



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch Edward W. Daigneault, Rechtsanwalt, 1160 Wien, Lerchenfelder Gürtel 45/11, vom 22. April 2013 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 8/16/17 vom 11. April 2013 betreffend Familienbeihilfe für den Zeitraum ab März 2006 entschieden:

Der Berufung wird teilweise statt gegeben.

Der angefochtene Bescheid betreffend Anerkennung der Familienbeihilfe für E., geb. 27.11.2003, A., geb. 27.2.2002 und V., geb. 1.8.2000 wird hinsichtlich des Zeitraumes November 2006 bis Juni 2008 und Oktober 2011 bis August 2013 aufgehoben.

Im Übrigen wird die Berufung, soweit der Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum März 2006 bis Oktober 2006 und Juli 2008 bis September 2011 gerichtet ist, als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Mit Bescheid vom 11. April 2013 wies die Amtspartei den Antrag auf Bescheiderlassung vom 30. Oktober 2011 der Berufungswerberin (Bw.) ab und führte begründend aus, dass die Familienbeihilfe höchstens fünf Jahre rückwirkend von Beginn des Monats der Antragstellung zu gewähren sei. Da die Antragstellung am 30. November 2011 erfolgte, sei eine Gewährung der Familienbeihilfe vor November 2006 nicht möglich. Von November 2006 bis Juni 2008 habe die Bw. Familienbeihilfe zuerkannt bekommen. Der Asylantrag vom 10. Dezember 2005 der Bw. sei sowohl durch das Bundesasylamt als auch durch den Unabhängigen

Bundesasylsenat (UBAS) abweislich und durch Zustellung am 25. Juni 2008 rechtskräftig entschieden worden. Dieses Asylverfahren sei nach dem Asylgesetz 1997 abgeführt worden und habe der VwGH mit Beschluss vom 18. November 2010 die Behandlung einer gegen den letzten Bescheid erhobenen VwGH-Beschwerde abgelehnt.

Am 9. Februar 2011 habe die Bw. einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt und sei dieses Asylverfahren nach dem Asylgesetz 2005 abgehandelt worden. Die diesbezügliche Beschwerde an den Asylgerichtshofes sei einerseits gemäß [§ 68 Abs. 1 AVG](#) wegen entschiedener Sache abgewiesen und andererseits hinsichtlich der Ausweisung der Bw. nach Bolivien stattgegeben worden. Gleichzeitig sei auch festgestellt worden, dass die Ausweisung der Bw. aus Österreich nach B. auf Dauer unzulässig sei.

Weiters führte das Finanzamt aus, dass für Zeiträume nach dem Juni 2008 der [§ 3 FLAG 1967](#) nicht mehr in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes (BGBl. I 2004/142), sondern in der Fassung nach dem Asylgesetz 2005 zur Anwendung gelange. Da der Aufenthalt in Österreich nach rechtskräftigem Abschluss des nach dem Asylgesetz 1997 abgeführten Verfahrens ohne irgendeinen Aufenthaltstitel erfolgt sei, sei auch kein Beihilfenanspruch festzustellen.

In der rechtzeitig eingebrachten **Berufung** führte die Bw. aus, dass sie bereits im Juni 2006 oder Juli 2006 die Zuerkennung der Familienbeihilfe beantragt habe. Die Familienbeihilfe sei der Bw. damals nicht zuerkannt worden, obwohl ihr diese schon damals zugestanden wäre. Das Finanzamt hätte seine damalige fehlerhafte Entscheidung revidieren und die Beihilfe ab März 2006 zuerkennen müssen.

Außerdem habe die Bw. bereits im Oktober 2011 (unmittelbar nach Ausstellung der Aufenthaltskarte) weitere Anträge auf Zuerkennung der Familienbeihilfe gestellt, sodass bei Berücksichtigung der rückwirkenden fünf Jahre das Finanzamt Familienbeihilfe ab Oktober 2006 hätte zuerkennen müssen.

Das Finanzamt habe das Aufenthaltsrecht der Bw. und ihrer Angehörigen nur bis Juni 2008 angenommen und aus diesem Grund Familienbeihilfe nur bis Juni 2008 gewährt. Der VwGH habe jedoch einer von der Bw. und ihren Angehörigen erhobenen Bescheidbeschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Mit Beschluss vom 18. November 2010 wurde die Behandlung der Beschwerde abgelehnt. Daher sei der Aufenthalt nach asylrechtlichen Bestimmungen im ersten Asylverfahren bis November 2010 rechtmäßig gewesen (VwGH vom 26. Jänner 2012, Zl. 2010/21/0180). In dieser Entscheidung habe der VwGH mit Beschluss eine aufschiebende Wirkung des Bescheides zuerkannt, sodass dem Beschwerdeführer die Rechtsstellung zukam, die er als Asylwerber vor Erlassung des angefochtenen Bescheides

gehabt habe. Für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes sei [§ 21 FPG](#) anzuwenden, sodass der Aufenthalt in Österreich bis zur Zustellung der ablehnenden Entscheidung des VwGH als rechtmäßig im Sinne der genannten Bestimmung anzusehen sei. Daher habe das Finanzamt der Bw. Familienbeihilfe bis November 2010 zu gewähren.

Die Beurteilung zur Ausweisung eines Fremden habe sich in der Zwischenzeit geändert und sei die Bestimmung zur Feststellung einer auf Dauer unzulässigen Ausweisung nach [§ 10 Abs. 5 Asylgesetz](#) neu eingeführt worden. Damit seien zwei Möglichkeiten offen gestanden; und zwar einerseits im fremdenpolizeilichen Ausweisungsverfahren oder andererseits im asylrechtlichen Verfahren durch einen Folgeasylantrag, worin der Anspruch der Bw. auf Erteilung eines Aufenthaltstitels hervorkomme. Da eine zügigere Bearbeitung des Verfahrens vor der Asylbehörde zu erwarten gewesen sei, habe sich die Bw. für die Variante Folgeasylantrag entschieden. Die Voraussetzungen zur Feststellung der Nichtausweisbarkeit und der damit einhergehenden Regularisierung des Aufenthaltes in Österreich seien jedoch bereits im November 2010 vorgelegen.

Die Familienbeihilfe sei eine Transferleistung, die es Eltern erleichtere, den Unterhaltsleistungen ihrer Kinder nachzukommen; die Familienbeihilfe diene daher direkt dem Kindeswohl.

Gemäß [Art. 1 B-VG](#) Kinderrechte habe jedes Kind Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge, die für sein Wohlergehen notwendig sei und auf bestmögliche Entwicklung und Entfaltung, sowie auf die Wahrung seiner Interessen unter dem Gesichtspunkt der Generationengerechtigkeit. Bei allen Kindern betreffenden Maßnahmen öffentlicher und privater Einrichtungen sei das Wohl des Kindes vorrangig.

Die Nichtgewährung der Familienbeihilfe zwischen Dezember 2010 und September 2011 führe zu einer Negierung des Kinderwohls und sei daher im Lichte der obigen Verfassungsbestimmung zur Sicherstellung der Kinderrechte nicht rechters.

Die Bw. regte eine Gesetzesprüfung des [§ 3 FLAG 1967](#) an und vertrat die Meinung, dass [§ 3 Abs. 1 und 2 FLAG 1967](#) verfassungswidrig sei, da für nicht österreichische Eltern und Kinder die Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes in Österreich als Erteilungsvoraussetzung normiert sei.

Die Familienbeihilfe sei daher von März 2006 bis November 2013 in eventu von Oktober 2006 bis November 2010 zu bewilligen.

Die Berufung wurde dem **Unabhängigen Finanzsenat** (UFS) zur Entscheidung vorgelegt und räumte die Bw. auf Vorhalt des UFS ein, dass die Anträge auf Zuerkennung der Familienbeihilfe auch am 2. November 2011 eingebracht worden sein könnten.

Desweiteren wurde auch der VwGH-Beschluss vom 21. November 2008 über die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung in Fotokopie übermittelt.

Im Finanzamtsakt liegen u.a. Anträge betreffend die Anerkennung von Familienbeihilfe (Beih1) für die drei Kinder der Bw. ein, die am 2. November 2011 persönlich bei der Amtspartei eingereicht wurden.

Über die Berufung wurde erwogen:

Für den gegenständlichen Streitzeitraum sind mehrere Fassungen des [§ 3 FLAG 1967](#) von Relevanz.

Für den Zeitraum vor dem 1.1.2006 lautet [§ 3 Abs. 1 FLAG 1967](#) idF PensionsharmonisierungsG BGBl. I 2004/142 folgendermaßen:

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.

Abs. 2 leg cit. normiert, dass Abs. 1 nicht für Personen gilt, die sich seit mindestens sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten, sowie für Staatenlose und Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 1997 gewährt wurde.

Eine grundsätzliche Änderung des [§ 3 FLAG 1967](#) erfolgte mit dem Fremdenrechtspaket 2005 BGBl. I 2005/100. Damit wurde das Asyl- und Fremdenpolizeirecht in einem aufeinander abgestimmten System neu kodifiziert sowie eine inhaltliche Trennung des Fremdengesetzes 1997 in ein Fremdenpolizeigesetz (FPG) und ein Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) vorgenommen. Korrespondierend hierzu wurde § 3 FLAG 1967 geändert. Diese Änderung trat mit 1.1.2006 nach Maßgabe der Übergangsbestimmungen des NAG sowie des Asylgesetzes 2005 (AsylG 2005) in Kraft ([§ 55 Abs. 1 FLAG 1967](#)).

[§ 3 FLAG 1967](#) ab 1.1.2006 lautet:

- (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.
- (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.

Im vorliegenden Fall ist unstrittig, dass das erste Asylverfahren der Bw. nach dem Asylgesetz 1997 im Juni 2008 abweislich entschieden wurde und die Bw. am 9. Februar 2011 einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat. Diesem späteren Antrag wurde insoweit Rechnung getragen, dass der Asylgerichtshof mit Erkenntnis vom 7. September 2011 der Bw., ihrem Mann und ihren Kindern den Status der subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt hatte. Wenn das Finanzamt in seiner Begründung ausführt, der Aufenthalt in Österreich ist nach rechtskräftigem Abschluss des ersten Asylverfahrens ohne einen Aufenthaltstitel erfolgt, kann der UFS keine Rechtswidrigkeit erkennen. Wenn nun das Asylverfahren nach dem AsylG 1997 negativ beendet wurde, kommt es ab 1.1.2006 wiederum auf den Zeitpunkt der Ausstellung des Aufenthaltstitels an (Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG-Kommentar, § 3, Rz. 261) und dies war im vorliegenden Fall mit der Zuerkennung des Status des subsidiär Schutzberechtigten. Seit diesem Zeitpunkt bezieht die Bw. Familienbeihilfe.

Soweit die Bw. in der Berufung vorbringt, sie habe bereits im Juni 2006 oder Juli 2006 die Zuerkennung der Familienbeihilfe beantragt und das Finanzamt habe die Familienbeihilfe damals nicht zuerkannt, obwohl ihr diese schon damals zugestanden wäre, trifft es zu, dass die Bw. am 21. Juni 2006 einen Antrag auf Familienbeihilfe gestellt hat, zu ergänzen ist jedoch, dass das Finanzamt X. bereits am 3. Juli 2006 einen Abweisungsbescheid erlassen hat und dieser Bescheid nachweislich am 7. Juli 2006 beim Wohnsitzfinanzamt der Bw. hinterlegt wurde. Wenn die Bw. die Meinung vertritt, Familienbeihilfe sei ihr schon damals zugestanden,

hätte sie gegen diesen Bescheid ein Rechtsmittel ergreifen müssen. Dieser Bescheid erwuchs jedoch unstrittig in Rechtskraft.

Die Bw. führt desweiteren aus, sie habe im Oktober 2011 Anträge auf Gewährung der Familienbeihilfe gestellt und unter Berücksichtigung der fünf rückwirkenden Jahre würde ihr somit Familienbeihilfe ab Oktober 2006 zustehen, so entspricht dies nicht der Aktenlage, denn einerseits wurden die Anträge erst am 2. November 2011 persönlich an das Finanzamt Wien 8/16/17 überreicht und andererseits wurden in den Anträgen keinerlei Angaben gemacht, ab welchem Zeitpunkt die Familienbeihilfe anzuerkennen ist. Damit ist das Finanzamt jedoch im Recht, wenn es die Voraussetzungen der Anerkennung der Familienbeihilfe erst mit Antragszeitpunkt geprüft hat.

Soweit die Bw. vorbringt, auf Grund der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung im ersten Asylverfahren sei der Aufenthalt nach asylrechtlichen Bestimmungen bis November 2010 rechtmäßig gewesen, ist darauf hinzuweisen, dass es nach dem § 3 Abs. 2 FLAG 1967 idF PensionsharmonisierungsG BGBl. I 2004/142 u.a. auf den Zeitpunkt der Ausstellung des Aufenthaltstitels ankommt. Da mit Abschluss des ersten Asylverfahrens kein Aufenthaltstitel ausgestellt wurde, war auch eine Anspruchsbegründung der Familienbeihilfe nicht gegeben. Betreffend den Einwand der aufschiebenden Wirkung ist festzuhalten, dass die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung nicht dazu führt, dass ein Asylverfahren noch anhängig ist. Gem. [§ 30 Abs. 3 VwGG](#) hat nämlich im Falle der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung die Behörde den Vollzug des angefochtenen Bescheides aufzuschieben, ein Asylverfahren ist jedoch nicht mehr anhängig. Wird im Übrigen gegen die – zum 31.5.2005 noch offenen – Anträge auf Asyl abweisenden Bescheide des UBAS durch die Kinder Beschwerde an den VwGH erhoben und dieser aufschiebende Wirkung zuerkannt, kommt den antragstellenden Parteien weiterhin die Rechtsstellung als Asylwerber zu. Sollte der VwGH die Bescheide des UBAS aufheben, wären die entsprechenden Asylverfahren noch immer anhängig, und nach § 55 Abs 1 FLAG wiederum § 3 idF PensionsharmonisierungsG bis zur neuerlichen Entscheidung anzuwenden (Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG-Kommentar, § 3, Rz. 260). Im vorliegenden Fall hat der VwGH die Bescheide des UBAS (siehe erstes Asylverfahren) jedoch nicht aufgehoben, sodass die Familienbeihilfe ab der Entscheidung des UBAS (also ab Juli 2008) nicht zusteht.

Betreffend die weiteren Ausführungen, dass der Aufenthalt der Bw. wegen der zuerkannten aufschiebenden Wirkung somit bis November 2010 (= jener Zeitpunkt, wonach der VwGH im ersten Asylverfahren die Behandlung der VwGH-Beschwerde abgelehnt hat) rechtmäßig gewesen sei, ist darauf hinzuweisen, dass mit der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung durch den Verwaltungsgerichtshof zwar der Eintritt der materiellen Rechtskraft unterbrochen

wurde, nicht aber die formelle Rechtskraft der Bescheide des UBAS. Damit waren ab Ergehen der Bescheide des UBAS keine Asylverfahren der Bw. und ihrer Familie mehr anhängig. Ab diesem Zeitpunkt wurde auch vom Finanzamt zu Recht [§ 3 Abs. 2 FLAG 1967](#) in der ab 1.1.2006 maßgeblichen Fassung angewendet.

Im Übrigen war nach der Rechtslage vor 1.1.2006 nicht die Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes der Bw. und ihrer Familie entscheidungswesentlich, sondern u.a. der Ausstellungszeitpunkt eines allfälligen Aufenthaltstitels. Da für die Bw. und ihre Familie ab Beendigung des ersten Asylverfahrens kein Aufenthaltstitel ausgestellt wurde, hat das Finanzamt auch zu Recht ab Juli 2008 keine Familienbeihilfe mehr gewährt.

Hinsichtlich des Vorbringens der Bw., die Voraussetzungen zur Feststellung der Nichtausweisbarkeit seien bereits im November 2010 vorgelegen, ist zu entgegnen, dass die Beihilfenbehörde nicht zu prüfen hat, ob ein Aufenthaltstitel nach [§ 8](#) oder [§ 9 NAG](#) von der nach dem NAG zuständigen Behörde zu Recht oder zu Unrecht erteilt wurde. Liegt ein aufrechter Aufenthaltstitel vor, ist die Voraussetzung des rechtmäßigen Aufenthalts in Österreich nach [§ 3 Abs. 1](#) und [Abs. 2](#) für den Anspruchswerber und das Kind erfüllt (Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG-Kommentar, [§ 3](#), Rz. 157). Laut vorliegenden Unterlagen (Rot-Weiss-Rot-Karte Plus) halten sich die Bw. und ihre Kinder jedenfalls unstrittig ab Oktober 2011 rechtmäßig in Österreich auf. Dem entspricht auch die im Akt einliegende Mitteilung vom 17. November 2011 an die Bw., wonach ihr Familienbeihilfe für den Zeitraum Oktober 2011 bis Oktober 2012 gewährt wurde.

Wenn die Bw. vermeint, die Familienbeihilfe diene direkt dem Kindeswohl, dann ist dies nach Auffassung des UFS eine zu enge Interpretation. Denn in [§ 1 FLAG 1967](#) wird eine sehr allgemeine Erklärung abgegeben, wonach die nach diesem Bundesgesetz vorgesehenen Leistungen zur Herbeiführung eines Lastenausgleiches im Interesse der Familie gewährt werden. Ohne Zweifel verursachen Kinder für die Eltern eine finanzielle Mehrbelastung und sollen die aus dem Familienlastenausgleichsfond vorgesehenen Leistungen, wie z.B. die Familienbeihilfe, der Mehrkindzuschlag, die Schulfahrtbeihilfe, die unentgeltlichen Schulbücher, einen Ausgleich schaffen. Dass diese Leistungen direkt dem Kindeswohl dienen, findet im Gesetz keine Deckung.

Soweit die Bw. eine Gesetzesprüfung des [§ 3 FLAG 1967](#) anregt und die Meinung vertritt, dass diese Bestimmung verfassungswidrig sei, ist zu erwidern, dass die Prüfung gesetzlicher Bestimmungen auf ihre Verfassungsmäßigkeit in die Zuständigkeit des Verfassungsgerichtshofes fällt und der Verfassungsgerichtshof mit Beschluss vom 16. März 2007, Zl. B1397/06 u.a. ausgesprochen hat, dass die Neufassung des [§ 3 FLAG 1967](#) keine verfassungsrechtliche Bedenken erkennen lässt.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 20. August 2013