



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der L.C., vom 10. September 2007 gegen den Bescheid des Finanzamtes Zell am See vom 10. August 2007 betreffend Familienbeihilfe für den Zeitraum 1. März 2003 bis 28. Februar 2006 entschieden:

Der Berufung wird im Sinne der Berufungsvorentscheidung vom 18. 12. 2007 teilweise Folge gegeben:

Soweit die Berufung Familienbeihilfe für die Kinder A., L., I., für den Zeitraum Mai 2002 bzw für das Kind J., für den Zeitraum Februar 2003 bis April 2004 betrifft, wird ihr stattgegeben und Familienbeihilfe für diese Zeiträume gewährt, für den Zeitraum ab Mai 2004 bis Februar 2006 wird die Berufung abgewiesen.

Für das Kind P. besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe, da sie erst am 16. 8. 2004 geboren wurde.

### Entscheidungsgründe

Die Bw ist russische Staatsbürgerin. Sie ist seit 26. 5. 2002 in Österreich aufhältig. Am 24. 3. 2006 stellte sie den Antrag auf Zuerkennung der Familienbeihilfe für die nachstehenden Kinder ab den Zeitraum der Asylantragstellung:

I.A.

I.L.

I.I.

I.J.

I.P., geb. am 16. 8. 2004

Dem Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe wurden die Bescheide des Unabhängigen Bundesasylsenates beigelegt, mit denen der Bw, ihrem Ehemann sowie den 5 Kindern mit 1. 3. bzw 21. 2. bzw 28. 2. 2006 gem. § 7 AsylG Asyl gewährt und gem. § 12 leg cit Flüchtlingseigenschaft zuerkannt wurde.

Nach Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe wurde der Bw ab März 2006 (Monat der Asylgewährung) bis Dezember 2008 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für ihre 5 Kinder gewährt (Mitteilung des Finanzamtes vom 4. 1. 2007).

Mit Schreiben vom 26. 7. 2007 ersuchte die Bw um eine anfechtbare und daher bescheidmäßige Erledigung betreffend den Anspruch auf Familienbeihilfe für ihre Kinder für den Zeitraum ab Asylantragstellung März 2003 (gemeint ist Mai 2002) bis zur Asylgewährung März 2005 (gemeint ist Februar bzw März 2006).

Mit 10. 8. 2007 wies die Behörde den Antrag der Bw vom 27. 7. 2007 auf Gewährung der Familienbeihilfe für die 5 bzw 4 Kinder (das Kind P. ist erst am 16. 8. 2004 geboren) für den Zeitraum März 2003 bis Februar 2006 ab.

Die Bw stellte mit Schreiben vom 20. 8. 2007 fest, dass die Änderung lt. BGBl 2004 Nr 1/142 vom 15. 12. 2004 rückwirkend mit 1. 5. 2004 in Kraft getreten wäre, sodass bis 30. 4. 2004 die alte Rechtslage, ab 1. 5. 2004 die neue Rechtslage gälte. Damit bekämen Flüchtlinge unabhängig vom Zeitpunkt der Asylgewährung Familienbeihilfe bis 30. 5. 2004 (gemeint ist 30. 4. 2004), danach erst wieder ab Asylgewährung.

In der Berufung vom 10. 9. 2007 gegen den Abweisungsbescheid vom 10. 8. 2007 führte die Bw aus, dass die Behörde, soweit es den Zeitraum März (gemeint ist Mai) 2003 bis Februar (gemeint ist April) 2004 beträfe, der Rechtsprechung des VwGH widerspräche und verwies auf dessen Erkenntnis vom 8. 2. 2007, Zl. 2006/15/0098.

Auch für den Zeitraum März 2004 (gemeint ist Mai 2004) bis Februar 2006 hätte sie Anspruch auf Familienbeihilfe. Die derzeit gültigen Bestimmungen des FLAG wären menschenrechtswidrig.

In Beantwortung des Ergänzungsersuchens vom 28. 9. 2007 nahm die Bw Stellung und führte aus, dass sie seit 26. 5. 2002 in Österreich aufhältig wäre. Der Asylantrag wäre gleich nach der Einreise nach Österreich gestellt worden, da sie bereits mit 27. 5. 2002 die Ladung zur Asyleinvernahme erhalten hätte.

Gleichzeitig stellte sie fest, dass der strittige und gegenständliche Antrag auf Gewährung der

Familienbeihilfe, über den abzusprechen wäre, den Zeitraum 26. 5. 2002 bis 28. 2. 2006 umfassen würde, sodass die bisher unrichtigen Datumsangaben zu korrigieren wären.

Das Finanzamt gab der Berufung teilweise statt:

Für die Kinder A.L. und I.I. wurde die Familienbeihilfe für den Zeitraum Mai 2002 bis April 2004 und für das Kind J.I. für den Zeitraum Februar 2003 bis April 2004 gewährt. Die Berufung betreffend P.I. wurde mit dem Hinweis abgewiesen, dass kein Anspruch bestände, weil das Kind erst am 16. 8. 2004 geboren worden wäre.

Für den Zeitraum Mai 2004 bis Februar 2006 wurde die Berufung abgewiesen, mit der Begründung, dass der Beihilfenanspruch erst mit dem Datum der Asylgewährung, damit mit März 2006, bestände.

Daraufhin stellte die Bw den Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde II. Instanz. Zur Begründung führte sie aus, dass dem Bescheid über die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft lediglich deklarative Wirkung zukäme und sie (wie alle Familienangehörige) bereits ab Einreise nach Österreich Flüchtling im Sinne der GFK wäre. Aus diesem Grunde bestünde keine sachliche Rechtfertigung, ihr die Familienbeihilfe für die Kinder für den Zwischenzeitraum Mai 2004 bis Februar 2006 zu versagen.

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

Gemäß § 3 Abs.1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 (in der bis 2005 gültigen Fassung) haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, 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.

Gem. § 3 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (in der bis 2005 gültigen Fassung) haben Personen, die sich seit mindestens sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten, sowie Staatenlose und 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, Anspruch auf Familienbeihilfe.

Mit Bundesgesetz, BGBl. I Nr. 142/2004, wurde § 3 Abs. 2 des FLAG 1967 geändert. Bei der Gewährung der Familienbeihilfe sind österreichischen Staatsbürgern nun nicht mehr Flüchtlinge im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention gleichgestellt, sondern Personen ab

dem Zeitpunkt, zu dem ihnen Asyl nach dem Asylgesetz 1997 zuerkannt worden ist. Maßgeblich ist das Datum des Asylbescheides.

Gem. § 50 y Abs. 2 FLAG 1967 tritt die neue Regelung rückwirkend mit 1. Mai 2004 in Kraft. Ab 1. Mai 2004 ist somit bei der Beurteilung der Frage, ob ein Anspruch auf die Familienbeihilfe gegeben ist, grundsätzlich die neue Rechtslage anzuwenden.

Aus Gründen des Vertrauensschutzes wurden aber jene Fälle, in denen bis einschließlich des Tages der Kundmachung dieses Bundesgesetzes (es war dies der 15. Dezember 2004) Asyl nach dem Asylgesetz 1997 gewährt wurde, ausgenommen und der Entscheidung über einen Anspruch auf Familienbeihilfe die „alte Rechtslage“ zugrunde gelegt: Danach konnten Personen, denen Asyl bis 15. 12. 2004 gewährt wurde, die Familienbeihilfe rückwirkend ab dem Monat gewährt werden, in dem der Antrag auf Asyl gestellt wurde.

Gegenständlich ist unstrittig, dass im vorliegenden Fall der Bw bis zum 15. Dezember 2004 kein Asyl nach dem Asylgesetz 1997 gewährt wurde. Auf den Berufungsfall findet daher die Regelung des zweiten Satzes des § 50 y Abs. 2 FLAG 1967 keine Anwendung. Anwendung findet vielmehr die Rechtslage ab 1. Mai 2004 bzw. jene ab 1. Jänner 2006 (BGBl I Nr.3/2006). Die ab Jänner 2006 festgelegte Neuregelung der Ansprüche von Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, erfolgte im Rahmen umfangreicher Änderungen im Bereich des Fremdenrechtes.

Durch das Fremdenrechtspaket 2005, BGBl I Nr. 100/2005 hat der Gesetzgeber eine Änderung der Rechtslage auf dem Gebiet des Asyl- und Fremdenrechts vorgenommen. Im Zuge dieser Reform wurde auch § 3 FLAG 1967 neu gefasst:

In der ab 1.1.2006 geltenden Fassung haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, gemäß § 3 Abs. 1 FLAG 1967 nur mehr dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach den §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Nach § 3 Abs. 2 leg cit besteht Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Danach besteht der Anspruch auf Familienbeihilfe nur mehr für die Personen, die auch zur Niederlassung in Österreich berechtigt sind, wobei diese Berechtigung nach den Bestimmungen des ebenfalls im Rahmen des Fremdenrechtspaketes 2005 (BGBl I 2005/100) erlassenen Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes erteilt wird. In deren §§ 8 und 9, auf die sich das Gesetz bezieht, sind die Arten und Formen der Aufenthaltstitel im Sinn des Gesetzes aufgezählt.

Nach der Übergangsbestimmungen des Asylgesetzes 2005 sind gem. § 75 Abs.1 AsylG 2005

alle am 31. 12. 2005 anhängige Verfahren nach den Bestimmungen des Asylgesetzes 1997 zu Ende zu führen.

§ 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 ist sohin dahingehend zu verstehen, dass § 3 FLAG in der Fassung des Fremdenrechtspaketes 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 I Nr. 142/2004, zur Anwendung (VwGH vom 15.1.2008, 2007/15/0170).

Nach dem Wortlaut des § 3 Abs. 2 FLAG, BGBl. I Nr. 142/2004, ist für die Gewährung der Familienbeihilfe das Datum des Asylbescheides maßgeblich:

Der Bw und den fünf anspruchsvermittelnden Kindern, P.J.I.L.undA., wurde unstrittig ab März 2006 Asyl gewährt (für den Anspruch auf Familienbeihilfe müssen sowohl der Asylbescheid der Anspruchsberechtigten als auch die Bescheide der anspruchsvermittelnden Kinder vorliegen).

Zusammenfassend wird festgestellt, dass für die Frage, ob im Zeitraum ab 1. Mai 2004 ein Beihilfenanspruch besteht, wie sich dies aus § 50 y Abs. 2 erster Satz FLAG 1967 ergibt, § 3 leg cit in der durch das Pensionsharmonisierungsgesetz geänderten Fassung maßgeblich ist, was zur Folge hat, dass der Beihilfenanspruch erst ab der tatsächlichen Asylgewährung (März 2006) besteht.

Für vor dem 1. Mai 2004 liegende Zeiträume richtet sich der Beihilfenanspruch nach § 3 FLAG 1967 in der Fassung vor den durch das Pensionsharmonisierungsgesetz vorgenommenen Änderungen. Es darf in diesem Zusammenhang auf die Berufungsvorentscheidung der Behörde I. Instanz vom 18. 12. 2007 verwiesen werden.

Der unabhängige Finanzsenat als Abgabenbehörde zweiter Instanz hat die geltenden gesetzlichen Bestimmungen unabhängig von deren Verfassungskonformität zur Anwendung zu bringen.

Die Überprüfung von Gesetzen auf ihre Verfassungskonformität steht Verwaltungsbehörden und somit auch dem unabhängigen Finanzsenat (§ 1 Abs. 1 UFSG) nicht zu, sondern obliegt unter Bedachtnahme auf Art. 144 Abs. 1 B-VG dem Verfassungsgerichtshof.

Allfällige verfassungsrechtliche Bedenken können von der Bw beim Verfassungsgerichtshof geltend gemacht werden.

Es ist daher spruchgemäß zu entscheiden

Salzburg, am 19. Mai 2008