



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch Hofbauer & Wagner Rechtsanwälte KG, 3100 St. Pölten, Riemerplatz 1, gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 2/20/21/22 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum 1. Mai 2004 bis 30. November 2005 und Zurückweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum 1. September 2001 bis 31. Dezember 2003 entschieden:

Die Berufung wird abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Die Berufungswerberin (Bw.) stellte am 28.1.2009 den Antrag auf Familienbeihilfe ab 4.9.2001 für ihren 1993 geborenen Sohn M..

Der Bw. und ihrem Sohn wurde mit Bescheid des UBAS vom 5.12.2005 Asyl gewährt.

Aus diesem Bescheid ist zu entnehmen, dass die Bw. und ihr Sohn am 4.9. 2001 nach Österreich eingereist sind und gleichen Tags Asyl beantragt haben.

Gegen den abschlägigen Bescheid des Bundesasylamtes vom 10.5.2002 erhob die Bw. Berufung an den UBAS, der diese positiv beschied.

In einer Vorhaltsbeantwortung gab die Bw. an, dass sie im Zeitraum Mai 2004 bis Dezember 2005 Asylwerberin war und keiner Berufstätigkeit nachging.

Das deckt sich mit dem Sozialversicherungsauszug der Bw., dem zufolge die Bw. von 6.9.2001 bis 8.4.2006 als Asylwerberin bzw. Flüchtling gemeldet war.

Der Gatte der Bw. war lt. Sozialversicherungsauszug ebenfalls von 6.9.2001 bis 8.4.2006 als Asylwerber bzw. Flüchtling gemeldet und ging keiner Erwerbstätigkeit nach.

Der Antrag der Bw. wurde vom Finanzamt mit Bescheid vom 8.4.2009 für den Zeitraum Mai 2004 bis November 2005 abgewiesen und für den Zeitraum September 2001 bis Dezember 2003 als verspätet zurückgewiesen, da eine rückwirkende Gewährung von Familienbeihilfe nur für 5 Jahre möglich ist.

Die Bw. erhob gegen diesen Bescheid am 21.4.2009 Berufung. Unter Hinweis auf die Judikatur des VwGH ( 2007/15/0170 vom 15.1.2008) argumentierte die Bw. dahingehend, dass § 3 FLAG noch in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004 zur Anwendung gelange und die Familienbeihilfe für die Zeiträume September 2001 bis Dezember 2003 und Mai 2004 bis November 2005 zustünde.

Das Finanzamt wies in seiner abschlägigen BVE vom 16.9.2009 erneut darauf hin, dass gemäß § 10 Abs. 3 FLAG 1967 die Familienbeihilfe ab Antragsstellung höchstens für fünf Jahre rückwirkend zu gewähren ist. Weiters hätten Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, gemäß § 3 Abs. 1 FLAG in der bis 31.12.2005 geltenden Fassung, dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet bei einem Dienstgeber beschäftigt sind. Da die Bw. im fraglichen Zeitraum keiner Beschäftigung nachging, erfolgte die Abweisung zu Recht.

Die Bw. stellte am 30.9.2009 den Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde 2. Instanz. Weitere Ausführungen enthält der Antrag nicht.

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

Laut § 10 Abs. 3 FLAG 1967 ist die Familienbeihilfe höchstens für fünf Jahre rückwirkend vom Beginn des Monats der Antragstellung zu gewähren.

Es ist im gegenständlichen Verfahren völlig unstrittig, dass die Bw. den Antrag auf rückwirkende Gewährung der Familienbeihilfe am 28.1.2009 gestellt hat.

Die fragliche Bestimmung wurde weder durch das Pensionsharmonisierungsgesetz 2004 noch durch das Fremdenrechtspaketes 2005 geändert, daher ist nicht einsichtig, weswegen und inwieweit der Bestimmung des § 55 FLAG diesfalls Relevanz zukommen sollte. Die Bw. macht

weder in der Berufung noch im Vorlageantrag Anstalten sich mit der Rechtsansicht des Finanzamtes auch nur ansatzweise auseinander zu setzen. Nachvollziehbare Argumente, weshalb die Bestimmung des § 10 Abs. 3 FLAG nicht zur Anwendung gelangen sollte, sind den Schriftsätzen nicht zu entnehmen.

Ein im Jänner 2009 eingebrachter Antrag auf rückwirkende Gewährung der Familienbeihilfe kann sich, nach der unmissverständlichen Formulierung des § 10 Abs. 3 FLAG 1967, **höchstens fünf Jahre zurück** erstrecken. Damit kann ein Familienbeihilfenanspruch maximal ab Jänner 2004 gelten gemacht werden. Für davor liegende Zeiträume – im streitgegenständlichen Fall für September 2001 bis Dezember 2003 - ist ein erst im Jänner 2009 gestellter Antrag jedenfalls verspätet. Es ist daher insoweit spruchgemäß zu entscheiden.

§ 3 Abs. 1 FLAG 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 nichtselbständiger Arbeit beziehen 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. (BGBl 1976/646 gültig ab 1978).

§ 3 Abs. 2 FLAG (idF BGBl 1976/646 **gültig** ab 1978 **bis 30.4.2004**) lautet: Abs. 1 gilt nicht für Personen, die sich seit mindestens sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten, sowie für Flüchtlinge im Sinne des Art. 1 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1955, BGBl. Nr. 55/1955, und des Protokolls über die Rechtsstellung von Flüchtlingen, BGBl. Nr. 78/1974.

§ 3 Abs. 2 FLAG i.d.F. des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004, gemäß § 50y Abs. 2 FLAG in Kraft seit **1. Mai 2004** „davon ausgenommen sind jene Fälle, in denen bis einschließlich des Tages der Kundmachung dieses Bundesgesetzes Asyl nach dem Asylgesetz 1997 gewährt wurde.“ lautet:

Abs. 1 gilt nicht für Personen, die sich seit mindestens sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten, sowie für **Personen denen Asyl nach dem Asylgesetz 1997 gewährt wurde**.

Gemäß § 55 Abs. 1 FLAG treten die §§ 2 Abs. 8 erster Satz und **3** in der Fassung des BGBl. I Nr. 100/2005 mit 1. Jänner 2006, nach Maßgabe der Übergangsbestimmungen des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), sowie des Asylgesetzes 2005 in Kraft.

Der Verwaltungsgerichtshof (VwGH v 15.1.2008, ZI. 2007/15/0170) hat ausgeführt, dass die Übergangsbestimmung des § 55 FLAG dahingehend zu verstehen ist, dass § 3 FLAG i.d.F. des Fremdenrechtspaketes 2005 für Personen, denen gegenüber gemäß § 75 Asylgesetz 2005 das Asylverfahren **noch** nach dem Asylgesetz 1997 **abgeführt wird**, auch für Zeiträume **ab 1. Jänner 2006** nicht anzuwenden ist. Für diesen Personenkreis kommt daher § 3 FLAG noch in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes 2004 zur Anwendung.

Das bedeutet, dass für Asylwerber, deren Verfahren noch nicht abgeschlossen ist und das noch nach Asylgesetz 1997 abzuführen ist, und zwar nur hinsichtlich § 3 FLAG, auch nach dem 1.1.2006, die alter Rechtslage (Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004) zur Anwendung gelangt. Das Asylverfahren der Bw. wurde mit Bescheid des UBAS vom 5.12.2005 endgültig erledigt und der Bw. Asyl nach Asylgesetz 1997 gewährt. Es gibt also nach diesem Zeitpunkt kein Verfahren mehr, das noch nach dem Asylgesetz 1997 abzuführen wäre und zudem sind Zeiträume nach dem 1. Jänner 2006 ohnedies nicht streitanhängig. Diese Ausführungen der Bw. sind also für die Entscheidung irrelevant.

Der Familienbeihilfenanspruch ist nach dem im Zeitraum jeweils geltenden Recht zu beurteilen (siehe dazu RS UFS GZ RV/0298-W/07 vom 19.3.2007).

Für § 3 Abs. 2 FLAG in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes 2004, gültig ab 1.5.2004, ist laut ständiger Judikatur des VwGH (siehe 2008/15/0177 vom 25.6.2008) auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Asylgewährung, also auf das Datum des Asylbescheides abzustellen. Da der Asylbescheid der Bw. erst vom 5.12.2005 datiert und sich die Bw. damals auch noch nicht 60 Monate in Österreich aufgehalten hat, steht für die streitgegenständlichen Zeiträume von Mai 2004 bis November 2005 gem. § 3 Abs. 2 FLAG in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes 2004 keine Familienbeihilfe zu.

Es besteht auch kein Anspruch gemäß § 3 Abs. 1 FLAG, denn es ist unbestritten, dass weder die Bw. noch deren Gatte im fraglichen Zeitraum einer Erwerbstätigkeit nachgegangen sind und keine nichtselbständigen Einkünfte erzielt haben.

Die Berufung ist daher insoweit abzuweisen und insgesamt spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 29. September 2010