



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., W., vertreten durch Alix Frank Rechtsanwälte GmbH, Rechtsanwälte, 1010 Wien, Schottengasse 10, vom 14. März 2012 gegen den Abweisungsbescheid des Finanzamtes Wien 9/18/19 Klosterneuburg, vom 18. Februar 2012 betreffend Familienbeihilfe soweit dieser über die Monate Oktober 2007 bis Februar 2010 abspricht entschieden:

Der Berufung wird teilweise stattgegeben.

Der Bescheid wird insofern abgeändert als der Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe für die Monate Jänner und Februar 2010 abgewiesen wird.

Betreffend die Monate Oktober 2007 bis Dezember 2009 wird der Bescheid aufgehoben.

Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (Bw.) ist eine georgische Staatsbürgerin. Sie ist im Oktober 2002 mit Ihrem Sohn I. nach Österreich eingereist und stellte für sich und ihr Kind am Flughafen Schwechat einen Antrag auf Gewährung von Asyl. Der Zweite Sohn J. kam im Juni 2003 nach Österreich und stellte einen Erstreckungsantrag bezogen auf das Asylverfahren seiner Mutter.

Am 11. Dezember 2009 wies der Asylgerichtshof den Antrag der Bw. auf Asyl und den Erstreckungsantrag ab, die erstinstanzliche Ausweisung wurde ersatzlos behoben.

Seit März 2010 sind die Bw. und Ihre Kinder im Besitz einer unbeschränkten Niederlassungsbewilligung.

Im November 2011 beantragte die Bw. für ihre Kinder J., geb. 1993, und I., geb. 1999, für den Zeitraum April 2004 bis Februar 2010 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge.

Das Finanzamt wies den Antrag mit Bescheid vom 16. Februar 2012 mit folgender Begründung ab:

"04/2004 – 10/2006:

Die Familienbeihilfe kann nur für höchstens fünf Jahre rückwirkend vom Beginn des Monats der Antragstellung gewährt werden.

Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 2005 (AsylG 2005), BGBl. I Nr. 100/2005, gewährt wurde, haben Anspruch auf Familienbeihilfe auch für jene Kinder, denen ebenfalls Asyl nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde. Maßgebend für den Beginn des Beihilfenanspruchs ist jener Monat, in dem sowohl die antragstellende Person als auch das Kind über den Asylstatus verfügen. Dieser muss durch Vorlage positiver Asylbescheide dokumentiert werden.

Gemäß § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG 1967) haben Personen, die nicht österreichische StaatsbürgerInnen sind, 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.

Zu A. J.:

Für Kinder, die nicht österreichische StaatsbürgerInnen sind, besteht gemäß § 3 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Zu A. I.:

Für Kinder, die nicht österreichische StaatsbürgerInnen sind, besteht gemäß § 3 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) nur dann Anspruch W. auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten."

Die Bw. brachte gegen den Abweisungsbescheid mit folgender Begründung Berufung ein:

"1) Berufungserklärung

Die Berufung richtet sich gegen **den** den Antrag auf Familienbeihilfe vom 15.11.2011 hinsichtlich der mj. Kinder der Berufungsverberin A. J. (VNR 4321) und A. I. (VNR 1234) **abweisenden Bescheid vom 16.02.2012, bei der Berufungsverberin eingelangt am 20.02.2012, eingeschränkt auf die Monate Okt./2007 bis Feb./2010.**

Der von der Berufungsverberin am 15.11.2011 gestellte Antrag auf Familienbeihilfe hinsichtlich der beiden Kinder der Antragstellerin A. J. (VNR 4321) und A. I. (VNR 1234), jeweils für den Zeitraum Apr. 2004 -Feb. 2010 wurde von der Behörde abgewiesen.

In der Begründung des den Antrag abweisenden Bescheides wird im Wesentlichen aufgelistet, unter welchen Voraussetzungen Familienbeihilfe zu gewähren ist. Die Begründung lässt jedoch vermissen, aufgrund welcher Ermittlungen konkrete Feststellungen getroffen wurden, ob die Berufungsverberin selbst oder die Kinder der Berufungsverberin J. A. (VNR 4321) und I. A. (VNR 1234) für den in Rede stehenden Zeitraum die Voraussetzungen für die Gewährung der beantragten Familienbeihilfe erfüllen oder nicht.

Die Behörde hat dadurch Verfahrensvorschriften verletzt (und zwar durch die Vernachlässigung ihrer Ermittlungspflicht und durch die Unzulänglichkeit der Bescheidbegründung), bei deren Beachtung die

Erlassung eines anderen Bescheides nicht von vornherein ausgeschlossen werden konnte (vgl. dazu VwGH 2001/13/0200: *"Da die belangte Behörde durch die Vernachlässigung ihrer Ermittlungspflicht und durch die Unzulänglichkeit der Bescheidbegründung Verfahrensvorschriften verletzt hat, bei deren Beachtung die Erlassung eines anderen Bescheides nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, war der angefochtene Bescheid gemäß § 42 Abs. 2 Z 3 VwGG aufzuheben"*).

Unter Anderem hat der VwGH in seinem Erkenntnis 2009/16/0129 Folgendes ausgesprochen: *"§ 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. Daher hat die diese Bestimmung anwendende Abgabenbehörde selbstständig materiell zu prüfen, ob der betreffenden Person Flüchtlingseigenschaft zukommt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 24. Juni 2004, Zl. 2001/15/0051, VwSlg 7940 F/2004)."*

Weiters ist die Behörde von einer unrichtigen rechtlichen Beurteilung ausgegangen, indem sie ihrer Entscheidung das FLAG in dessen derzeit geltenden Fassung zu Grunde gelegt hat. Dazu hat der VwGH in seinem Erkenntnis 96/14/0125 Folgendes ausgesprochen: *"Ungeachtet des Zeitpunktes der Antragstellung ist für die zu treffende Entscheidung die jeweilige Rechtslage im Anspruchszeitraum maßgeblich (Hinweis E 24.10.2000, 95/14/0119)".*

Nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 2007/15/0170 vom 15.1.2008, seither ständige Rechtsprechung, zuletzt zB VwGH 2009/19/0119 vom 25.3.2009, VwGH 2009/16/0123 vom 24.6.2010) **ist § 55 FLAG 1967 dahingehend zu verstehen**, dass für Asylwerber, deren Asylverfahren noch nach dem AsylG 1997 zu Ende zu führen ist (d.h. deren Asylverfahren bereits vor dem 1.1.2006 anhängig war), **§ 3 FLAG 1967-** unbeschadet der durch BGBI. I Nr. 168/2006, mit Wirkung ab 1. Juli 2006 vorgenommenen Änderungen - noch in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes BGBI. I Nr. 142/2004 **anzuwenden ist.**

Die Änderung des § 3 FLAG 1967 erfolgte im Zuge umfangreicher Gesetzesänderungen durch das Fremdenrechtspaket 2005, BGBI. 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 BGBI. I Nr. 100/2005, treten mit 1.1.2006, nach Maßgabe der Übergangsbestimmungen des Niederlassungs- und Aufenthalts gesetzes (NAG), BGBI. I Nr. 100/2005, sowie des Asylgesetzes 2005 (AsylG 2005), BGBI. I Nr. 100/2005, in Kraft." Das Asylgesetz 2005 enthält unter anderem in seinem § 75 Absatz 1 folgende Übergangsbestimmung: "Alle am 31. Dezember 2005 anhängigen Verfahren sind nach den Bestimmungen des Asylgesetzes 1997 zu Ende zuführen [...]. § 44 AsylG 1997 gilt. Die §§ 24, 26, 54 bis 57 und 60 dieses Bundesgesetzes sind auf diese Verfahren anzuwenden [...]"*

Auf Grund dieser Übergangsbestimmungen hat der Verwaltungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 15.1.2008, 2007/15/0170, die Feststellung getroffen, dass § 3 FLAG 1967 in der Fassung des Fremdenrechtspaketes 2005 für Personen, **die vor dem 1. Jänner 2006 einen Asylantrag gestellt haben und deren Asylverfahren daher noch nach dem Asylgesetz 1997 abgeführt** wird, auch für Zeiträume ab dem 1. Jänner 2006 noch anzuwenden ist. Für diesen Personenkreis kommt § 3 FLAG zunächst noch in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBI. I Nr. 142/2004, zur Anwendung. Die Behörde hätte somit das FLAG in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes BGBI. I Nr. 142/2004 anzuwenden gehabt.

Das FLAG in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes BGBI. I Nr. 142/2004 lautet: **§ 2 (1):** „*Anspruch auf Familienbeihilfe haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben*“; **§ 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 nichtselbstständiger Arbeit oder zufolge einer solchen Beschäftigung Bezüge aus der gesetzlichen Krankenversicherung im Bundesgebiet beziehen*“; **§ 3 (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 (3):** „*Ist der Elternteil, der den Haushalt überwiegend führt (§ 2a 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*“.

Verwiesen sei in diesem Zusammenhang auch auf die Entscheidung des Unabhängigen Finanzsenates RV/0612-L108 vom 4.12.2009:

"Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 12.10.2009, betreffend einen vergleichbaren Sachverhalt zu § 3 Abs. 2 FLAG in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes unter Zitierung seiner Entscheidung vom 7. 6.2001, 98/15/0025, klargestellt, dass der dort geforderte ständige Aufenthalt im Bundesgebiet dem ständigen Aufenthalt im Sinn des § 26 Abs. 2 BAO entspricht und es dabei auf die körperliche Anwesenheit ankommt. Damit werde auf die tatsächlichen Verhältnisse und nicht auf einen "berechtigten Aufenthalt" abgestellt. In der Folge verweist er auf seine im Erkenntnis vom 21.9.2009, 2009/16/0178, zum insoweit vergleichbaren Tatbestand des ständigen Aufenthaltes in § 5 Abs. 3 FLAG erfolgte Klarstellung, dass auch dieser ständige Aufenthalt dem gewöhnlichen Aufenthalt im Sinn des § 26 Abs. 2 BAO entspricht, dass es bei der Frage dieses Aufenthalts um objektive Kriterien geht und eine Berechtigung zum dauernden Aufenthalt nicht ausschlaggebend ist.

Im Sinn dieser Rechtsprechung ist auch im gegenständlichen Fall unwesentlich, ob die Aufenthaltsberechtigung der Berufungswerberin nur eine vorläufige ist. Vielmehr ist der tatsächliche Aufenthalt im Bundesgebiet von Bedeutung. Mit ihrer Einreise nach Österreich im September 2002 erfüllt die Berufungswerberin jedenfalls im Berufungszeitraum die Voraussetzung eines mehr als sechzigmonatigen ständigen Aufenthaltes im Bundesgebiet und damit auch für den Anspruch auf Familienbeihilfe."

Die Berufungswerberin hält sich seit Oktober 2002 ständig im Bundesgebiet auf, und sie ist seit dem 31.10.2002 im Bundesgebiet behördlich gemeldet.

Der Sohn der Berufungswerberin I. A. hält sich seit Oktober 2002 ständig im Bundesgebiet auf und ist seit dem 31.10.2002 im Bundesgebiet behördlich gemeldet. Der Sohn der Berufungswerberin J. A. hält sich seit Juni 2003 ständig im Bundesgebiet auf und ist seit dem 16.06.2003 im Bundesgebiet behördlich gemeldet

Die Asylverfahren der Berufungswerberin und ihrer beiden Söhne waren bereits vor dem 1.1.2006 anhängig (und waren noch nach dem AsylG 1997 zu Ende zu führen):

Die Berufungswerberin hatte am 21.10.2002 einen Asylantrag gestellt. Das Asylverfahren wurde am 11.12.2009 durch eine Entscheidung des Asylgerichtshofs abgeschlossen. Der Sohn der Berufungswerberin I. A. hatte am 21.10.2002 einen Asylantrag gestellt. Das Asylverfahren wurde am 11.12.2009 durch eine Entscheidung des Asylgerichtshofs abgeschlossen.

Der Sohn der Berufungswerberin J. A. hatte am 10.06.2003 einen Asyl(erstreckungs)antrag gestellt. Das Asylverfahren wurde am 11.12.2009 durch eine Entscheidung des Asylgerichtshofs abgeschlossen.

Ergänzend sei erwähnt, dass sowohl die beiden Kinder der Berufungswerberin I. A. und J. A. als auch die Eltern der beiden Kinder (zu denen auch die Berufungswerberin selbst zählt) seit März 2010 im Besitz eines Aufenthaltstitels "Niederlassungsbewilligung unbeschränkt, freier Zugang zum Arbeitsmarkt" sind. Hinsichtlich der Berufungswerberin besteht ein Aufenthaltstitel zur AZ MA35-9/2882682-0 1-K und zur AZ MA35-9/2882682-02-K

Hinsichtlich I. A. besteht ein Aufenthaltstitel zur AZ MA35-9/2900685-01-K.

Hinsichtlich J. A. besteht ein Aufenthaltstitel zur AZ MA35-9/2900680-01-K.

Die Aufenthaltstitel befinden sich bereits im Akt der Behörde.

Die Berufungswerberin hatte im Oktober 2007 die Mindestaufenthaltsdauer von 60 Kalendermonaten gemäß § 3 Abs 2 FLAG in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes BGBI. I Nr. 142/2004 erfüllt. Somit besteht seit Oktober 2007 der Anspruch der Berufungswerberin auf Familienbeihilfe zu Recht.

3) Die Berufungswerberin stellt daher den Berufungsantrag

a) Die Berufungswerberin beantragt daher, den in Berufung gezogenen Bescheid dahin gehend abzuändern, dass dem ursprünglichen Antrag vom 15.11.2011 auf Familienbeihilfe hinsichtlich der beiden mj. Kinder der Antragstellerin A. J. (VNR 4321) und A. I. (VNR 1234) insoweit stattgegeben wird, indem der Antragstellerin ab Oktober 2007 die Familienbeihilfe gewährt wird;

b) in eventu beantragt die Berufungswerberin den in Berufung gezogenen Bescheid aufzuheben und das Verfahren zu dessen neuerlichen Durchführung (und insbesondere zur vollständigen Durchführung der gebotenen Ermittlungen durch die Behörde) und Behandlung des gegenständlichen Antrags an die untere Instanz zurück zu verweisen;..."

Über die Berufung wurde erwogen:

Der Entscheidung wird folgender Sachverhalt zu Grunde gelegt:

Die Berufungswerberin (Bw.) und ihre Kinder sind georgische Staatsbürger. Die Bw. ist im Oktober 2002 mit Ihrem Sohn I. nach Österreich eingereist und stellte für sich und ihr Kind einen Antrag auf Gewährung von Asyl. Der Sohn J. kam im Juni 2003 nach Österreich und stellte einen Erstreckungsantrag bezogen auf das Asylverfahren seiner Mutter.

Am 11. Dezember 2009 wies der Asylgerichtshof den Antrag der Bw. auf Asyl und den Erstreckungsantrag ab, die erstinstanzliche Ausweisung wurde ersatzlos behoben.

Seit März 2010 sind die Bw. und Ihre Kinder im Besitz einer unbeschränkten Niederlassungsbewilligung.

Die Rechtsgrundlagen stellen sich wie folgt dar:

Gemäß § 3 Abs. 1 FLAG 1967 in der ab 1.1.2006 geltenden Fassung haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, 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.

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.

§ 3 Abs. 3 leg. cit. besagt: Abweichend von Abs. 1 haben Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 2005, BGBI. 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 BGBI I Nr. 168/2006) angefügt, wonach außerdem solche Personen, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde, Anspruch auf Familienbeihilfe haben, 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.

Bis 31.12.2005 galt für Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, folgende gesetzliche Regelung des § 3 Abs. 1 FLAG 1967: Danach hatten solche Personen dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet bei einem Dienstgeber beschäftigt waren und aus dieser Beschäftigung Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit oder zufolge einer solchen Beschäftigung Bezüge aus der gesetzlichen Krankenversicherung im Bundesgebiet bezogen. Kein Anspruch bestand, wenn die Beschäftigung nicht länger als drei Monate dauerte, außerdem, wenn die Beschäftigung gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer verstieß. Nach Absatz 2 galt diese Einschränkung des Absatz 1 nicht für Personen, die sich seit mindestens sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhielten, sowie für Staatenlose und Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 1997 gewährt wurde.

Die oben zitierte Neuregelung der Ansprüche von Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, erfolgte im Rahmen umfangreicher Gesetzesänderungen durch das Fremdenrechtspaket 2005, BGBl. I Nr. 100/2005. Im Zuge dieser Änderungen wurde auch folgende Übergangsbestimmung des § 55 FLAG angefügt: Die §§ 2 Abs. 8 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) sowie des Asylgesetzes 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.

Auf Grund dieser Verknüpfung der Übergangsbestimmung für den § 3 FLAG mit den Übergangsbestimmungen des NAG und des Asylgesetzes 2005 traf der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 15.1.2008, 2007/15/0170, die Feststellung, 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 Zeiträume ab 1.1.2006 nicht anzuwenden ist und für diese Personen § 3 FLAG zunächst noch in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004, zur Anwendung kommt.

Da die Asylverfahren der Bw. und ihres Sohnes I. seit 2002 und das Erstreckungsverfahren ihres Sohnes J. seit 2003 bis 11. Dezember 2009 anhängig war, war der § 3 Abs.2 FLAG idF Pensionsharmonisierungsgesetz BGBl. I Nr. 142/2004 auf Grund der Übergangsbestimmung anzuwenden, somit ist auf die Mindestaufenthaltsdauer von 60 Monaten abzustellen. Für die Zeit danach bestand bis März 2010 kein gültiger Aufenthaltstitel.

Auf Grund der Tatsache, dass betreffend die Berufungswerberin und ihrer Familie zum Zeitpunkt der Antragstellung auf Gewährung der Familienbeihilfe am 15. November 2011 kein offenes Asylverfahren mehr anhängig war, steht fest, dass der Antrag der Berufungswerberin auf Gewährung der Familienbeihilfe für die Zeit für Jänner bis Februar 2010 nach der Fassung des Fremdenrechtspaketes 2005, BGBl. I Nr. 100/2005, zu beurteilen ist. Nach dieser Regelung haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie selbst sowie die anspruchsvermittelnden Kinder entweder einen Aufenthaltstitel nach den §§ 8 oder 9 NAG haben, oder ihnen Asyl nach dem Asylgesetz 2005 gewährt wurde oder die subsidiäre Schutzberechtigung zuerkannt wurde.

Diese Voraussetzungen treffen im Berufungszeitraum für die Monate Jänner und Februar 2010 nicht zu.

Es war daher wie im Spruch angeführt zu entscheiden.

Wien, am 2. Juli 2012