



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch RA, vom 17. Oktober 2008 gegen den Bescheid des Finanzamtes Grieskirchen Wels vom 18. September 2008 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für die Kinder x, für die Zeit von Mai 2004 bis September 2007 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Das Finanzamt hat mit Bescheid vom 18.9.2008 den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für die drei minderjährigen Kinder der Berufungswerberin für die Zeit von Mai 2004 bis September 2007 als unbegründet abgewiesen. Als Begründung wurde angeführt: „Gemäß § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) in der bis 31.12.2005 gültigen Fassung haben Personen, die nicht österreichische StaatsbürgerInnen sind, Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet bei einer Dienstgeberin oder 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 ArbeitnehmerInnen verstößt.“

Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit oder Gewerbebetrieb, Arbeitslosengeld, Notstandshilfe, AMFG-Beihilfe, Bezug von Kinderbetreuungsgeld, etc. vermitteln keinen Beihilfenanspruch. Die fremdenrechtliche Prüfung der VWGH-Judikatur gilt nur für arbeitende Asylwerber mit bis Ende 2005 anhängigem Asylverfahren.

Da weder Sie noch Ihr Gatte im beantragten Zeitraum einer Beschäftigung nachgegangen sind, ist Ihr Antrag als unbegründet abzuweisen.“

In der dagegen eingebrachten Berufung vom 17.10.2008 wird ausgeführt:

„Das Finanzamt Grieskirchen Wels begründet die abweisende Entscheidung hinsichtlich der Auszahlung der Familienbeihilfe damit, dass die fremdenrechtliche Prüfung der VWGH-Judikatur nur für arbeitende Asylwerber mit bis Ende 2005 anhängigem Asylverfahren gelten würde. Da weder ich noch mein Gatte im beantragten Zeitraum einer Beschäftigung nachgegangen sind, wäre der Antrag daher als unbegründet abzuweisen gewesen.

Ich, y, habe mit Bescheid des Unabhängigen Bundesasylsenates vom 19.10.2007, Zl. yy, in Österreich Asyl erhalten. Ebenso haben mein Ehegatte B. und meine Kinder xxx mit Bescheiden des Unabhängigen Bundesasylsenates vom Oktober 2007 Asyl erhalten. Wir haben daher in Österreich den Status von anerkannten Flüchtlingen im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention und kommt dieser Anerkennung nach völkerrechtlichen Grundsätzen konstitutive Wirkung zu. Der im Jahr 2007 uns zuerkannte Flüchtlingsstatus muss bei richtiger rechtlicher Betrachtung daher Rückwirkung auf unsere Einreise bzw. die erstmalige Asylantragsstellung im Jahr 2003 haben. Dass die Zuerkennung bzw. die Verhandlung unserer Berufung im Asylverfahren erst im Jahre 2007 erfolgte, ist nicht uns anzulasten, vielmehr sind die Voraussetzungen für die Zuerkennung bereits im Jahre 2003 bei unserer Einreise vorgelegen, wie dies der Unabhängige Bundesasylsenat in seinen Bescheiden bestätigt hat. Die Zuerkennung des Asylstatus ist daher so zu sehen, dass diese Eigenschaft bereits im Jahr 2003 bestanden hat, also konstitutiv ist und die formelle Zuerkennung lediglich deklarativen Charakter aufweist.

Bei richtiger rechtlicher Betrachtung sind wir daher auch bei der Beurteilung der Gewährung der Familienbeihilfe als anerkannte Flüchtlinge rückwirkend auf unsere Asylantragstellung zu behandeln. Bis zum 31.12.2005 sind daher die Vorschriften des FLAG in der gültigen Fassung iSd § 3 Abs. 1 FLAG anzuwenden, wonach die Gewährung der Familienbeihilfe grundsätzlich davon abhängig ist, ob der Asylwerber einer sozialversicherungspflichtigen Erwerbstätigkeit nachgeht.

Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass § 3 Abs. 2 FLAG in der damaligen Fassung eine Ausnahmeregelung vorsah:

„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.“

Da wie vorhin ausgeführt, die Asylzuerkennung nach völkerrechtlichen Grundsätzen einen konstitutiven Charakter aufweist, fallen wir unter die Ausnahmebestimmung des Abs. 2 und sind wir daher wie Personen zu behandeln, denen Asyl nach dem Asylgesetz 1997 gewährt wurde. Für den Zeitraum bis 31.12.2005 hätte uns daher für xx die Familienbeihilfe rückwirkend gewährt werden müssen.

Ab 1. Jänner 2006 ist auf uns die neue Fassung des § 3 FLAG anzuwenden, wonach die Gewährung der Familienbeihilfe an das Vorliegen eines geeigneten Aufenthaltstitels geknüpft ist. Auch hier ist zu berücksichtigen, dass die Asylgewährung durch den Unabhängigen Bundesasylsenat als rückwirkender Akt zu sehen ist. Wir erfüllen die konstitutive Flüchtlingseigenschaft daher bereits ab 1. Jänner 2006 und hätte uns allein aufgrund unseres Aufenthaltsstatus die Familienbeihilfe rückwirkend gewährt werden müssen.

Der Vollständigkeit halber ist auszuführen, dass für mj. H. die Auszahlung der Familienbeihilfe ab Geburt mit z, ebenso für A ab zz, und nicht schon seit Mai 2004 beantragt wird.

Weiteres Vorbringen im Zuge des Berufungsverfahrens behalte ich mir ausdrücklich vor.“

Mit Berufungsvorentscheidung vom 29.10.2008 hat das Finanzamt die Berufung als unbegründet abgewiesen.

„Gemäß § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) in der bis 31.12.2005 gültigen Fassung haben Personen, die nicht österreichische StaatsbürgerInnen sind, Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet bei einer Dienstgeberin oder 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 ArbeitnehmerInnen verstößt. Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit oder Gewerbebetrieb, Arbeitslosengeld, Notstandshilfe, AMFG-Beihilfe, Bezug von Kinderbetreuungsgeld, etc. vermitteln keinen Beihilfenanspruch.“

Maßgebend für die Gewährung der Familienbeihilfe für Kinder von Flüchtlingen ist das Datum des letzten, das Asylverfahren positiv abschließenden Bescheides. Ergibt dieser Bescheid vor dem bzw. am 15. Dezember 2004, ist die „alte“ Rechtslage anzuwenden; ergreift er nach dem 15. Dezember 2004, gilt die neue Rechtslage.

Im Fall der Berufungswerberin ist das Datum des letzten, das Asylverfahren positiv abschließenden Bescheides der 15. Oktober 2007, somit ist die neue Rechtslage anzuwenden. Für den Berufszeitraum Mai 2004 bis Dezember 2005 ist die „alte“ Rechtslage anzuwenden, diese sieht gemäß § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 vor, dass die

Beschäftigungsdauer länger als drei Monate andauern muss.

Für den Berufszeitraum Jänner 2006 bis September 2007 sind laut VwGH-Judikatur zwei Voraussetzungen für den Anspruch auf Familienbeihilfe zu erfüllen.

Die erste Voraussetzung ist ein bis Ende 2005 anhängiges Asylverfahren, diese Voraussetzung ist gegeben, jedoch die damit verbundene zweite Voraussetzung einer unselbständigen rechtmäßigen Beschäftigung von zumindest mehr als drei Monaten, wird nicht erfüllt. Aus den oben angeführten Begründungen ist in diesem Fall die VwGH-Judikatur nicht anzuwenden.“

Mit Schreiben vom 5.12.2008 wurde die Vorlage der Berufung an den Unabhängigen Finanzsenat beantragt.

Über die Berufung wurde erwogen:

§ 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 in der Fassung vor der mit dem Pensionsharmonisierungsgesetz, BGBl I Nr. 142/2004 vorgenommenen Änderung lautete:

Absatz 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.

Absatz 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 Abs. 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.

Mit dem Pensionsharmonisierungsgesetz, BGBl. I Nr. 142/2004, wurde Absatz 2 dieser Gesetzesstelle folgendermaßen geändert:

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.

Während nach der früheren Regelung in Hinblick auf die Gewährung von Familienbeihilfe den österreichischen Staatsbürgern neben Staatenlosen die Flüchtlinge im Sinn der Genfer Flüchtlingskonvention gleichgestellt waren, gilt dies nach dieser Änderung statt für Flüchtlinge

nur für die Personen, denen bescheidmäßig Asyl gewährt wurde. Eine für diese Neuregelung geltende Übergangsbestimmung enthält § 50y Abs. 2 FLAG 1967: Danach tritt diese Regelung mit 1. Mai 2004 in Kraft. Ausgenommen sind jene Fälle, in denen bis einschließlich des Tages der Kundmachung dieses Bundesgesetzes Asyl nach dem Asylgesetz 1997 gewährt wurde (dies ist der 15. Dezember 2004).

Unbestritten ist, dass im gegenständlichen Fall Asyl nicht vor diesem Zeitpunkt, sondern erst im Oktober 2007 gewährt wurde, sodass der zweite Satz dieser Übergangsbestimmung hier nicht zur Anwendung kommen kann, sondern grundsätzlich bereits die nach dem 1. Mai 2004 geltende Regelung anzuwenden ist.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 8.2.2007, 2006/15/0098, unter Hinweis auf seine frühere Rechtssprechung festgestellt hat, ist die Frage, ob für einen bestimmten Zeitraum Familienbeihilfe zusteht, anhand der rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten im Anspruchszeitraum zu beantworten. 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- oder Rechtslage von Monat zu Monat anders zu beurteilen sein.

Im zitierten Erkenntnis führt der Verwaltungsgerichtshof weiters aus, es ergebe sich aus dieser Rechtssprechung, dass für die Frage, ob im Zeitraum ab Mai 2004 ein Beihilfenanspruch besteht, die durch das Pensionsharmonisierungsgesetz geänderte Fassung maßgeblich ist, was zur Folge hat, dass der Beihilfenanspruch erst ab tatsächlicher Asylgewährung besteht. Für vor dem Mai 2004 liegende Zeiträume richtet sich der Beihilfenanspruch hingegen nach § 3 FLAG 1967 in der vor dieser Änderung geltenden Fassung, was zur Folge hat, dass auf die Eigenschaft als Flüchtling nach der Genfer Flüchtlingskonvention abzustellen ist.

Im Sinn dieser Rechtssprechung gilt daher auch für den gegenständlichen Fall, dass der Berufungswerberin, deren Flüchtlingseigenschaft unbestrittenermaßen mit dem Asylbescheid festgestellt wurde, die Familienbeihilfe im Zeitraum Mai 2004 bis Dezember 2005 nicht zu gewähren ist, weil die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 und 2 FLAG 1967 in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes nicht vorlagen.

§ 3 FLAG 1967 in der ab 1.1.2006 geltenden Fassung lautet:

Absatz 1: Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes, BGBl. I Nr. 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Nach Absatz 2 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.

§ 3 Abs. 3 leg.cit. besagt: Abweichend von Abs. 1 haben Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 2005, BGBl. I Nr. 100, gewährt wurde, Anspruch auf Familienbeihilfe. Anspruch besteht auch für Kinder, denen nach dem Asylgesetz 2005 Asyl gewährt wurde.

Schließlich wurde mit Wirksamkeit ab 1.6.2006 der zitierten Bestimmung ein Absatz 4 und 5 (idF BGBl. I Nr. 168/2006) angefügt, wonach außerdem Personen, denen nach dem Asylgesetz 2005 der Status eines subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt wurde, bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen Anspruch auf Familienbeihilfe haben.

Die Änderung des § 3 FLAG 1967 erfolgte im Zuge umfangreicher Gesetzesänderungen durch das Fremdenrechtspaket 2005, BGBl. I Nr. 100/2005. Im Zuge dieser Änderungen wurde folgende Übergangsbestimmung des § 55 FLAG angefügt:

Die §§ 2 Abs. 8 erster Satz und 3 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 100/2005, treten mit 1.1.2006, nach Maßgabe der Übergangsbestimmungen des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005, sowie des Asylgesetzes 2005 (AsylG 2005), BGBl. I Nr. 100/2005, in Kraft.

Das Asylgesetz 2005 enthält unter anderem in seinem § 75 Abs. 1 folgende Übergangsbestimmung: Alle am 31. Dezember 2005 anhängigen Verfahren sind nach den Bestimmungen des Asylgesetzes 1997 zu Ende zu führen. Nach § 44 AsylG 1997 gilt: Die §§ 24, 26, 54 bis 57 und 60 dieses Bundesgesetzes sind auf diese Verfahren anzuwenden.

.....

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 15.1.2008, 2007/15/0170, folgende Feststellung getroffen:

§ 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.

Diese Voraussetzung trifft nun auf die Berufungswerberin zu, da ihr Asylverfahren bereits vor dem 31. Dezember 2005 eingeleitet wurde und damit noch nach dem AsylG 1997 unter Berücksichtigung der in § 75 Abs. 1 AsylG 2005 angeführten Bestimmungen abzuführen ist. Im Sinne der zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes gilt daher für ihren Anspruch auf Familienbeihilfe § 3 FLAG noch in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004.

Die Berufungswerberin erfüllt jedoch nicht die Bestimmungen des § 3 Abs. 1 FLAG in dieser Fassung („...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 ...“).

Deshalb liegen die Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe im Berufszeitraum nicht vor.

Aus den angeführten Gründen war wie im Spruch zu entscheiden.

Linz, am 21. März 2011