



UNABHÄNGIGER  
FINANZSENAT

Außenstelle Klagenfurt  
Senat 2

GZ. RV/0387-K/12

## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des CM, H, vertreten durch Dr. Walter Vasoll, Rechtsanwalt, 9620 Hermagor, Riedergasse 3/15, vom 21. Oktober 2011 gegen den Bescheid des Finanzamtes Spittal Villach vom 21. September 2011 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für die Kinder HC (geb. 1) MC (geb. 2), SC (geb. 3) für die Zeiträume Jänner 2004 – Juni 2006 und Juli 2006 bis Februar 2009 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.), ein russischer Staatsbürger, stellte am 22. Juni 2004 einen Asylantrag. Mit Bescheid des Asylgerichtshofes vom 20. März 2009 wurde ihm in Österreich Asyl gewährt und kommt ihm kraft Gesetzes die Flüchtlingseigenschaft zu.

Der Bw. bezieht für die Kinder SHM ab März 2009 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge.

Im Juli 2011 stellte der Bw. einen Antrag auf rückwirkende Gewährung der Familienbeihilfe ab 2004. Dem Antrag legte der Bw. die stattgebenden Erkenntnisse des Asylgerichtshofes vom 20. März 2009 bei.

In Erfüllung des Ergänzungsersuchens vom 2. August 2011, übermittelte der Bw. Kopien der Bescheidsprüche des Bundesasylamtes. Darin wurde der Asylantrag des Bw. (und seiner Familie) vom 22. Juni 2004 nach [§ 7 Asylgesetz 1997](#) abgewiesen.

Das Finanzamt wies den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für die o.a. Kinder mit Bescheid vom 21. September 2011 für die Zeiträume Jänner 2004 bis Juni 2006 und Juli 2006 bis Februar 2009 ab. Begründend wurde zunächst ausgeführt, dass die Familienbeihilfe höchstens für fünf Jahre rückwirkend vom Beginn der Antragstellung gewährt werde. Darüber hinaus wurde auf das Asylgesetz 2005 verwiesen. Danach haben Personen, denen nach dem Asylgesetz Asyl gewährt werde Anspruch auf Familienbeihilfe auch für jene Kinder, denen ebenfalls Asyl nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt worden sei. Maßgebend für den Beginn des Beihilfenanspruches sei jener Monat, in dem sowohl die antragstellende Person als auch das Kind über den Asylstatus verfügten. Dieser müsse durch Vorlage positiver Asylbescheide dokumentiert werden.

Der Bw. brachte gegen den Abweisungsbescheid Berufung mit folgender Begründung ein:

"Die Abweisung erfolgte zu Unrecht. Der Bw. hat am 22.6.2004 sowohl für sich, als auch für seine drei Kinder Asylanträge gestellt. Mittels Schreiben des Bundesasylamtes vom 10.12.2004 wurden die Asylanträge zunächst zwar abgewiesen, allerdings wurde in weiterer Folge den Beschwerden durch den Asylgerichtshof stattgegeben und dem Bw. und seinen drei Kindern mit Erkenntnis vom 20.3.2009 Asyl gewährt, wobei die Asylgewährung jedenfalls auf den Zeitpunkt der Antragstellung, somit den 22.6.2004 zurückwirkt. Sowohl der Bw., als auch seine drei Kinder verfügen daher jedenfalls bereits seit 22.6.2004 über den Asylstatus, weshalb auch ab diesem Datum der Anspruch auf Familienbeihilfe entstanden ist.

Eine diesbezüglich anders lautende Beurteilung durch die Erstbehörde verletzt den Bw. in seinen subjektiven Rechten und stellt eine massive Ungleichbehandlung gegenüber österreichischen Staatsbürgern dar.

Zudem ist § 55 FLAG dahingehend zu verstehen, dass § 3 FLAG idF Fremdenrechtspaket 2005 für Personen, denen gegenüber gem. [§ 75 Asylgesetz 2005](#) das Asylverfahren noch nach dem Asylgesetz 1997 abgeführt wird, auch für Zeiträume ab 1.1.2006 nicht anzuwenden ist. Für diesen Personenkreis kommt daher § 3 FLAG – unbeschadet der durch BGBl I Nr. 168/2006, mit Wirkung ab 1.7.2006 vorgenommenen Änderungen – zunächst noch in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl Nr. 142/2004 zur Anwendung (VwGH 2007/15/0170). Da das Asylverfahren hinsichtlich des Bw. und seiner drei Kindern am 31.12.2005 bereits anhängig war, war dieses nach den Bestimmungen des Asylgesetzes 1997 zu Ende zu führen (§ 75 Abs. 1 Asylgesetz 2005).

Gemäß der Rechtsprechung des VwGH haben daher Asylwerber, die vor 2006 einen Antrag auf Asyl gestellt haben, sehr wohl Anspruch auf Familienbeihilfe, Alleinverdienerabsatzbetrag und Mehrkindzuschlag.

Gemäß dem Erkenntnis des VwGH vom 15.1.2008, 2007/15/0170 haben Asylwerber, deren Asylverfahren am 31.12.2005 bereits anhängig war, Anspruch auf Familienbeihilfe.

Im gegenständlichen Fall ist das Asylverfahren bereits seit 22.06.2004 anhängig, weshalb der Bw. ab diesem Zeitpunkt für seine 3 Kinder Anspruch auf Familienbeihilfe hat, dies zumindest für 5 Jahre rückwirkend ab Antragstellung, somit ab Juli 2006."

Das Finanzamt wies die Berufung mit Berufungsvorentscheidung vom 4. Juni 2012 mit folgender Begründung ab:

"Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 2005, BGBl Nr. 100/2005, gewährt wurde, haben Anspruch auf Familienbeihilfe auch für jene Kinder, denen ebenfalls Asyl nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde. Maßgebend für den Beginn des Beihilfenanspruches ist jener Monat, in dem sowohl die antragstellende Person als auch das Kind über den Asylstatus verfügen. Dieser muss durch Vorlage positiver Asylbescheide dokumentiert werden.

Laut jüngster Judikatur des VwGH kann in jenen Fällen, in denen wegen eines vor 2006 bereits anhängigen Asylantrages [§ 3 FLAG 1967](#) "alt" in der vor 2006 geltenden Fassung BGBl I Nr. 142/2004 anzuwenden ist, auch [§ 3 Abs. 2 FLAG 1967](#) in Folge eines mindestens 60 Kalendermonate dauernden Aufenthalts in Österreich einen Familienbeihilfenanspruch begründen. Dies, da es nur auf den tatsächlichen ständigen Aufenthalt im Sinne von [§ 26 Abs. 2 BAO](#) ankommen, und nicht auf eine Berechtigung zum dauernden Aufenthalt.

Sie sind am 22.6.2004 nach Österreich mit Ihrer Familie eingereist und haben um Asyl angesucht. Die Flüchtlingseigenschaft wurde vom Asylgerichtshof mit 20.3.2009 zuerkannt. Ihr Antrag um Asylgewährung wurde bereits innerhalb von 60 Kalendermonaten erledigt. Daher besteht keine gesetzliche Grundlage ihnen die Familienbeihilfe ab Juni 2004 zu gewähren (vgl. VwGH 12.10.2009/2009/16/0208 ua.)."

Der steuerliche Vertreter stellte am 6. Juni 2012 einen Vorlageantrag. Er führte aus, dass es wohl nicht zu Lasten des Bw. gehen könne, dass die Entscheidung über den Asylantrag fast fünf Jahre, nämlich von 22.06.2004 bis 20.3.2009, gedauert habe. Zudem sei dem Bw. und seinen drei Kindern mit Erkenntnis vom 20.03.2009 rückwirkend Asyl ab 22.06.2004 gewährt worden, weshalb auch die Familienbeihilfe rückwirkend ab 22.06.2004 zu gewähren sei, da der Bw. und seine drei Kinder ab diesem Zeitpunkt über den Asylstatus verfügten.

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

Folgender Sachverhalt wird als erwiesen angenommen:

Der Bw. reiste am 22.06.2004 mit seiner Gattin und den gemeinsamen Kindern nach Österreich ein. Im gleichen Monat stellten er, seine Gattin und die Kinder Asylanträge. Das Bundesasylamt wies die Asylanträge mit Bescheiden vom 10.12.2004 ab. Dagegen erhob der Bw. Beschwerde. Mit Erkenntnis des Asylgerichtshofes vom 20. März 2009 wurde den Beschwerden stattgegeben und dem Bw. (sowie seinen Familienangehörigen) in Österreich Asyl gewährt. Ihnen kommt kraft Gesetzes die Flüchtlingseigenschaft zu.

Der Bw. ist seit 5. Juli 2004 in Österreich gemeldet. Der Bw. und seine Gattin sind in der Zeit von Juni 2004 bis 21. Juli 2010 keiner Beschäftigung nachgegangen, aus der sie Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit bezogen hätten.

Der Bw. begeht im Antrag von 7. Juli 2011 Familienbeihilfe für den Zeitraum Jänner 2004 – Februar 2009 für die drei Kinder.

Strittig ist die Frage, ob dem Bw. für den Zeitraum Jänner 2004 bis Februar 2009 die 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.

### **Zeitraum Jänner 2004 – Juni 2006:**

Nach § 10 Abs. 3 FLAG werden die Familienbeihilfe und die erhöhte Familienbeihilfe für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4) höchstens für fünf Jahre rückwirkend vom Beginn des Monats der Antragstellung gewährt.

Der Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe wäre für diesen Zeitraum zurückzuweisen gewesen. Der Bw. hat den Familienbeihilfenantrag im Juli 2011 gestellt. Nach der o.a. Gesetzesstelle ist inhaltlich demnach ab Juli 2006 abzusprechen; der Antrag für den Zeitraum davor (Jänner 2004 bis Juni 2006) wäre zurückzuweisen gewesen. Zu bedenken ist überdies, dass der Bw. erst im Juni 2004 nach Österreich eingereist ist.

Dass das Finanzamt den Zeitraum Jänner 2004 bis Juni 2006 abgewiesen anstatt zurückgewiesen hat, wird vom Unabhängigen Finanzsenat aber als "nicht schädliches Vergreifen" im Ausdruck zu werten, da in der Begründung auf § 10 Abs. 3 FLAG Bezug genommen wird.

### **Zeitraum Juli 2006 bis Februar 2009:**

Für die Beantwortung der Frage, ob die Familienbeihilfe für diesen Zeitraum zusteht, muss erst geklärt werden, welche Fassung des § 3 FLAG zur Anwendung gelangt.

Durch das "Fremdenrechtspaket 2005" BGBl. 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, BGBl. I Nr. 142/2004, (vor der Neufassung durch das Fremdenrechtspaket 2005) lautete 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."

Nach § 54 wird folgender [§ 55 FLAG 1967](#) angefügt:

§ 55. Die §§ 2 Abs. 8 erster Satz und 3 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 100/2005, treten 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, 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), BGBl. 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.

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

[§ 55 FLAG 1967](#) ist dahingehend zu verstehen, dass [§ 3 FLAG 1967](#) in der Fassung des Fremdenrechtspakete 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.

Im gegenständlichen Fall hat der Bw. im Juni 2004 einen Asylantrag für sich und die Kinder, welche gemeinsam mit ihm 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 drei Kinder ist daher § 3 FLAG idF des BGBl. 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 dem Sachverhalt ergibt, gingen weder der Bw. noch seine Gattin im Streitzeitraum einer nichtselbständigen Beschäftigung nach und hielten sich im Streitzeitraum auch nicht bereits seit sechzig Monaten im Bundesgebiet auf. Dem Bw. und seiner Familie

wurde am 20. März 2009 mit Stattgabe der Asylanträge die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt und Asyl gewährt.

Für den Berufungsfall bedeutet dies, dass für die Monate Juli 2006 bis Feber 2009 die Voraussetzungen des § 3 FLAG nicht vorlagen, weshalb die Familienbeihilfe seitens des Finanzamtes zu Recht nicht gewährt werden konnte. Wie sich aus dem Sachverhalt ergibt, waren weder der Bw. noch seine Ehegattin im betreffenden Zeitraum im Bundesgebiet bei einem Dienstgeber nichtselbstständig 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.

Die Ansicht des Bw., wonach mit dem stattgebenden Erkenntnis des Asylgerichtes vom 20. März 2009 die Asylgewährung jedenfalls auf den Zeitpunkt der Antragstellung (22.6.2004) zurückwirke, trifft nicht zu. Maßgebend ist der Zeitpunkt der tatsächlichen Asylgewährung ob durch das Bundesasylamt oder durch den Unabhängigen Bundesasylsenat (UBAS) bzw. nunmehr durch den Asylgerichtshof, auch wenn im Instanzenzug einer Berufung bzw. Beschwerde gegen einen abweisenden Erstbescheid Folge gegeben wird (Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 3, Rz 263ff).

Ob das Abstellen auf den Zeitpunkt eines (positiven) Asylbescheides eine massive Ungleichbehandlung des Bw. gegenüber den österreichischen Staatsbürgern darstelle, sei dahingestellt. Der Unabhängige Finanzsenat hat sich an die Gesetze zu halten und nicht darüber zu befinden hat, ob ein Gesetz verfassungswidrig ist. Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes ist dem Verfassungsgerichtshof vorbehalten.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Klagenfurt am Wörthersee, am 23. Oktober 2013