



## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des K, vom 27. Juli 2006 gegen den Bescheid des Finanzamtes S, vertreten durch M, vom 23. Juni 2006 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab Mai 2006 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

### **Entscheidungsgründe**

Der Berufungswerber ist serbisch-montenegrinischer Staatsbürger und hält sich als Asylwerber gemeinsam mit seiner Ehepartnerin und seinen drei Kindern in R auf. Dem Berufungswerber wurde vom Bundesasylamt am 2. April 2003 eine vorläufige Aufenthaltsberechtigung in Österreich bis zum rechtskräftigen Abschluss seines Asylverfahrens erteilt. Er stellte im Mai 2006 einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für seine drei mit ihm lebenden Kinder, die in R die Schule bzw. den Kindergarten besuchen und legte der Abgabenbehörde erster Instanz eine befristete Beschäftigungsbewilligung seiner beruflichen Tätigkeit für den örtlichen Geltungsbereich B sowie eine Haushaltsbestätigung vor.

Die Abgabenbehörde erster Instanz wies den Antrag ab und führte in der Begründung aus, dass Personen nur dann einen Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder hätten, die nicht österreichische Staatsbürger seien, wenn sich diese in Österreich rechtmäßig aufhielten (§ 3 Abs. 2 FLAG iVm §§ 8, 9 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz). Abweichend von Absatz 1 des § 3 Abs. 2 FLAG idF BGBl I Nr.: 100/2005 hätten Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 2005 gewährt worden sei, Anspruch auf Familienbeihilfe. Dieser Anspruch bestehe auch für Kinder, denen nach dem Asylgesetz 2005 Asyl gewährt worden sei. Da die im § 3 des

FLAG 1967 (idF BGBl I Nr: 100/2005) normierten Anspruchsvoraussetzungen nicht vorlägen, sei der Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für die drei Kinder abzuweisen gewesen.

Gegen diesen Bescheid wurde berufen und unter anderem ausgeführt, dass die befristete Aufenthaltsbewilligung nach § 8 AsylG 2005 bzw. § 15 AsylG 1997 von einer österreichischen Behörde – dem Bundesasylamt - bescheidmäßig erteilt werde und es sich dabei unzweifelhaft um einen Aufenthaltstitel nach der Richtlinie 2003/86 EG handle. Der subsidiäre Schutz sei als Aufenthaltstitel nach asylrechtlichen Sonderbestimmungen hinsichtlich seines rechtlichen Charakters mit den Aufenthaltstiteln des § 8 NAG als *lex specialis* vergleichbar. Die Befristung schade dabei nicht, seien doch auch die Aufenthaltstitel nach dem § 8 NAG ebenso in ähnlicher Weise befristet bzw. verlängerbar. Der Wille des Gesetzgebers, den Aufenthalt infolge Gewährung subsidiären Schutzes durch die Asylbehörden als rechtmäßigen zu betrachten, manifestiere sich auch in dem Umstand, dass ab 01. 01. 2006 Personen, denen eine befristete Aufenthaltsberechtigung nach dem AsylG zukomme nicht mehr vom Ausländerbeschäftigungsgesetz erfasst seien (§ 1 Abs. 2 lit a AuslBG), sofern ihnen seit mindestens einem Jahr der Status des subsidiären Schutzberechtigten zukomme. Jedenfalls könne davon ausgegangen werden, dass die befristete Aufenthaltsberechtigung infolge Gewährung subsidiären Schutzes einen rechtmäßigen Aufenthaltstitel im Sinne der europarechtlichen Richtlinie darstelle. Die Aufenthaltstitel nach § 8 NAG und § 8 AsylG seien gleichwertige Aufenthaltstitel und insofern nach europarechtlichen Grundsätzen gleich zu behandeln. Die Einschränkung des § 3 FLAG stelle, da sie das Aufenthaltsrecht nach § 8 AsylG nicht berücksichtige, offensichtlich eine Regelungslücke dar, welche im Wege der Analogie zu schließen sei. Auch in den Erläuterungen zum Fremdenrechtspaket 2005, in deren Zuge das FLAG geändert, sowie das NAG erlassen worden sei, sei kein Grund ersichtlich, der eine Differenzierung nahe lege. Eine Gleichbehandlung der angeführten Aufenthaltstitel sei auch nach dem Art. I Abs. 1 des BVG BGBl 390/1973 geboten. Nachdem wie dargelegt, die Aufenthaltstitel nach den §§ 8 und 9 NAG und dem § 8 AsylG 2005 (sowie des § 15 AsylG 1997) gleichwertig seien und in ihrem rechtlichen und tatsächlichen Charakter vergleichbar seien, sei die Ungleichbehandlung in § 3 FLAG, wonach Drittstaatsangehörige, welche einen Aufenthaltstitel nach dem NAG hätten, Anspruch auf Familienbeihilfe hätten, andere Drittstaatsangehörige, die ein Aufenthaltsrecht auf Grund des Status des subsidiär Schutzberechtigten hätten, dagegen keinen Anspruch, eine sachlich nicht begründbare Unterscheidung. Da das Gebot des BVG BGBl 390/1973 auf Grund der VfGH- Judikatur auch die Vollziehung binde, sei der angefochtene Bescheid inhaltlich rechtswidrig und aus diesem Grund ersatzlos aufzuheben.

Dem Gesetzgeber obliege die verfassungsrechtliche Pflicht zur steuerlichen Berücksichtigung von Unterhaltslasten (Erkenntnis vom 30. 11. 2000, B 1340/00). Dabei sei es seiner

Entscheidung überlassen, ob er den Weg über Transferleistungen (Familienlastenausgleich) oder über Berücksichtigung im Steuerrecht wähle (VfGH vom 04. 12. 2001, B 2366/00). Das Motiv für die Erlassung des FLAG 1967 liege darin, dass der Gesetzgeber einen Ausgleich der finanziellen Mehrbelastung, die die Ernährung, Bekleidung und Erziehung von Kindern verursachen, zwischen denen, welche einen solchen zu tragen hätten und jenen, die einen Mehraufwand nicht zu tragen hätten, schaffen wolle (VfSlG 14.694). Im gegenständlichen Fall könne ein solcher Ausgleich nicht mehr geschaffen werden. Bislang sei dieser Ausgleich für die Mehrleistungen durch Unterhaltsleistungen im überwiegenden Ausmaß durch den Familienlastenausgleich ermöglicht worden. Nach Wegfall dieser Leistungen nach dem FLAG sei aber der verfassungsrechtliche Pflicht zur Berücksichtigung von Unterhaltsleistungen, die der VfGH in ständiger Judikatur festgestellt habe, nicht mehr gegeben. Ein Ausgleich sei auch nach den geltenden einkommensteuerrechtlichen Bestimmungen nicht gegeben. Der Gesetzgeber habe demnach durch die neue Regelung des § 3 FLAG die ganze Gruppe der nach den asylrechtlichen Bestimmungen subsidiär Schutzberechtigten von diesem Ausgleich der Unterhaltslasten ausgenommen, dies jedoch entgegen seiner verfassungsrechtlichen Verpflichtung. Daher beruhe die Abweisung des Antrages auf Gewährung von Familienbeihilfe auf der Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes und sei aus diesem Grund rechtswidrig. Wiewohl der Familienlastenausgleich nicht auf dem Versicherungsprinzip basiere, sei der Ausschluss einer ganzen Gruppe, nämlich der Personen die auf Grund subsidiären Schutzes eine befristete, verlängerbare Aufenthaltsberechtigung hätten, unverhältnismäßig und sachlich nicht gerechtfertigt. Würde nach den bisherigen Fassungen des FLAG die Anspruchsvoraussetzungen mit Tatbeständen gekoppelt, welche einen rechtlichen und sachlichen Zusammenhang mit den Leistungen des FLAG aufwiesen, könne dies bei den Anspruchsvoraussetzungen nach dem FLAG idF BGBl 100/2005 nicht mehr gesagt werden. Die Behörde hätte daher den Antrag nicht abweisen dürfen. Es werde daher der Antrag gestellt den angefochtenen Abweisungsbescheid aufzuheben und die Familienbeihilfe antragsgemäß ab Mai 2006 zu gewähren.

In einem ergänzenden Schriftsatz wurde unter anderem vorgebracht, dass nicht, wie in der Berufung irrtümlich ausgeführt, nur ein subsidiärer Schutz nach § 8 iVm § 15 AsylG 1997 bestehe, sondern der Berufungswerber über einen Aufenthaltstitel nach § 19 Abs. 2 AsylG 1997 verfüge. Er sei nach dieser Aufenthaltsberechtigung bis zum rechtmäßigen Abschluss oder der Einstellung des Verfahrens zum Aufenthalt im Bundesgebiet berechtigt. Es sei also auch in diesem Fall von einer Regelungslücke im § 3 FLAG 1967 auszugehen, welche im Wege der Analogie zu schließen sei.

Die Abgabenbehörde erster Instanz legte die Berufung der Abgabenbehörde zweiter Instanz vor und verständigte den Berufungswerber von der Vorlage.

---

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

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.

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.

Abweichend von Absatz 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 FLAG 1967, idF BGBl. I Nr. 100/2005)

Die in den §§ 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, in Kraft (§ 55 Abs. 1 FLAG 1967, idF BGBl. I Nr. 100/2005).

Die Neuregelung des Anspruches einer Person auf Familienbeihilfe, die nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt, erfolgte im Rahmen der Neukodifizierung des Fremdenrechts, insbesondere des Niederlassungs- und Aufenthaltsrechtes. Im Zuge einer Vereinheitlichung und Harmonisierung der Rechtsvorschriften besteht daher ab Inkrafttreten der Neuregelung für eine Person, die nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt, nur mehr dann ein Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn diese Person nach den Bestimmungen des Niederlassungs- und Aufenthaltsrechtes einen Aufenthaltstitel hat (siehe Beilagen RV 952, XXII. GP Regierungsvorlage - Materialien zu Art 12 – Änderung des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967, Seite 15).

Der Berufungswerber konnte weder für sich noch für seine Kinder einen Aufenthaltstitel nach der neuen gesetzlichen Regelung vorweisen. Eine vorläufige Aufenthaltsberechtigung auch wenn diese vom Bundesasylamt im April 2003 ausgestellt wurde, ist kein im § 8 NAG BGBl. I Nr. 100/2005 – Arten und Form der Aufenthaltstitel – angeführter Aufenthaltstitel. Da im Zeitpunkt der Antragstellung (Mai 2006) auch das laufende Asylverfahren nicht rechtskräftig abgeschlossen ist, besteht auf Grund der Bestimmung des § 3 FLAG idF BGBl. I Nr. 100/2005 kein Anspruch auf Gewährung der Familienbeihilfe, wie die Abgabenbehörde erster Instanz in ihrem Bescheid ausgeführt hat.

Die Beurteilung, ob die Bestimmung des § 3 FLAG idF BGBl. I Nr. 100/2005 verfassungswidrig ist oder der Berufungswerber durch den Bescheid in Anwendung eines - nach Ansicht des Berufungswerbers - verfassungswidrigen Gesetzes in seinen Rechten verletzt wurde, steht

dem unabhängigen Finanzsenat als Rechtsmittelbehörde (Abgabenbehörde zweiter Instanz) nicht zu, sondern fällt ausschließlich in die Kompetenz des Verfassungsgerichtshofes.

Die Berufung gegen den Abweisungsbescheid über die Versagung des Anspruches auf Gewährung der Familienbeihilfe ab Mai 2006 war daher abzuweisen.

Salzburg, am 27. September 2006