



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vom 13. November 2011 gegen den Bescheid des Finanzamtes A. vom 11. Oktober 2011 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe "ab Dezember 2004" entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Mit Antrag vom 3. Oktober 2011 begehrte die Berufungswerberin (kurz Bw.) beim Finanzamt die Zuerkennung der Familienbeihilfe für ihre Tochter B. (geb. 0.0.2004) ab dem Jahr 2004. Im Antragsformular erklärte die Beihilfenwerberin, dass sie gemeinsam mit ihrem genannten Kind am 25.12.2004 nach Österreich eingereist sei.

Diesen Antrag wies das Finanzamt mit Bescheid vom 11. Oktober 2011 "ab Dezember 2004" ab. Begründend führt die Abgabenbehörde I. Instanz darin zusammengefasst sinngemäß aus, dass eine rückwirkende Zuerkennung der Beihilfe lediglich höchstens fünf Jahre mit Beginn jenes Monats der Antragstellung erfolgen könne. Des Weiteren sei für nicht österreichische StaatsbürgerInnen nach den Bestimmungen des § 3 Abs. 1 und 2 FLAG sowohl für das Kind als auch für einen Beihilfenwerber Voraussetzung, dass sich diese nach den Bestimmungen der §§ 8 und 9 NAG rechtmäßig in Österreich aufhalten würden.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die Berufung vom 13.11.2011. In diesem Schriftsatz verweist die Bw. darauf, dass nach der Judikatur des VwGH für jene Fälle, in denen

Asylanträge noch vor dem 1. Jänner 2006 gestellt und mit 31. Dezember 2005 noch anhängig gewesen wären, die Bestimmungen des § 3 FLAG in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes Anwendung fänden. In dieser Fassung bestimme § 3 Abs. 2 FLAG für die anspruchsberechtigte Person lediglich, dass sich diese seit mindestens sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufgehalten hat. Da die Bw. ihren Asylantrag mit 25. August 2003 gestellt und sich seither ständig in Österreich aufgehalten hätte, stehe ihr nach ihrer Beurteilung die Familienbeihilfe für ihre Tochter zu. Bei Anwendung dieser Bestimmung des FLAG idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes sei es daher rechtlich nicht von Belang, welche Art einer Aufenthaltsbewilligung vorliege bzw. eine solche überhaupt fehle. Auch nehme es keinen Einfluss wann und wie in der Folge der Antrag auf Gewährung von Asyl letztendlich abgeschlossen werde.

Das Finanzamt legte den Akt ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung dem Unabhängigen Finanzsenat (kurz UFS) als Abgabenbehörde II. Instanz zur Entscheidung vor. Der UFS teilte der Bw. mit Vorhalt vom 21. November 2012 das bislang vorliegende Ermittlungsergebnis, sowie den nach der Aktenlage anzunehmenden Sachverhalt mit und räumte ihr die Gelegenheit zur Gegenäußerung ein. Dieser Vorhalt blieb innerhalb der gesetzten Frist bzw. bis zum Ergehen dieser Berufungsentscheidung unbeantwortet.

Über die Berufung wurde erwogen:

Dem anhängigen Verfahren wird nach der gegebenen Aktenlage folgender Sachverhalt zugrunde gelegt:

Die Bw. und ihre Tochter verfügen über eine Staatsbürgerschaft der Russischen Föderation. Das Asylverfahren der Bw. in Österreich wurde bereits vor dem Jahreswechsel 2005/2006 eingeleitet und letztendlich darüber rechtskräftig durch Zurückziehung ihrer Berufung beim Bundesasylamt im Februar 2009 abweisend entschieden. Gleichzeitig beantragte die Bw. mit der Zurückziehung ihrer Berufung im Februar 2009 beim Bundesasylamt die Zuerkennung des Status der subsidiären Schutzberechtigung. Auch über dieses Verfahren wurde folglich vom Bundesasylamt negativ entschieden. Die Bw. vertritt die Ansicht, dass ihr auf Grund der Bestimmungen des § 3 Abs. 2 FLAG idF des BGBI 142/2004 für ihr genanntes Kind die Familienbeihilfe ab Dezember 2004 zustünde.

Die maßgeblichen, hier anzuwendenden Rechtsvorschriften lauten:

§ 3 FLAG in der bis zum 31.12.2005 (BGBI 142/2004) gültigen Fassung

(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.

(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.

Ab 1.1.2006 (BGBl 100/2005) lautete § 3 FLAG wie folgt:

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

Mit BGBl 168/2006 wurde der § 3 FLAG rückwirkend mit In-Kraft treten 1.7.2006 wie folgt geändert:

(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), BGBl. 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.

(4) Abweichend von Abs. 1 haben Personen, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde, Anspruch auf Familienbeihilfe, sofern sie keine Leistungen aus der Grundversorgung erhalten und unselbständig oder selbständig erwerbstätig sind. Anspruch besteht auch für Kinder, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde.

(5) In den Fällen des Abs. 2, Abs. 3 letzter Satz und Abs. 4 letzter Satz wird für nachgeborene Kinder die Familienbeihilfe rückwirkend gewährt. Gleiches gilt für Adoptiv- und Pflegekinder, rückwirkend bis zur Begründung des Mittelpunktes der Lebensinteressen im Bundesgebiet (§ 2 Abs. 8) durch den Elternteil und das Kind. Als nachgeborene Kinder gelten jene Kinder, die nach dem Zeitpunkt der Erteilung des Aufenthaltstitels oder der Zuerkennung des Status des Asylberechtigten oder subsidiär Schutzberechtigten an den zusammenführenden Fremden geboren werden.

§ 55 FLAG:

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.

§ 10 Abs. 3 FLAG:

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

Die Bestimmung des § 10 Abs. 3 FLAG ermöglicht eine rückwirkende Gewährung der Beihilfe höchstens für fünf Jahre mit Beginn des Monats der Antragstellung. Die Bw. reichte ihren Beihilfenantrag beim Finanzamt im Oktober 2011 ein, wodurch für jene Monate, die vor Oktober 2006 liegen, ein etwaiger Beihilfenanspruch bereits erloschen ist.

Bezüglich der Anwendung der Bestimmungen des § 3 in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes ist auf die Judikatur des VwGH (vgl. z.B. 2007/15/0170) zu verweisen. Im bezeichneten Erkenntnis trifft das genannte Höchstgericht folgende

Feststellung: "§ 55 FLAG verknüpft das Inkrafttreten des § 3 FLAG in der Fassung des Fremdenrechtspaketes 2005 mit den Übergangsbestimmungen des NAG und jenen des Asylgesetzes 2005. § 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 BGBI. I Nr. 168/2006, mit Wirkung ab 1. Juli 2006 vorgenommenen Änderungen - zunächst noch in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBI. I Nr. 142/2004, zur Anwendung."

Für das anhängige Verfahren ist folglich bis zum rechtskräftigen Abschluss des Asylverfahrens im Februar 2009, § 3 FLAG noch idF des BGBI 142/2004 anzuwenden. Diesbezüglich knüpfte der Gesetzgeber nach Abs. 2 leg cit eine Anspruchsberechtigung der Beihilfe für nicht österreichische StaatsbürgerInnen an einen mindestens fünfjährigen ständigen Aufenthalt im Bundesgebiet. Der Begriff des ständigen Aufenthaltes in der vorgenannten Regelung entsprach jenem des "gewöhnlichen Aufenthalts" iS des § 26 Abs. 2 BAO (vgl. auch Aigner/Wanke in *Csaszar/Lenneis/Wanke*, FLAG, § 3 Rz. 18). Dieser verlangt grundsätzlich die körperliche Anwesenheit des Betreffenden, wobei lediglich vorübergehende Abwesenheiten den gewöhnlichen Aufenthalt nicht unterbrechen (vgl. Ritz, BAO⁴, § 26 Tz 13 und die dort zitierte Judikatur).

Während die Bw. in ihrem Berufungsschriftsatz behauptet, dass sie sich seit Stellung ihres ersten Asylantrages – somit bereits seit 25. August 2003 – ständig in Österreich aufhalten würde, widerspricht diese Angabe ihrer eigenen Erklärung im Beihilfenantrag, in dem sie auf eine Einreise nach Österreich mit ihrer Tochter am 25. Dezember 2004 verweist. Auch aus dem Versicherungsdatenauszug der Bw. ergibt sich für den Zeitraum vom 20.10.2003 bis 28.12.2004 eine Lücke in Österreich, welche sich auch durch die Daten des Zentralen Melderegisters (kein Wohnsitz in Österreich vom 16.12.2003 bis einschließlich 9.1.2005) bestätigt. Die Tochter der Bw. ist in der Schweiz geboren und verfügte gemeinsam mit ihrer Mutter über einen entsprechenden Wohnsitz im zuletzt genannten Land. Der Sachverhaltsdarstellung im Asylverfahren der Bw. (vgl. diesbezüglich die Ausführungen im Bescheid des Bundesasylamtes vom 9.9.2010, Aktenzahl: 000) ist zu entnehmen, dass die Bw. in der Schweiz im Dezember 2003 einen Asylantrag stellte, über den in der Folge rechtskräftig negativ entschieden wurde. Danach beantragte die Bw. mit 28.12.2004 in Österreich neuerlich Asyl. Nach der vorliegenden Aktenlage ergibt sich für die Bw. somit ein etwa einjähriger Auslandsaufenthalt der jedoch als ständiger Aufenthalt im Ausland anzusehen ist (vgl. auch VwGH vom 26.1.2012, 2012/16/0008).

Im Vorhalt des UFS vom 21. November 20012 wurden die vorstehenden behördlichen Ermittlungsergebnisse der Bw. zur Kenntnis gebracht und ihr u.a. mitgeteilt, dass dadurch für die Berechnung der fünfjährigen ständigen Aufenthaltsdauer in Österreich erst der 28.12.2004 zugrunde zu legen ist. Dieser Vorhalt blieb von der Bw. unbeantwortet. Entgegen dem Einwand der Bw. in ihrem Berufungsschriftsatz lag folglich ein sechzig Monate umfassender ständiger Aufenthalt in Österreich bis zum rechtskräftigen Abschluss (Februar 2009) des – vom Bundesasylamt zu einem Verfahren zusammengeführten – Asylverfahrens nicht vor. Die in § 3 Abs. 2 FLAG idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes geforderten Voraussetzungen wurden folglich von der Bw. nicht erfüllt, wodurch für den Zeitraum Dezember 2004 bis Februar 2009 kein Beihilfenanspruch bestand.

Nach rechtskräftigem Abschluss des Asylverfahrens kommt jedoch § 3 idF des Fremdenrechtspaketes (vgl. auch z.B. UFS, RV/0805-G/08) zur Anwendung. Dass nach diesen Regelungen die Voraussetzungen für einen Beihilfenbezug vorliegen würden, bringt selbst die Bw. im anhängigen Verfahren bislang nicht vor.

Abschließend ist daher festzustellen, dass das Finanzamt der Bw. zu Recht die Gewährung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages verwehrte. Es war daher – wie im Spruch ausgeführt – zu entscheiden.

Linz, am 9. Jänner 2013