



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 14. November 2006 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 3/11 Schwechat Gerasdorf vom 24. Oktober 2006 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe rückwirkend für das Jahr 2004 entschieden:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird abgeändert.

Die Familienbeihilfe wird für den Zeitraum Februar bis April 2004 für die Kinder O.M., geboren am 12. März 2000 und

E.M., geboren am 25. Juli 2001, gewährt.

Dem darüber hinausgehenden Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für die Monate Jänner und Mai bis Dezember 2004 hinsichtlich der Kinder O.M. und E.M. sowie für die Monate September bis Dezember 2004 hinsichtlich des Kindes A.M., geboren am 25. September 2004, wird nicht Folge gegeben.

### **Entscheidungsgründe**

Der Berufungswerber stellte am 26. September 2006 Anträge auf Zuerkennung der Familienbeihilfe für seine drei minderjährigen Kinder (O.M., geboren am 12. März 2000, E.M., geboren am 25. Juli 2001, und A.M., geboren am 25. September 2004). Die Ehepartnerin des Bw. gab die Verzichtserklärung des haushaltführenden Elternteiles auf die ihr gemäß § 2a Abs. 1 FLAG 1967 vorrangig zustehende Familienbeihilfe für die Kinder zugunsten des Bw. ab. Als Datum der Einreise nach Österreich wird in diesen Anträgen der 8. Februar 2004 genannt.

Für alle fünf Familienmitglieder wird die Staatsbürgerschaft mit Russischer Föderation angegeben.

Im Akt befinden sich auszugsweise Kopien der Bescheide des Bundesasylamtes vom 21. Jänner 2005, wonach dem Bw. seiner Gattin und seinen drei Kindern in Österreich Asyl gewährt werde und festgestellt wird, dass ihnen kraft Gesetzes die Flüchtlingseigenschaft zukomme.

Laut Mitteilung vom 22. März 2006 über den Bezug der Familienbeihilfe wurde dem Bw. für seine drei minderjährigen Kinder Familienbeihilfe von Jänner 2005 bis April 2007 gewährt. Das Mehrbegehren (für das Jahr 2004) wurde mit Bescheid vom 24. Oktober 2006 abgewiesen. In der Bescheidbegründung wird ausgeführt, Familienbeihilfe könne erst ab Ausstellung der Flüchtlingsbescheide - am 21. Jänner 2005 - gewährt werden und sei diese auch bereits ab Jänner 2005 gewährt worden.

Gegen den Abweisungsbescheid erhob der Bw. die verfahrensgegenständliche Berufung und führte begründend aus:

“Ich will nicht einsehen, dass ich für meine Kinder nicht rückwirkend für das Jahr 2004 die Familienbeihilfe bekomme. Vor allem vor dem Hintergrund, dass ich einige Leute kenne, die dies sehr wohl bezogen haben – deswegen will ich sichergehen, dass es sich bei der Abweisung meines Antrags um einen Fehler handelt.”

Nach Einholung der Versicherungsdatenauszüge der Österreichischen Sozialversicherung betreffend den Bw. und seine Gattin erließ das Finanzamt eine abweisende Berufungsvorentscheidung und führte in der Begründung aus:

„Für das Jahr 2004 gilt:

Gemäß § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet bei einem Dienstgeber länger als drei Monate beschäftigt sind und Einkünfte aus nichtselbstständiger Tätigkeit erzielen.

Der mit BGBl. I Nr. 142/2004 geänderte § 3 Abs. 2 FLAG 1967 lautet:

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.

Der § 50y Abs. 2 FLAG 1967 bestimmt (Übergangsregelung):

Der § 3 Abs. 2 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 142/2004 tritt 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.

Die Kundmachung erfolgte am 15. Dezember 2004.

Entscheidend ist also, ob bis einschließlich 15. Dezember 2004 Asyl gewährt wurde. Aus den vorgelegten Bescheiden des Bundesasylamtes ist ersichtlich, dass der gesamten Familie am 21. Jänner 2005 Asyl gewährt wurde.

Da die Asylgewährung nach dem Stichtag der Übergangsregelung liegt, ist für die Beurteilung des Zeitpunktes des Beihilfenanspruches bereits die geänderte Rechtslage (gem. BGBl. I Nr. 142/2004) heranzuziehen.

Gemäß diesem geänderten § 3 Abs. 2 FLAG 1967 kann die Familienbeihilfe erst ab dem Monat zuerkannt werden, in dem Asyl nach dem Asylgesetz 1997 gewährt wurde. In Ihrem Fall also ab Jänner 2005.

Der Zeitpunkt der Einreise in das Bundesgebiet (lt. Antrag der 8.2.2004) ist nur hinsichtlich der Erfordernis der Aufenthaltsdauer von durchgehend sechzig Kalendermonaten relevant. Lt. Versicherungsdatenauszug der österreichischen Sozialversicherung waren weder Sie noch Ihre Gattin im Jahr 2004 berufstätig.

Da somit keine der im § 3 FLAG 1967 geforderten Voraussetzungen im Jahr 2004 vorlagen, muss Ihre Berufung als unbegründet abgewiesen werden.“

Daraufhin wurde der Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz ohne weitere Begründung unter Aufrechterhaltung aller bisherigen Anträge eingebbracht.

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

Aus dem Verwaltungsakt (Anträge auf Familienbeihilfe, Bescheide des Bundesasylamtes, Berufung etc.) ergibt sich folgender Sachverhalt:

Der Bw., seine Ehegattin sowie seine drei minderjährigen Kinder, für welche er die Zuerkennung der Familienbeihilfe (auch) für das Jahr 2004 begehrt, sind Staatsangehörige der Russischen Föderation. Sämtliche Familienmitglieder – bis auf das am 25. September 2004 bereits in Österreich geborene Kind A.M. – sind am 8. Februar 2004 nach Österreich eingereist (behördliche Meldung der eingereisten Familienmitglieder ab 27. April 2004).

Laut Versicherungsdatenauszug der Österreichischen Sozialversicherung waren der Bw. vom 10. Februar 2004 bis 12. Juni 2005 und seine Gattin vom 10. Februar 2004 bis 20. Jänner 2005 bei der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse als Asylwerber bzw. Flüchtlinge gemeldet.

Mit Bescheiden des Bundesasylamtes vom 21. Jänner 2005 wurde den Asyl(erstreckungs)-anträgen des Bw. und der genannten Angehörigen stattgegeben und gemäß § 7 bzw. § 11 Abs. 1 Asylgesetz 1997, BGBl. I Nr. 76/1997 idF BGBl. I Nr. 126/2002 (AsylG) (durch Erstreckung) in Österreich Asyl gewährt und gemäß § 12 AsylG festgestellt, dass ihnen kraft Gesetzes die Flüchtlingseigenschaft zukomme.

Der Verwaltungsgerichtshof führt im – einen Beschwerdefall, der einen zum gegenständlichen Berufungsfall vergleichbaren Sachverhalt zum Gegenstand hatte, abschließenden – Erkenntnis vom 8. Februar 2007, 2006/15/0098, aus:

*§ 3 FLAG idF vor der mit dem Pensionsharmonisierungsgesetz, BGBl. I Nr. 142/2004, vorgenommenen Änderung 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 nichtselbstständiger Arbeit oder zufolge einer solchen Beschäftigung Beziehe 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 für Flüchtlinge im Sinne des Art. 1 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951, BGBl. Nr. 55/1955, und des Protokolls über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, BGBl. Nr. 78/1974.*

*(3) Ist der Elternteil, der den Haushalt überwiegend führt (§ 2a 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."*

*Artikel 22 des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004, lautet auszugsweise:*

*"Änderung des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967*

*Das Familienlastenausgleichsgesetz 1967, BGBl. Nr. 376, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 110/2004, wird wie folgt geändert:*

*1. § 3 Abs. 2 lautet:*

*"(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."*

*2. ...*

*3. ...*

*4. Nach § 50x wird folgender § 50y eingefügt:*

*"§ 50y.*

*(1) § 39j Abs. 2 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 142/2004 tritt mit*

*1. Jänner 2005 in Kraft.*

*(2) 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."*

*Vor dem Verwaltungsgerichtshof bringt der Beschwerdeführer vor, nach der Genfer Flüchtlingskonvention habe die Asylgewährung lediglich deklarativen Charakter und wirke auf den Zeitpunkt der Einreise zurück. Dem Beschwerdeführer und seinen Familienangehörigen sei Asyl nach dem Asylgesetz 1997 gewährt worden. Daher seien die Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 FLAG 1967 idF BGBl. I Nr. 142/2004 erfüllt, und zwar rückwirkend ab dem Zeitpunkt der Einreise nach Österreich am 19. März 2003. Dem Gesetzeswortlaut sei nicht zu entnehmen, dass Asylwerbern, denen erst nach dem 15. Dezember 2004 Asyl gewährt worden sei, kein rückwirkender Anspruch auf Familienbeihilfe zukomme. Es könne nicht dem Beschwerdeführer angelastet werden, in welchem Zeitpunkt die Asylbehörden über den Asylantrag entscheiden.*

*Gegenständlich ist unstrittig, dass ein Fall, in dem bis zur Kundmachung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, das ist der 15. Dezember 2004, bereits Asyl gewährt*

worden ist, nicht vorliegt. Auf den Beschwerdefall findet daher die Regelung des zweiten Satzes des § 50y Abs. 2 FLAG 1967 keine Anwendung.

Für den Beschwerdefall ist solcherart von Bedeutung, dass auf Grund der Regelung des ersten Satzes des § 50y Abs. 2 FLAG 1967, die mit dem Pensionsharmonisierungsgesetz vorgenommene Änderung des § 3 Abs. 2 FLAG 1967 mit 1. Mai 2004 in Kraft getreten ist.

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 (siehe die hg. Erkenntnisse vom 29. September 2004, 2000/13/0103, 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). 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 für ein Kind kann somit je nach dem Eintritt von Änderungen der Sach- und/oder Rechtslage von Monat zu Monat anders zu beurteilen sein (siehe das hg. Erkenntnis vom 28. November 2001, 96/13/0076).

Aus dieser Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshof zur Frage der jeweils maßgeblichen Rechtslage ergibt sich für den Beschwerdefall:

Für die Frage, ob im Zeitraum ab Mai 2004 ein Beihilfenanspruch besteht, ist, wie sich dies aus § 50y Abs. 2 erster Satz FLAG 1967 ergibt, § 3 leg. cit. in der durch das Pensionsharmonisierungsgesetz geänderten Fassung maßgeblich, was zur Folge hat, dass der Beihilfenanspruch erst ab der tatsächlichen Asylgewährung (im Beschwerdefall März 2005) besteht.

Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers erweist sich die Rechtsansicht der belangten Behörde als richtig, dass die novellierte Fassung ihrem klaren Wortlaut nach für die Anspruchsvoraussetzungen der Familienbeihilfe darauf abstellt, ob tatsächlich bereits Asyl gewährt worden ist.

Für vor dem Mai 2004 liegende Zeiträume (im Beschwerdefall für den Zeitraum März 2003 bis April 2004) richtet sich der Beihilfenanspruch hingegen nach § 3 FLAG 1967 in der Fassung vor der durch das Pensionsharmonisierungsgesetz vorgenommenen Änderung, was zur Folge hat, dass auf die Eigenschaft als Flüchtlinge im Sinne des Art. 1 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951, BGBl. Nr. 55/1955, und des Protokolls über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, BGBl. Nr. 78/1974, abzustellen ist.

Die belangte Behörde hat sohin in Bezug auf den Beihilfenanspruch für den Zeitraum März 2003 bis April 2004 die Rechtslage verkannt, indem sie auch für diesen Zeitraum darauf abgestellt hat, ob tatsächlich bereits Asyl gewährt worden ist. Der angefochtene Bescheid

*erweist sich daher in diesem Umfang als mit Rechtswidrigkeit des Inhaltes belastet und war somit insoweit gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben. Im Übrigen war die Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen."*

Auch im gegenständlichen Berufungsfall lag bis zur Kundmachung des Pensionsharmonisierungsgesetzes am 15. Dezember 2004 eine Asylgewährung nicht vor. Diese erfolgte erst mittels Bescheiden vom 21. Jänner 2005.

Somit galt als Anspruchsvoraussetzung der Familienbeihilfe im Zeitraum ab Mai 2004 die novellierte Fassung des § 3 Abs 2 FLAG 1967, deren klaren Wortlaut nach auf die tatsächliche Asylgewährung (eben erst mit 21. Jänner 2005) abgestellt wird.

Der Beihilfenanspruch bestand folglich von Mai bis Dezember 2004 nicht.

Ab Jänner 2005, dem Monat, in welchem die Asylbescheide erlassen wurden und somit die Anspruchsvoraussetzungen nach der neuer Rechtslage erfüllt waren, wurde Familienbeihilfe bereits gewährt.

Zur Gewährung der Familienbeihilfe für vor dem Mai 2004 liegende Zeiträume (im vorliegenden Berufungsfall für Februar 2004 - dem Monat der Einreise nach Österreich - bis April 2004, und zwar hinsichtlich der Kinder O.M. und E.M.; A.M. wurde erst am 25. September 2004 geboren, also erst im zeitlichen Geltungsbereich der novellierten Rechtslage), ist der Beihilfenanspruch nach § 3 FLAG 1967 in der Fassung vor der durch das Pensionsharmonisierungsgesetz vorgenommenen Änderung zu beurteilen. Dem § 3 Abs. 2 FLAG 1967 in dieser Fassung gemäß war auf die Eigenschaft als Flüchtlinge im Sinne des Art. 1 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951, BGBl. Nr. 55/1955, und des Protokolls über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, BGBl. Nr. 78/1974, abzustellen.

Zur Gewährung der Familienbeihilfe nach der alten Rechtslage führte der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 24.6.2004, 2001/15/0051, aus:

*Gemäß Art. 1 Abschnitt A Z 2 der Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, BGBl. Nr. 55/1955, in Verbindung mit Art. I des Protokolls über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, BGBl. Nr. 78/1974, ist als Flüchtling im Sinne des Abkommens anzusehen, wer sich aus wohlgegründeter Furcht, aus Gründen der Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder der politischen Gesinnung verfolgt zu werden, außerhalb seines Heimatlandes befindet und nicht in der Lage oder im Hinblick auf diese Furcht nicht gewillt ist, sich des Schutzes dieses Landes zu bedienen. ...*

*Gemäß § 2 des im Streitzeitraum ... geltenden Asylgesetzes 1997 erlangen bestimmte Fremde nach den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes Asyl und die Feststellung, dass sie damit kraft Gesetzes Flüchtlinge sind. Die Entscheidung, mit der Fremden auf Grund Asylantrages*

*oder auf Grund Asylerstreckungsantrages Asyl gewährt wird, ist gemäß § 12 leg. cit. mit der Feststellung zu verbinden, dass dem Fremden damit kraft Gesetzes die Flüchtlingseigenschaft zukommt. §§ 4 und 5 Asylgesetz 1997 enthalten Bestimmungen, nach denen Flüchtlingen kein Asyl zu gewähren ist (Drittstaatsicherheit, vertragliche Unzuständigkeit Österreichs).*

Im gegenständlichen Fall ergingen am 21. Jänner 2005 Bescheide des Bundesasylamtes, mit welchen den Familienmitgliedern Asyl gewährt und ihre Flüchtlingseigenschaft festgestellt wurde. Außerdem war laut Versicherungsdatenauszug der Österreichischen Sozialversicherung die Meldung des Bw. und seiner Gattin im Jahr 2004 zwei Tage nach der Einreise bei der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse als Asylwerber bzw. Flüchtlinge erfolgt.

Auf dieser Basis bietet sich kein Anhaltspunkt, nicht von der Flüchtlingseigenschaft des Bw. und seiner Angehörigen im Sinne des Art. 1 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951, BGBl. Nr. 55/1955, und des Protokolls über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, BGBl. Nr. 78/1974, auszugehen, und zwar bereits im Zeitpunkt der Einreise nach Österreich.

Dem Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für die betreffenden Kinder des Bw. (O.M. und E.M.) ab dem Monat der Einreise nach Österreich (Februar) bis April 2004 war daher auf Basis der alten Rechtslage stattzugeben.

Für Jänner 2004 kommt eine Gewährung der Familienbeihilfe keinesfalls in Betracht, da die Einreise nach Österreich erst im Februar erfolgt ist und daher im Jänner 2004 nicht einmal der gewöhnliche Aufenthalt des Bw. und seiner Angehörigen in Österreich gegeben war.

Wien, am 9. Oktober 2007