendermonaten im Inland gegeben ist oder ob tatsächlich bereits Asyl gewährt worden ist. Die Eigenschaft Flüchtling im Sinne des Art. I des Abkommens über die Rechtstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951, BGBl. Nr. 55/1955 und des Protokolls über die Rechtstellung der Flüchtlinge, BGBl. Nr. 78/1974, reicht nicht aus (VwGH 8.2.2007, 2006/15/0098).

Für den vorliegenden Fall bedeutet dies:

Wie sich aus gegenständlichem Sachverhalt ergibt, gingen weder die Bw. noch ihr Gatte im Streitzeitraum einer nichtselbständigen Beschäftigung nach und hielten sie sich im Streitzeitraum auch nicht bereits seit mindestens sechzig Monaten im Bundesgebiet auf. Der Bw., ihrem Gatten sowie den beiden gemeinsamen Kindern wurde jedoch am 10. März 2008 mit Stattgabe der entsprechenden Asylanträge die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt und Asyl gewährt. Für den gegenständlichen Berufungsfall bedeutet dies nun, dass für die Monate August 2004 bis Februar 2008 die Voraussetzungen des § 3 FLAG nicht vorlagen, weshalb die Familienbeihilfe seitens des Finanzamtes zu Recht nicht gewährt werden konnte. Wie sich aus gegenständlichem Sachverhalt ergibt, waren weder die Bw. noch ihr Ehegatte in dem betreffenden Zeitraum im Bundesgebiet bei einem Dienstgeber nichtselbständig beschäftigt noch haben sie sich mit ihren Kindern seit mindestens sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufgehalten und lagen während dieses Zeitraumes auch keine die anhängigen Asylverfahren abschließenden rechtsgültigen Bescheide vor. Wenn der steuerliche Vertreter in diesem Zusammenhang vorbringt ein vorübergehendes Aufenthaltsrecht sei für die Anwendung des § 3 FLAG ohne Relevanz, da diese Bestimmung auf den tatsächlichen Aufenthalt ungeachtet dessen rechtlicher Qualifikation abstelle, so ist dem grundsätzlich zuzustimmen, allerdings übersieht der steuerliche Vertreter dabei, dass auch nach dieser Rechtsansicht nur unter der Voraussetzung eines ständigen Aufenthaltes im Bundesgebiet von mindestens 60 Kalendermonaten ein Anspruch auf Gewährung von Familienbeihilfe besteht. Der Umstand, dass der Bw. sowie den restlichen Familienmitgliedern erst nachträglich, nämlich mit März 2008 Asyl gewährt wurde, ist dabei insoweit nicht entscheidungsrelevant, als die gesetzliche Bestimmung des § 3 Abs. 2 FLAG erst ab dem Zeitpunkt der tatsächlichen Gewährung des Asyls die Anspruchsvoraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe als erfüllt ansieht und diesfalls für davor liegende Zeiträume keinen Familienbeihilfenanspruch normiert. Dieser wäre nämlich nur dann gegeben, wenn ohne Vorliegen eines rechtsgültigen Asylbescheides die gesetzlich normierte Voraussetzung eines ständigen Aufenthaltes im Bundesgebiet im Ausmaß von sechzig Kalendermonaten bzw. eine nichtselbständige Beschäftigung bei einem Dienstgeber im Bundesgebiet vorliegen würde. Weder eine solche Beschäftigung noch ein Aufenthalt in dem entsprechenden Ausmaß liegen jedoch vor, da die Bw. mit ihrer Familie unbestrittenermaßen erstmalig im August 2004 in das Bundesgebiet eingereist ist und im gegenständlichen Zeitraum keiner nichtselbständigen Arbeit nachgegangen ist.

Wie bereits ausgeführt, wurde der Bw. als auch ihrem Ehegatten sowie den beiden Kindern mit 10. März 2008 Asyl gewährt. Die Voraussetzungen für die Gewährung von Familienbeihilfe lagen somit gemäß § 3 Abs. 2 FLAG ab Beginn des Monats März 2008 vor, weshalb für die

Monate März 2008 bis September 2008 die Familienbeihilfe der Bw. seitens des Finanzamtes zu Unrecht verwehrt wurde.

Gemäß § 13 FLAG 1967 hat über Anträge auf Gewährung der Familienbeihilfe das nach dem Wohnsitz oder dem gewöhnlichen Aufenthalt der antragstellenden Person zuständige Finanzamt zu entscheiden. Insoweit einem Antrag nicht oder nicht vollinhaltlich stattzugeben ist, ist ein Bescheid zu erlassen. Dementsprechend war der Bescheid für die Monate März 2008 bis September 2008 ersatzlos aufzuheben.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 7. Juni 2010