

## **IM NAMEN DER REPUBLIK**

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R. in der Beschwerdesache Bf., gegen den Bescheid des Finanzamtes A. vom 16. Dezember 2009, betreffend die Verwehrung einer Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbeträge für den Zeitraum "ab Dezember 2009" zu Recht erkannt:

**Der Beschwerde wird stattgegeben und der angefochtene Bescheid ersatzlos aufgehoben.**

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

## **Entscheidungsgründe**

### **I. Verfahrensablauf:**

Mit Bescheid vom 16. Dezember 2009 wies das Finanzamt den Antrag der nunmehrigen Beschwerdeführerin (folgend kurz Bf.) vom 27.11.2009 auf Weitergewährung der Familienbeihilfe für ihre beiden Kinder B. (geb. X.X.2008) und C. (geb. Y.Y.2006) für den Zeitraum "ab Dezember 2009" ab. In der Begründung dieser Entscheidung führt die Abgabenbehörde sinngemäß aus, dass nach den gesetzlichen Bestimmungen des FLAG nicht österreichische Staatsbürger nur dann einen Beihilfenanspruch hätten, wenn die Voraussetzungen des § 3 FLAG erfüllt wären. Lediglich die Ausübung einer geringfügigen Beschäftigung begründe keinen Beihilfenanspruch.

Gegen diesen Bescheid erhob die Bf. fristgerecht das Rechtsmittel der Berufung (nunmehr als Beschwerde bezeichnet). Darin führt sie zusammengefasst sinngemäß aus, dass sie sehr wohl nach der Bestimmung des § 3 Abs. 1 FLAG in der Fassung bis 31.12.2005 einen Beihilfenspruch hätte, da sie einer erlaubten unselbständigen Tätigkeit nachgehe, aus der sie auch Einkünfte erziele. Das Finanzamt gehe rechtlich offenbar davon aus, dass die Ausübung einer geringfügigen Beschäftigung keinen Grund für die Beihilfengewährung darstelle, unterlasse es jedoch diesbezüglich eine nähere Bestimmung des FLAG zu zitieren. Bereits aus diesem Grund erweise sich der Abweisungsbescheid der Abgabenbehörde als rechtswidrig, da ein genereller Verweis auf das Familielastenausgleichsgesetz keine präzise rechtliche Bestimmung darstelle. Im Übrigen würde laut Vorbringen der Bf. in ihrem Fall auch § 3 Abs. 2 FLAG in der gültigen

Fassung bis 31.12.2005 zutreffen, da sie sich bereits seit dem Jahr 2002 in Österreich aufhalte und sich somit bereits über 60 Kalendermonate ständig im Bundesgebiet befinde.

Mit Berufungsvorentscheidung (nunmehr Beschwerdeentscheidung) vom 18. März 2010 wies das Finanzamt die Berufung als unbegründet ab. Unter Zitierung der Bestimmungen des § 3 Abs. 4 FLAG in der Fassung des Fremdenrechtspaketes verweist die Abgabenbehörde in dieser Entscheidung darauf, dass eine geringfügige Beschäftigung nur eine Unfallversicherung beinhalte und somit kein Anspruch auf eine Familienbeihilfe bestünde.

In ihrem Vorlageantrag vom 6.4.2010 verweist die Bf. ergänzend darauf, dass sie zwischenzeitlich über eine Niederlassungsbewilligung verfüge. Das Bundesfinanzgericht teilte dem Finanzamt den nach der Aktenalge anzunehmenden Sachverhalt mit Schriftsatz vom 29. Juni 2016 mit und räumte ihm die Gelegenheit zur Gegenäußerung ein. Das Finanzamt teilte telefonisch dem BFG mit, dass es von einer Stellungnahme Abstand nehme.

## **II. Sachverhalt:**

Dem anhängigen Verfahren wird folgender Sachverhalt zugrunde gelegt:

Die Bf., ihr Gatte (D., geb. 0.0.00), sowie das Kind C. sind allesamt Staatsbürger von Serbien und Montenegro, bzw. das Kind B. des Kosovos. Die gesamte Familie wohnt seit der jeweiligen Geburt der genannten Kinder in einem gemeinsamen Haushalt in Österreich. Sämtliche zuvor genannten Personen verfügten im hier relevanten Zeitraum "ab Dezember 2009" über den Status der subsidiären Schutzberechtigung. Des Weiteren bezog weder die Bf. noch ein anderes Familienmitglied im hier zu beurteilenden Zeitraum eine Leistung aus der Grundversorgung. Die Bf. war vom 4.12.2008 bis 8.3.2011 in einem geringfügigen Beschäftigungsverhältnis. Für die beiden genannten Kinder wurde ab Jänner 2010 vom Ehemann der Bf. wiederum die Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbeträge bezogen.

## **III. Rechtslage:**

Durch Novellierung des Art. 129 B-VG (Bundes-Verfassungsgesetz) ist das anhängige Verfahren gem. § 323 Abs. 38 BAO idF des BGBl 14/2013 vom Bundesfinanzgericht (kurz BFG) nunmehr als Beschwerde im Sinn des Art. 130 Abs. 1 B-VG zu erledigen.

Die maßgeblichen Bestimmungen des FLAG lauten in der hier anzuwendenden Fassung (auszugsweise) wie folgt:

§ 2 FLAG:

*(1) Anspruch auf Familienbeihilfe haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben,*

*a) für minderjährige Kinder,*

*b) ....*

...

### § 3 FLAG:

*(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, oder nach § 54 des Asylgesetzes 2005 (AsylG 2005), BGBl. I Nr. 100/2005 idF BGBl. I Nr. 87/2012, rechtmäßig in Österreich aufhalten.*

*(2) Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 NAG oder nach § 54 AsylG 2005 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.*

*(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.*

*(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 FLAG:

*(1) Die Familienbeihilfe wird nur auf Antrag gewährt; die Erhöhung der Familienbeihilfe für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4) ist besonders zu beantragen.*

*(2) Die Familienbeihilfe wird vom Beginn des Monats gewährt, in dem die Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt werden. Der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschlussgrund hinzukommt.*

...

*(4) Für einen Monat gebührt Familienbeihilfe nur einmal.*

...

### § 13 FLAG:

*Über Anträge auf Gewährung der Familienbeihilfe hat das nach dem Wohnsitz oder dem gewöhnlichen Aufenthalt der antragstellenden Person zuständige Finanzamt zu*

*entscheiden. Insoweit einem Antrag nicht oder nicht vollinhaltlich stattzugeben ist, ist ein Bescheid zu erlassen.*

#### **IV. Beweiswürdigung und rechtliche Erwägungen:**

Eingangs ist zu dem, vom Finanzamt dem damaligen Unabhängigen Finanzsenat (UFS) übermittelten Akt anzumerken, dass in diesem weder der von der Abgabenbehörde im nunmehr angefochtenen Bescheid näher bezeichnete Beihilfenantrag der Bf. datiert mit 27.11.2009, noch Unterlagen bezüglich des genauen Verlaufes der jeweiligen Asylverfahren einliegen. In diesem Zusammenhang teilte die Abgabenbehörde auf Anfrage des BFG telefonisch mit, dass durch eine mittlerweile erfolgte Übersiedlung des Finanzamtes keine weiteren Unterlagen als jene, die bereits dem damaligen UFS vorgelegt wurden, mehr greifbar seien. Nach § 10 Abs. 1 FLAG bedarf es für die Gewährung einer Familienbeihilfe ausdrücklich eines Antrages. Die ursprüngliche tatsächliche Existenz des Beihilfenantrages der Bf. vom 27.11.2009 wird jedoch auch vom BFG nicht angezweifelt, da diese Antragstellung auch durch die Eintragungen in das von der Abgabenbehörde im Familienbeihilfenbereich geführte EDV-System (DB7) Bestätigung findet und außerdem im gesamten bisherigen Verfahrensverlauf selbst die Bf. diesbezüglich keine Einwendungen erhoben hat. Auch die Abläufe der jeweiligen Asylverfahren sind aus den Eintragungen im DB7 ausreichend nachvollziehbar und stehen nach den vom BFG über die BH E. durchgeführten Ermittlungen - zumindest für den hier relevanten Zeitraum - in keinem Widerspruch zu den von der Abgabenbehörde erfassten Daten. Im Übrigen schränkt selbst das Finanzamt anlässlich der Vorlage des Aktes an den damaligen UFS im Vorlagebericht (Verf46) den Streitpunkt des gegenständlichen Beschwerdeverfahrens einzig und allein sinngemäß darauf ein, ob die Ausübung lediglich einer geringfügigen Beschäftigung der Bf. im Sinne der hier anzuwendenden Bestimmungen des § 3 FLAG einen Verwehrungsgrund für eine Beihilfengewährung darstelle. Somit sah selbst die Abgabenbehörde das Vorliegen der übrigen Voraussetzungen für eine Beihilfengewährung unstrittig als gegeben an.

Zum angefochtenen Bescheid des Finanzamtes ist festzustellen, dass dieser über eine Abweisung der Beihilfe für die darin genannten Kinder "ab Dezember 2009" abspricht ohne einen Endzeitpunkt zu benennen, bis zu dem die Abgabenbehörde „abweisend“ über den Antrag der Bf. auf Gewährung der Familienbeihilfe für ihre beiden minderjährigen Töchter entschieden hat. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes gilt dieser Abspruch mangels eines festgelegten Endzeitpunktes für den Zeitraum, in dem die rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse keine Änderung erfahren haben, jedenfalls aber bis zum Zeitpunkt der Erlassung des Bescheides (vgl. z.B. VwGH vom 20. Jänner 2010, 2009/13/0083). Dies bedeutet, dass der angefochtene Bescheid seine Wirkung zumindest für Dezember 2009 bzw. auch auf jene Zeiträume nach seiner Erlassung entfaltet, bis sich die Sach- oder Rechtslage geändert hat. Eine Änderung der Sachlage trat im gegenständlichen Fall jedenfalls dadurch ein, dass das Finanzamt ohnehin für die beiden Kinder dem Kindesvater auf Grund einer neuerlichen Antragstellung ab Jänner 2010 die Familienbeihilfe gewährte. Da gemäß § 10 Abs. 4 FLAG die Familienbeihilfe

für einen Monat nur einmal gebührt, beschränkt sich im Hinblick auf die vorstehenden Ausführungen die Entscheidungsbefugnis des BFG somit ausschließlich auf den Monat Dezember 2009.

Bezüglich der Anwendung der Bestimmungen - wie die Bf. sinngemäß vermeint - des § 3 FLAG in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes ist auf die Judikatur des VwGH (vgl. z.B. 2007/15/0170 v. 15.1.2008) zu verweisen. Im bezeichneten Erkenntnis trifft das genannte Höchstgericht folgende Feststellung: "§ 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. Nach rechtskräftigem Abschluss des Asylverfahrens kommt für die daran anschließenden Monate § 3 FLAG idF des Fremdenrechtspaketes zur Anwendung (vgl. z.B. VwGH vom 22.10.2015, Ra 2014/16/0018 sowie 2013/16/0206 v. 2.7.2015). Die Bf., ihr Gatte als auch die beiden Kinder verfügten nach den Eintragungen des Finanzamtes im DB7 bereits seit November 2009 über den Status einer subsidiären Schutzberechtigung wodurch die jeweiligen Asylverfahren rechtskräftig negativ abgeschlossen waren. Entgegen der Ansicht der Bf. gelangt demnach im gegenständlichen Fall § 3 FLAG idF des Fremdenrechtspaketes Anwendung.

Der Wortlaut des § 3 Abs. 4 FLAG idF des BGBl 168/2006 lautet wie folgt:

*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.*

Nach dieser Regelung müssen folglich für einen Beihilfenanspruch alle drei in § 3 Abs. 4 FLAG genannten Voraussetzungen, somit das Vorliegen einer subsidiären Schutzberechtigung, kein Erhalt von Leistungen aus der Grundversorgung und die tatsächliche Ausübung einer Erwerbstätigkeit, kumulativ erfüllt sein. Nach den bereits durch das Finanzamt durchgeführten Ermittlungen steht durch die im DB7 aufscheinenden Eintragungen außer Streit, dass seit Dezember 2007 weder die nunmehrige Bf. noch die im gemeinsamen Haushalt lebenden Familienangehörigen Leistungen aus der Grundversorgung bezogen haben. Das Vorliegen einer subsidiären Schutzberechtigung für den zuletzt genannten Personenkreis iS des § 3 Abs. 4 leg. cit ist ebenfalls evident.

Als Streitgegenstand verbleibt demnach, ob die Bf. im hier maßgeblichen Zeitraum eine unselbständige Erwerbstätigkeit ausübte. Aus dem Versicherungsdatenauszug ist zur Bf. u.a. der Eintrag "von 4.12.2008 bis 8.3.2011 geringfügig beschäftigte Arbeiterin bei der F. GmbH" zu entnehmen. In diesem Zusammenhang ist nunmehr zu prüfen, ob die Ausübung einer geringfügigen Beschäftigung im hier relevanten Monat Dezember 2009 dem Wortlaut der vorzitierten Bestimmung "unselbständig erwerbstätig" entspricht. Aus dem Initiativantrag 62/A XXIII GP wird die Einführung der Regelung des § 3 Abs. 4 FLAG auszugsweise folgendermaßen begründet:

*Weiters soll künftig auch für Personen, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt wurde, ein Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderbetreuungsgeld eingeräumt werden, sofern diese auf Grund ihrer Hilfsbedürftigkeit nicht bereits Leistungen im Rahmen der Grundversorgung nach Maßgabe der Grundversorgungsvereinbarung nach Art. 15a B-VG zwischen dem Bund und den Ländern erhalten und durch eigene Erwerbstätigkeit zu ihrem Lebensunterhalt beitragen. Bereits nach der Rechtslage vor dem 1. Jänner 2006 war als Voraussetzung für den Bezug der Familienbeihilfe das Vorliegen einer mindestens drei Monate dauernden legalen unselbständigen Erwerbstätigkeit vorgesehen. Diese Voraussetzung soll nunmehr durch die selbstständige Erwerbstätigkeit erweitert werden.*

Die unselbständige Erwerbstätigkeit knüpft nach der vorstehenden Begründung an die vor dem 1.1.2006 in Kraft gewesenen gesetzlichen Bestimmungen des § 3 Abs. 1 FLAG idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes an, die wie folgt lauteten:

*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.*

Der Begriff "bei einem Dienstgeber beschäftigt und aus dieser Beschäftigung Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit ... beziehen" war nach den Bestimmungen des § 47 Abs. 2 EStG (vgl. Kommentar zum FLAG, Rz. 15 zu § 3 FLAG und die do. genannte Judikatur) zu beurteilen.

Dass demnach - wie das Finanzamt im gegenständlichen Verfahren bislang vermeint - die Ausübung einer geringfügigen Beschäftigung einen Beihilfenverwehrungsgrund im Sinne des hier anzuwendenden § 3 Abs. 4 leg cit darstelle, findet bereits im Wortlaut der genannten Bestimmung keine Deckung (vgl. auch UFS, RV/3442-W/10 vom 11.1.2011). Darüber hinaus sprechen die obigen Ausführungen explizit lediglich von einem „Beitrag“ durch eine Erwerbstätigkeit zum Lebensunterhalt. Etwaige andere Gründe, die eine Beihilfengewährung im gegenständlichen Beschwerdefall ausschließen würde, zeigt

selbst das Finanzamt bislang nicht auf. Diesebezüglich kann auch vom BFG kein Hinweis aus den vorgelegten Aktenunterlagen bzw. Eintragungen im DB7 entnommen werden. So ergibt sich, dass die gesamte Familie über den Status der subsidiären Schutzberechtigung im hier relevanten Monat verfügte, keine Leistungen aus der Grundversorgung bezogen hat und die Bf. einer geringfügigen Beschäftigung, somit einer Erwerbstätigkeit im Dezember 2009 nachging. Folglich lagen die Voraussetzungen für eine Beihilfengewährung für den zuvor genannten Monat vor. In diesem Zusammenhang ist auch auf die Entscheidung des OGH, GZ: 10ObS53/08d vom 26.6.2008 zu verweisen, in der das genannte Gericht über eine gleichlautende Bestimmung betreffend das Kinderbetreuungsgeld (§ 2 Abs. 1 Z 5 lit c KBGG) abgesprochen hat. Aus einem Hinweis dieser Entscheidung ist überdies zu entnehmen, dass das Finanzamt A. im Rahmen einer Berufung beim gegebenen Sachverhalt die Familienbeihilfe auch für Zeiten einer geringfügigen Beschäftigung gewährte.

Gemäß § 13 FLAG hat die Abgabenbehörde lediglich dann einen Bescheid zu erlassen, wenn einem Antrag auf Beihilfengewährung nicht oder nicht vollständig entsprochen wird. Da im genannten Monat die Voraussetzungen für eine Beihilfengewährung für die beiden im angefochtenen Bescheid näher genannten Kinder vorlagen, war demnach der vom Finanzamt erlassenen Abweisungsbescheid - wie im Spruch dieser Entscheidung ausgeführt - ersatzlos aufzuheben.

### **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. Zwar fehlt bislang zu der hier aufgeworfenen Rechtsfrage, ob eine geringfügige Beschäftigung dem Tatbestandselement einer "unselbständigen Tätigkeit" iS der genannten Rechtsbestimmungen entspricht, eine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, jedoch ist diese Rechtsfrage eindeutig durch den klaren Wortlaut des § 3 Abs. 4 FLAG idF des BGBl 168/2006 geregelt. Die Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG sind demnach nicht erfüllt, wodurch eine ordentliche Revision gegen dieses Erkenntnis nicht zuzulassen war.

Linz, am 26. Juli 2016