

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R\*\*\*\*\* in der Beschwerdesache C\*\*\*\*\* vertreten durch RA Mag. Laszlo Szabo, Claudiaplatz 2, 6020 Innsbruck, gegen den Bescheid des Finanzamtes Innsbruck vom 9. Dezember 2013, betreffend Abweisung eines Antrages auf Familienbeihilfe für den Zeitraum April 2004 bis Jänner 2007 zu Recht erkannt:

I.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

II.

Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art 133 Abs 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

## Entscheidungsgründe

### 1. Verfahrensgang:

Mit Antrag vom 5. Dezember 2013 beantragte der spätere Beschwerdeführer durch seinen rechtsfreundlichen Vertreter die Nachzahlung der Familienbeihilfe für die beiden Söhne A\*\*\*\*\* und B\*\*\*\*\* für den Zeitraum April 2004 bis Jänner 2007. Dazu wurde ausgeführt, dass den beiden Söhnen auf Grund eines im April 2004 gestellten Antrages mit Bescheid vom 1. Feber 2007 "Internationaler Schutz" zuerkannt wurde. Ab Feber 2007 wäre für die Kinder Familienbeihilfe gewährt worden. Diese stehe jedoch auch für den Zeitraum April 2004 bis Jänner 2007 zu und werde deren nachträgliche Auszahlung beantragt.

Das Finanzamt verfasste den Abweisungsbescheid vom 9. Dezember 2013 und verwies auf die Frist für eine rückwirkende Gewährung von Familienbeihilfe.

In der als "Berufung" bezeichneten Beschwerde vom 7. Jänner 2014 wurde behauptet, dass entgegen der Ansicht der Behörde eine Antragstellung innerhalb der Fünfjahresfrist

vorgenommen worden sei. Der Beschwerdeführer habe vertreten durch seinen Sohn im Jahr 2007 unmittelbar nach Erlangung des Asylstatus im Infocenter des Finanzamtes vorgesprochen und die Nachzahlung mündlich beantragt. Daraufhin wäre ihm mündlich die unrichtige Antwort erteilt worden, eine Nachzahlung stehe nicht zu. Eine schriftliche Entscheidung über diesen damaligen Antrag wäre nicht erfolgt, weshalb der Antrag nunmehr neuerlich schriftlich eingebracht worden sei.

Die abweisende Beschwerdevorentscheidung enthält in der Begründung keinerlei Bezugnahme auf das Beschwerdevorbringen. Es wurde lediglich dargestellt, in welchen Zeiträumen Familienbeihilfe bezogen worden sei.

Dies monierend beantragte der Beschwerdeführer durch seinen rechtsfreundlichen Vertreter die Entscheidung über die Beschwerde durch das Bundesfinanzgericht.

## 2. Sachverhalt:

Dem Beschwerdeführer, seiner Ehegattin und seinen in Rede stehenden Söhnen wurde durch Entscheidung des Unabhängigen Bundesasylsenates mit 1. Feber 2007 gemäß § 7 bzw § 11 AsylG Asyl gewährt. Ab Feber 2007 wurde von der Ehegattin des Beschwerdeführers auch Familienbeihilfe für die Söhne bezogen. Dass sich der Beschwerdeführer oder seine Söhne zu diesem Zeitpunkt bereits seit mehr als 60 Monaten in Österreich aufgehalten hätten, wird nicht behauptet und ergeben sich aus dem Verwaltungsakt auch keine diesbezüglichen Hinweise. Vielmehr ergibt sich aus den vom Beschwerdeführer vorgelegten Unterlagen, dass sich der Beschwerdeführer Ende des Jahres 2003 noch nicht in Österreich befunden hat. Nach den Angaben im Antrag vom 5. Dezember 2013 reiste die Kindesmutter erst im Jahr 2005 nach Österreich ein.

Im Zeitpunkt der Zuerkennung des Asyls waren alle in Rede stehenden Personen noch nicht österreichische Staatsbürger.

Strittig ist, ob dem Beschwerdeführer für seine beiden Söhne Familienbeihilfe auch für Zeiträume vor Asylgewährung zusteht.

## 3. Rechtslage:

Für die Beurteilung des vorliegenden Falles sind folgende Paragrafen einschlägig:

Nach § 2a Abs 1 FLAG 1967 geht, wenn ein Kind zum gemeinsamen Haushalt der Eltern gehört, der Anspruch des Elternteiles, der den Haushalt überwiegend führt, dem Anspruch des anderen Elternteiles vor. Bis zum Nachweis des Gegenteils wird vermutet, dass die Mutter den Haushalt überwiegend führt.

In den Fällen des Abs 1 kann nach Abs 2 der zitierten Bestimmung der Elternteil, der einen vorrangigen Anspruch hat, zugunsten des anderen Elternteiles verzichten. Der Verzicht kann auch rückwirkend abgegeben werden, allerdings nur für Zeiträume, für die die Familienbeihilfe noch nicht bezogen wurde. Der Verzicht kann widerrufen werden.

§ 3 FLAG 1967 lautete

in der bis 30. April 2004 gültigen Fassung:

*Abs 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 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.*

*Abs 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, BGBI. Nr. 55/1955, und des Protokolls über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, BGBI. Nr. 78/1974.*

in der bis 31. Dezember 2005 gültigen Fassung:

*Abs 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 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.*

*Abs 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.*

in der bis 30. Juni 2006 gültigen Fassung:

*Abs 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), BGBI. I Nr. 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhalten.*

*Abs 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.*

*Abs 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.*

in der ab 1. Juli 2006 gültigen Fassung:

*Abs 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), BGBI. I Nr. 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhalten.*

Abs 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.*

Abs 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.*

Abs 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.*

Abs 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.*

§ 10 Abs 3 FLAG 1967 bestimmt, dass die Familienbeihilfe höchstens für fünf Jahre rückwirkend vom Beginn des Monats der Antragstellung gewährt wird. In Bezug auf geltend gemachte Ansprüche ist § 209 Abs 3 BAO anzuwenden.

#### 4. Erwägungen:

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 (s bspw VwGH 29.9.2004, 2000/13/0103, VwGH 24.9.2002, 96/14/0125, VwGH 27.3.2002, 2000/13/0104, VwGH 21.2.2001, 96/14/0139, und VwGH 24.10.2000, 95/14/0119).

Der gesetzlich festgelegte Anspruchszeitraum für die Familienbeihilfe ist, wie sich dies den Regelungen des § 10 Abs 2 und 4 FLAG 1967 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 (vgl zB VwGH 28.11.2001, 96/13/0076).

Für vor dem Mai 2004 liegende Zeiträume (im Beschwerdefall für den Monat April 2004) richtet sich der Beihilfenanpruch 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, BGBI Nr 55/1955, und des Protokolls über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, BGBI Nr 78/1974, abzustellen ist.

Für die Frage, ob im Zeitraum ab Mai 2004 bis (wegen des anhängigen Asylverfahrens; vgl zB VwGH 24.6.2010, 2009/16/0123) Mai 2006 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 Feber 2007) besteht (vgl VwGH 8.2.2007, 2006/15/0098). Dies unabhängig davon, wann der Asylantrag gestellt wurde.

Der Beihilfenanspruch für den Zeitraum Juni 2006 bis Jänner 2007 ist nach der oben letztgenannten Fassung des FLAG 1967 zu beurteilen.

Für April 2004 gilt: § 3 Abs 2 FLAG idF des Bundesgesetzes BGBI Nr 367/1991 stellt nicht auf das Vorliegen eines Bescheides über die Zuerkennung von Asyl ab. Das Fehlen eines Bescheides über die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft allein reicht nicht aus, einem Antragsteller die Flüchtlingseigenschaft für Zwecke des Familienlastenausgleiches zu versagen. Auf Grund des letztlich positiv erledigten Asylverfahrens steht fest, dass dem Beschwerdeführer Flüchtlingseigenschaft zugekommen ist und § 3 FLAG 1967 einer Beihilfengewährung nicht entgegen gestanden wäre.

Für den Zeitraum ab Mai 2004 stand einem Beihilfenanspruch § 3 FLAG 1967 in der jeweils anzuwendenden Fassung entgegen, da dem Beschwerdeführer (und seinen Kindern) erst mit Feber 2007 tatsächlich Asyl gewährt wurde und die einschlägigen Gesetzesbestimmungen hier keinen rückwirkenden Anspruch vorsehen. Andere Umstände, auf die ein Beihilfenanspruch gestützt werden könnte (Beschäftigung, langer Aufenthalt, Staatenlosigkeit oder rechtmäßiger Aufenthalt nach § 8 NAG), liegen nicht vor. Für diesen Zeitraum hätte somit bereits dem Grunde nach kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestanden.

Insbesondere für den Monat April 2004, in dem ein Anspruch dem Grunde nach bestanden haben könnte, aber auch für die anderen strittigen Zeiträume stehen dem Beihilfenanspruch des Beschwerdeführers zudem § 2a und § 10 Abs 3 FLAG 1967 entgegen.

Tatsache ist, dass ab Feber 2007 die Ehegattin des Beschwerdeführers die Familienbeihilfe für die Söhne bezogen hat. Daraus ist zwingend zu folgern, dass diese entweder tatsächlich überwiegend den gemeinsamen Haushalt geführt hat oder die gesetzliche Vermutung schlagend wurde und (damals) keine Verzichtserklärung zu Gunsten des Beschwerdeführers vorgelegen ist. Eine derartige Verzichtserklärung bzw der Nachweis, dass der Beschwerdeführer überwiegend den Haushalt geführt hat, ist auch dem gegenständlichen Antrag nicht angeschlossen und wird letzteres auch nicht einmal behauptet. Ein Beihilfenanspruch des Beschwerdeführers besteht somit wegen der Bestimmung des § 2a FLAG 1967 nicht.

Nach § 10 Abs 3 FLAG 1967 wird die Familienbeihilfe höchstens für fünf Jahre rückwirkend vom Beginn des Monats der Antragstellung gewährt. Der gegenständliche Antrag wurde im Dezember 2013 gestellt und liegt der Zeitraum, für den mit diesem Antrag die Auszahlung beantragt wird, somit klar außerhalb der Fünf-Jahres-Frist. Die

Behauptung, es wäre bereits im Jahr 2007 unmittelbar nach Erlangung des Asylstatus ein **mündlicher** Antrag betreffend die gegenständlich strittigen Zeiträume gestellt worden, ist weder bewiesen noch glaubhaft.

Die Eingabe vom 5. Dezember 2013 wurde ausdrücklich als "Antrag" bezeichnet.

Zumindest dem rechtskundigen Vertreter des Beschwerdeführers hätte bekannt sein müssen, dass - wenn tatsächlich bereits ein (unerledigter) Antrag vorgelegen wäre - keine neuerliche Antragstellung, sondern andere Schritte, welche die BAO bei Säumnis einer Abgabenbehörde vorsieht, zu setzen gewesen wären. Wenn der Antrag vom 5. Dezember 2013 lediglich als "Erinnerung" an einen viele Jahre zurückliegenden Antrag gedacht gewesen sein sollte, wäre es wohl selbstverständlich gewesen, das Faktum der bereits erfolgten Antragstellung in dieser "Erinnerung" nicht völlig zu verschweigen und erst zu erwähnen, nachdem das Finanzamt bereits bescheidmäßig auf ein Verstreichen der Frist hingewiesen hat. Auch wäre es vollkommen unüblich, dass ein Antragsteller ohne Urgenz über sechs Jahre zuwartet, dass ein gestellter Antrag bearbeitet wird.

Es ist durchaus möglich, dass, wie in der Beschwerde behauptet, einer der Söhne im Jahr 2007 beim Finanzamt vorgesprochen und sich über die Auszahlung der Familienbeihilfe erkundigt hat. Ebenso mag es möglich sein, dass der Sohn die Auskunft erhalten hat, dass nach der (im Jahr 2007) geltenden Rechtslage ein Beihilfenbezug erst ab tatsächlicher Asylzuerkennung möglich ist und seitens der auskunftserteilenden Person nicht erkannt wurde, dass möglicherweise für den Monat April 2004 ein Anspruch bestanden haben könnte. Faktum ist, dass die Vorsprache des Sohnes dazu geführt hat, dass der Kindesmutter und nicht dem Beschwerdeführer Familienbeihilfe ausbezahlt wurde. Dadurch ist offensichtlich, dass letztlich ein Beihilfenbezug durch die Kindesmutter Gegenstand des Gespräches gewesen ist. Dass gleichzeitig auch ein (mündlicher) Antrag für den Beschwerdeführer gestellt worden sein soll, ist völlig unlogisch. Dazu kommt, wäre tatsächlich ein mündlicher Antrag für den Beschwerdeführer gestellt worden, wäre nach den Bestimmungen der Verfahrensvorschrift (§ 87 BAO) darüber eine Niederschrift aufzunehmen gewesen wäre. Dass eine solche Niederschrift aufgenommen worden wäre, wird nicht behauptet und ergeben sich aus dem Verwaltungsakt keinerlei Hinweise darauf, sodass für das Bundesfinanzgericht auf Grund der objektiv feststellbaren Umstände unzweifelhaft ist, dass eine ausdrückliche Antragstellung für vergangene Zeiträume durch bzw für den Beschwerdeführer tatsächlich nicht erfolgt ist. An dieser Überzeugung könnte auch das Ergebnis einer Einvernahme des Sohnes, welche als einziges Beweismittel für die mündliche Antragstellung angeboten wurde, nichts ändern und könnte eine Aussage durch einen nahen Angehörigen viele Jahre nach dem tatsächlichen Geschehen die sich aus den objektiven Umständen ableitbaren Schlussfolgerungen nicht erschüttern.

Die Familienbeihilfe wurde vor der Änderung des FLAG 1967 im Jahr 2015 ausschließlich über Antrag ausbezahlt (§ 10 Abs 1 FLAG 1967) und hätte ein Auszahlungsbegehr für vergangene Zeiträume ausdrücklich erfolgen müssen (vgl VwGH 25.3.2010, 2009/16/0119, VwGH 24.6.2010, 2009/16/0127, VwGH 29.9.2011, 2011/16/0065, und VwGH 29.9.2011, 2011/16/0078). Zusammengefasst ist festzuhalten, dass es dem Beschwerdeführer in keiner Weise gelungen ist, den Umstand einer bereits im Jahr

2007 durch ihn erfolgten und sich ausdrücklich auch auf den Zeitraum April 2004 bis Jänner 2007 beziehenden Antragstellung nachzuweisen oder auch nur glaubhaft zu machen. Damit steht einer Stattgabe der Beschwerde auch der Umstand entgegen, dass Familienbeihilfe ab Antragstellung nur fünf Jahre rückwirkend gewährt werden kann.

##### 5. Zulässigkeit einer Revision:

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Das vorliegende Erkenntnis weicht von der vorhandenen und einheitlichen Rechtssprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht ab, weshalb eine ordentliche Revision nicht zulässig ist.

Innsbruck, am 14. Juli 2015