



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., inT., vertreten durch Hofbauer & Wagner Rechtsanwälte KG, 3100 St. Pölten, Riemerplatz 1, vom 28. Juli 2008 gegen den Bescheid des Finanzamtes Lilienfeld St. Pölten, vom 26. Juni 2008 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für die Kinder MC, MD und MA für den Zeitraum Mai 2005 bis September 2006 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (Bw.) ist am 04.10.2003 nach Österreich eingereist und hat einen Antrag auf Asyl gestellt. Auf Grund eines Antrages vom 27.04.2007 auf rückwirkende Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum 04.10.2003 bis 30.04.2004 erhielt sie für ihre drei Kinder die Familienbeihilfe.

Mit dem vom 11. Juni 2008 hat die Bw. die Familienbeihilfe rückwirkend vom Mai 2005 bis September 2006 (bis zum Datum der Asylgewährung) für die Kinder MC, MD und MA beantragt. Begründend wurde folgendes ausgeführt:

„In den Übergangsbestimmungen des Asylgesetzes 2005 wird angeordnet, dass Asylverfahren, die am 31. Dezember 2005 bereits anhängig waren, noch nach den Bestimmungen des AsylG 1997 zu Ende zu führen sind (§ 75 Abs.1 AsylG 2005). § 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 Asylgesetz 1997 abgeführt wird, auch für den Zeitraum ab. 1. Jänner 2006 nicht anzuwenden ist. Für diesen Personenkreis kommt daher § 3 FLAG unbeschadet zunächst noch nach der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004, zur Anwendung (VwGH 2007/15/0170 vom 15.01.2008)."

Als Beilagen angeschlossen waren die Bescheide vom 27.10.2006 mit denen der Bw., ihren Gatten und ihren Kindern gemäß § 7 AsylG Asyl gewährt wurde, die Meldebestätigungen und eine Kopie des o.a. VwGH-Erkenntnisses.

Laut den im Akt aufliegenden Versicherungsdatenauszüge waren die Bw. und ihr Gatten bis 29.12.2006 Asylwerber bzw. Flüchtling. Sie waren nicht nichtselbständig erwerbstätig.

Das Finanzamt erließ einen Bescheid, mit dem der Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für die Kinder MC, MD und MA für Mai 2005 bis September 2006 abgewiesen wurde.

Begründend wurde ausgeführt, dass § 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 in der Fassung bis 31. Dezember 2005 grundsätzlich zur Anwendung zu bringen sei, jedoch dabei zwingend sei, dass der Antragsteller oder der andere Elternteil bei einem Dienstgeber beschäftigt sei und Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit in diesem Zeitraum bezogen hätte.

Da im Abweisungszeitraum weder die Bw noch ihr Gatte nichtselbständig beschäftigt gewesen seien, war der Antrag abzuweisen.

Dagegen brachte die Bw. Berufung ein. "Die erstinstanzliche Behörde gesteht selbst ein, dass im gegenständlichen Fall § 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 in der Fassung bis 31. Dezember 2005 anwendbar ist. Sofern die Behörde vermeint, dass diesbezüglich zusätzlich die Voraussetzung für die Auszahlung der Familienbeihilfe ist, dass ein Elternteil Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit erzielt hat, ist dem entgegen zu halten, dass sich diese Voraussetzung aus dem Gesetzeswortlaut nicht ergibt. Sofern eine derartige Voraussetzung angenommen werden würde, wäre dies als verfassungswidrig dahingehend zu qualifizieren, als diese Voraussetzung gegenüber Inländern nicht besteht."

Es wurde der Antrag gestellt die o.a. Familienbeihilfe zu gewähren.

Das Finanzamt entschied mittels Berufungsvorentscheidung, dass die Berufung gegen den Abweisungsbescheid vom 26.6.2008 betreffend Familienbeihilfe für die Kinder MA, MD und MC für den Zeitraum Mai 2005 bis September 2006 abzuweisen sei. Als Begründung wurde Folgendes ausgeführt:

### ***„Zeitraum Mai 2005 bis Dezember 2005“***

*Die für den streitgegenständlichen Zeitraum geltenden Bestimmungen im Familienlastenausgleichsgesetz lauten:*

---

**§ 3 FLAG 1967 § 3 i.d.F. BGBl. I Nr. 142/2004**

(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 (§ 2 a 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.

Den Ausführungen in der Berufungsschrift, dass ein Elternteil Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit erzielt für den Anspruch auf Familienbeihilfe und sich diese Voraussetzungen im Gesetzeswortlaut nicht ergibt, steht § 3 Abs.1 (oben zitiert im Fettdruck) entschieden dagegen. Damit musste in diesem Punkt die Berufung als unbegründet abgewiesen werden.

**Zeitraum Jänner 2006 bis September 2006**

Mit den Übergangsbestimmungen des Asylgesetzes 2005 mit § 55 FLAG ist gemeint, dass § 3 idF BGBl 2004/142 I auch für Zeiträume ab 1.1. 2006 zur Anwendung zu bringen ist und nicht § 3 idF BGBl 2005/100 (gültig ab 1.1.2006). Damit ist auch für diesen Zeitraum die Berufung als unbegründet abzuweisen, da, wie bereits oben dargestellt, eine nichtselbständige Arbeit vorliegen muss.

In der Berufungsschrift wird weiters ausgeführt: "Sofern eine derartige Voraussetzung angenommen werden würde, wäre dies als verfassungswidrig dahingehend zu qualifizieren, als diese Voraussetzung gegenüber Inländern nicht besteht." Dazu ist zu bemerken, dass die Finanzämter gemäß B-VG bei der Erledigung von Anträgen an die bestehenden Bundesgesetze gebunden sind und eine abweichende Erledigung nicht möglich ist. Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit obliegt dem Verfassungsgericht."

Es wurde ein Antrag auf Vorlage der Berufung und Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde 2. Instanz gestellt.

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

Der Entscheidung wurde folgender Sachverhalt zu Grunde gelegt:

Die Bw., ihr Gatte und ihre Kinder sind Staatsbürger der Republik Tschetschenien.

Am 04.10. 2003 ist die Bw. und ihre Familie in Österreich eingereist und haben einen Antrag auf Asylgewährung gestellt.

Bis 30.04 2004 hat die Bw. auf Grund der für diese Zeit geltenden gesetzlichen Regelung die Familienbeihilfe bekommen.

Am 11. Juni 2008 stellte die Bw. einen Antrag auf rückwirkende Gewährung der Familienbeihilfe und für den Zeitraum Mai 2005 bis September 2006 (Datum der Asylgewährung).

Weder die Bw. noch ihr Gatte waren in diesem Zeitraum nichtselbständig tätig.

Der vorstehende Sachverhalt ist unstrittig.

Die Rechtsgrundlagen stellen sich wie folgt dar:

§ 3 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."

Artikel 12 des Fremdenrechtspakets 2005, BGBl. I Nr. 100/2005, lautet auszugsweise:

"Änderung des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967

Das Familienlastenausgleichsgesetz 1967, BGBl. Nr. 376, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 157/2004, wird wie folgt geändert: ...

2. § 3 lautet:

§ 3 (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.

3. Nach § 54 wird folgender § 55 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.

§ 44 AsylG 1997 gilt. Die §§ 24, 26, 54 bis 57 und 60 dieses Bundesgesetzes sind auf diese Verfahren anzuwenden. § 27 ist auf diese Verfahren mit der Maßgabe anzuwenden, dass die Behörde zur Erlassung einer Ausweisung zuständig ist und der Sachverhalt, der zur Einleitung des Ausweisungsverfahrens führen würde, nach dem 31. Dezember 2005 verwirklicht wurde. § 57 Abs. 5 und 6 ist auf diese Verfahren mit der Maßgabe anzuwenden, dass nur Sachverhalte, die nach dem 31. Dezember 2005 verwirklicht wurden, zur Anwendung dieser Bestimmungen führen.

(2) Ein nach dem Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl, Asylgesetz 1991, BGBl. Nr. 8/1992, eingestelltes Verfahren ist bis zum 31. Dezember 2007 nach den Bestimmungen des Asylgesetzes 1991 fortzusetzen und gilt als anhängiges Verfahren im Sinne des Abs. 1. Ein nach dem AsylG 1997 eingestelltes Verfahren ist bis zum 31. Dezember 2007 nach den Bestimmungen des AsylG 1997 fortzusetzen und gilt als anhängiges Verfahren im Sinne des Abs. 1.

(3) Karten nach dem AsylG 1997 behalten ihre Gültigkeit bis zum vorgesehenen Zeitpunkt.

(4) Ab- oder zurückweisende Bescheide auf Grund des Asylgesetzes, BGBl. Nr. 126/1968, des Asylgesetzes 1991, BGBl. Nr. 8/1992, sowie des Asylgesetzes 1997 begründen in derselben Sache in Verfahren nach diesem Bundesgesetz den Zurückweisungstatbestand der entschiedenen Sache (§ 68 AVG).

(5) Einem Fremden, dem am 31. Dezember 2005 die Flüchtlingseigenschaft zugekommen ist, gilt, soweit es zu keiner Aberkennung oder keinem Verlust der Flüchtlingseigenschaft gekommen ist, der Status des Asylberechtigten als zuerkannt.

(6) Einem Fremden, dem am 31. Dezember 2005 eine befristete Aufenthaltsberechtigung nach den Bestimmungen des Asylgesetzes 1991 oder des AsylG 1997 zugekommen ist, gilt der Status des subsidiär Schutzberechtigten als zuerkannt."

In den Übergangsbestimmungen des Asylgesetzes 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 (§ 75 Abs 1 Asylgesetz 2005).

§ 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 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 (Verwaltungsgerichtshof vom 15. Jänner 2008, Zl. 2007/15/0170).

Im vorliegenden Fall halten sich die Bw. und ihr Gatte seit 04.10.2003 in Österreich auf. Ihnen und ihren Kindern wurde am 27.10.2006 Asyl gewährt.

Laut Versicherungsdatenauszug waren die Bw. und auch der Gatte der Bw. vom 09.10.2003 bis 29.12.2006 Asylwerber bzw. Flüchtlinge. Sie waren nicht nichtselbstständig beschäftigt. Für den Zeitraum Mai 2005 bis September 2006 ist daher keine Familienbeihilfe zu gewähren (vgl. § 3 Abs.1 FLAG idF. BGBl. I Nr. 142/2004).

Die Berufung war daher abzuweisen.

Den Ausführungen betreffend die Verfassungswidrigkeit wird entgegengehalten:

Es ist nicht Aufgabe des unabhängigen Finanzsenates die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen zu prüfen. Selbst wenn die Bestimmung verfassungswidrig sein sollte, könnte dies im gegenständlichen Verfahren nicht berücksichtigt werden, weil der unabhängige Finanzsenat an das in Art 18 B-VG verankertes Legalitätsprinzip gebunden ist.

Wien, am 12. Dezember 2008