



Ba.

GZ. RV/0562-W/06

## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des M., B., vertreten durch Dr. Mario Züger, Rechtsanwalt, 1100 Wien, Favoritenstr. 217/37, gegen den Bescheid des Finanzamtes Baden Mödling betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum ab Jänner 2006 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Der Bw. brachte am 6.Dez.2006 den **Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe** ab Jänner 2006 für die Kinder

M.S., geb. 31.08.1995,

M.E., geb. 15.06.1997 und

M.J., geb. 18.06.2004 ein.

Beigelegt wurde u.a. der Bescheid über die befristete Aufenthaltsberechtigung des Antragstellers M. § 8 Absatz 3 iVm § 15 Absatz 2 AsylG bis zum 22.03.2006.

Weiters wurde eine Bescheidausfertigung gemäß § 20 Abs.6 AuslBG vorgelegt, mit der eine Beschäftigungsbewilligung für den Bw. für die Zeit von 5. August 2005 bis 4. Aug. 2006 verlängert wurde.

Das Finanzamt erließ einen **Abweisungsbescheid**, mit dem der Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe ab Jänner 2006 für die drei Kinder abgewiesen wurde. Begründend wurde ausgeführt:

„Änderung § 3 Familienlastenausgleichsgesetz ab Jänner 2006: Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie

sich mit den Kindern nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten. Anspruch besteht auch für Personen und Kinder, denen in Österreich Asyl nach dem Asylgesetz gewährt wurde.

Sie haben keine Aufenthaltsberechtigung im Sinne des genannten Gesetzes, sondern eine befristete Aufenthaltsberechtigung nach dem Asylgesetz. Eine Asylgewährung liegt hier nicht vor.

Ab Jänner 2006 besteht daher kein Anspruch auf Familienbeihilfe.“

Gegen den Abweisungsbescheid erhob der Bw. innerhalb offener Frist das Rechtsmittel der **Berufung**. Begründend führte er aus, dass er die Berücksichtigung der Familienbeihilfe beantrage, da er zwei Schulkinder habe und diese auch Schulkosten bräuchten und sein Gehalt zu wenig sei.

Am 10. März 2006 wurde eine **Berufungsergänzung** eingebracht:

„Es ist richtig, dass weder ich noch die drei genannten Kinder über eine Niederlassungs- oder Aufenthaltsbewilligung nach §§ 8 und 9 NAG verfügen, noch dass uns bisher Asyl nach dem AsylG 2005 gewährt wurde. (Das Berufungsverfahren gegen die Abweisung des Asylantrages ist derzeit beim Unabhängigen Bundesasylsenat zur GZ X. anhängig.) Uns steht lediglich eine gültige, vom Bundesasylamt Traiskirchen zur Y. erteilte befristete Aufenthaltsberechtigung nach § 15 AsylG 1997 zu, mit der uns gemäß der Überleitungsvorschrift in § 75 Abs.6 AsylG 2005 seit dem 1.1.2006 der Status eines subsidiär Schutzberechtigten iSv § 8 AsylG 2005 zukommt.

Beweis: Einsicht in den Asylakt beim Bundesasylamt zur Y.

Einsicht in den Berufsungsakt beim Unabhängigen Bundesasylamt zur GZ X.

Als befristet Aufenthaltsberechtigte bzw. nunmehr subsidiär Schutzberechtigte nach dem AsylG benötigen wir für den rechtmäßigen Aufenthalt in Österreich gemäß § 1 Abs.2 Z 1 NAG weder eine Bewilligung nach dem NAG, noch könnten wir eine solche überhaupt erlangen, weil nach herrschender Verwaltungspraxis ein Wechsel von einer befristeten Aufenthaltsberechtigung (subsidiärer Schutz) nach dem AsylG zu einer Niederlassungs- bzw. Aufenthaltsberechtigung nach dem NAG ausgeschlossen ist. Die belangte Behörde hätte vor diesem rechtlichen Hintergrund § 3 Abs.1 und 2 FLAG idF Fremdenrechtspaket 2005 verfassungs- und gemeinschaftsrechtskonform dahingehend interpretieren müssen, dass eine befristete Aufenthaltsberechtigung nach dem AsylG als rechtmäßiger Aufenthalt nach dem NAG iSd § 3 FLAG zu werten ist, der – bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen, die hier unstreitig gegeben sind – dem Bezug von Familienbeihilfe ermöglicht.

Die von der belangten Behörde getroffene Verbalinterpretation von § 3 FLAG verletzt mich in meinem verfassungsrechtlich geschützten Recht auf Gleichheit vor dem Gesetz, das in Verbindung mit dem Bundesverfassungsgesetz gegen rassistische Diskriminierung nach ständiger Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs auch nicht-österreichischen Staatsbürgern zusteht. Die Gleichheitswidrigkeit begründe ich folgendermaßen: Ich bin in Österreich aufgrund einer aufrechten Beschäftigungsbewilligung vom 26.7.2005 bei der Firma GmbH beschäftigt, ordnungsgemäß angemeldet und sozialversichert. Ich beziehe ein Bruttogehalt von EUR 1.000,89 (Oktober 2005). Der Dienstgeber hat für mich gemäß § 41 FLAG Dienstgeberbeiträge zum Familienlastenausgleichsfonds ("FLAF") abzuführen. Es wäre nun ein gleichheitswidriges Sonderopfer, wenn von Personen, die sich – wie ich – rechtmäßig in Österreich aufhalten und beschäftigt werden, Dienstgeberbeiträge bemessen werden, diesen Personen aber – obwohl sie sich rechtmäßig in Österreich aufhalten – vom Bezug der Familienbeihilfe ausgeschlossen wären. Selbstverständlich muss sich der Kreis der Beitragspflichtigen und der Begünstigten nicht decken: So können gleichheitsrechtlich unbedenklich Beitragspflichten für den Arbeitslohn von Personen, die in Österreich iSv § 41 Abs.1 FLAG beschäftigt werden, statuiert werden, ohne dass sie zum Bezug der Beihilfe berechtigt sind, weil sie nicht ständig in Österreich niedergelassen sind (zB ausländische Tagespendler) oder die Kinder nicht in Österreich leben (zB Gastarbeiter von einer Familienzusammenführung). Umgekehrt können im Sinne einer Solidargemeinschaft – auch

Personen bezugsberechtigt sein, die nie beschäftigt waren und für die nichts in den FLAG einbezahlt wurde (zB Kinder von Arbeitslosen oder Sozialhilfeempfängern oder in Österreich lebende Kinder von Personen, die im Ausland arbeiten). Nicht rechtfertigbar ist aber – wie ausgeführt – dass Personen, die in Österreich leben und arbeiten, zwar beitragspflichtig, nicht aber bezugsberechtigt sein sollen. Diese Interpretation von § 3 FLAG würde dem Gesetz einen gleichheitswidrigen Inhalt unterstellen. In gleichheitskonformer Interpretation hätte die belangte Behörde § 3 Abs.1 und 2 FLAG so verstehen müssen, dass jeder, der sich in Österreich rechtmäßig aufhält (sei es aufgrund einer Bewilligung nach §§ 8 und 9 NAG, oder sei es, dass er gemäß § 1 Abs.2 NAG keiner Bewilligung nach diesem Gesetz bedarf, weil es sich rechtmäßig nach dem AsylG aufhält) und der in Österreich rechtmäßig iSv § 41 FLAG beschäftigt ist, Anspruch auf Bezug der Familienbeihilfe nach Maßgabe der sonstigen Bestimmung des FLAG hat.

Beweis: Nettoabrechnung Oktober 2005

Beschäftigungsbewilligung des AMS Baden vom 26.7.2005

Sollte die Berufungsbehörde sich nicht in der Lage sehen, § 3 FLAG von sich aus gleichheitskonform zu interpretieren, rege ich die Aussetzung des Berufungsverfahrens und die Anfechtung von § 3 FLAG beim Verfassungsgerichtshof wegen Gleichheitswidrigkeit an. Beantragt werden möge, die Wortfolge "nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetze (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005", jeweils in § 3 Abs.1 und in § 3 Abs.2 FLAG wegen Verfassungswidrigkeit aus den oben angeführten Gründen aufzuheben.

Die oben angeführte Interpretation von § 3 FLAG ist auch aus gemeinschaftsrechtlichen Gründen geboten: Nach Art 28 Abs.1 der "Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004 über Mindestnormen für die Anerkennung von den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt der zu gewährenden Schutzes" sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, dafür zu sorgen, dass subsidiär Schutzberechtigte iSd Richtlinie (dh Personen, denen wie mir eine befristete Aufenthaltsberechtigung gemäß AsylG zu kommt), die notwendige Sozialhilfe wie Staatsangehörige dieses Mitgliedstaates erhalten. Der gemeinschaftsrechtliche Begriff der "Sozialhilfe" bedeutet hier nicht dasselbe wie die Sozialhilfe bzw. Notstandshilfe nach nationalem Begriffsverständnis, sondern umfasst alle staatlichen Transferleistungen, die ohne Gegenleistung und ohne dass Beiträge entrichtet werden müssen (wie bei der Sozialversicherung), zustehen. Die Familienbeihilfe fällt daher darunter. Soweit man die Familienbeihilfe nicht als "Sozialhilfe", sondern als "System der sozialen Sicherheit" versteht, wäre Art 26 Abs.5 der Richtlinie anwendbar, der ebenfalls als Diskriminierungsverbot gedeutet werden muss. Die Richtlinie ist gemäß Art 38 Abs.1 bis zum 10.10.2006 umzusetzen und wurde in Österreich mit dem Fremdenrechtspaket 2005 umgesetzt; sie ist also anwendbar. Das Gemeinschaftsrecht verbietet daher eine Schlechterstellung von subsidiär Schutzberechtigten gegenüber österreichischen Staatsbürgern im Hinblick auf die Berechtigung zum Bezug von Familienbeihilfe. Wenn österreichische Staatsbürger unabhängig vom Nachweis einer Berechtigung nach dem NAG unter den allgemeinen Voraussetzungen zum Bezug von Familienbeihilfe berechtigt sind, sind dies auch subsidiär Schutzberechtigte, die sich iSd AsylG rechtmäßig in Österreich aufhalten. Der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts verbietet es, dass mir unter Berufung auf § 3 FLAG die Familienbeihilfe vorenthalten wird.

Beweis: Richtlinien-text

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf Art 28 Abs.2 der genannten Richtlinie, wonach die Mitgliedstaaten die Sozialhilfe für subsidiär Schutzberechtigte auf Kernleistungen beschränken können (diese dann aber ebenfalls im gleichen Umfang und unter denselben Voraussetzungen wie für eigene Staatsangehörige gewähren müssen). Die Familienbeihilfe ist sicherlich eine "Kernleistung" des österreichischen Systems der Familienförderung und daher nicht iSd Richtlinienbestimmung beschränkbar.

Vor diesem Hintergrund stelle ich die Berufungsanträge

- a) eine mündliche Verhandlung abzuhalten;
- b) den angefochtenen Bescheid dahingehend abzuändern, dass mir in verfassungs- und gemeinschaftsrechtskonformer Interpretation von § 3 FLAG bzw. unter Beachtung des Anwendungsvorranges des Gemeinschaftsrechts Familienbeihilfe für meine drei mj. Kinder im gesetzmäßigen Ausmaß zuerkannt wird."

In einer **weiteren Berufungsergänzung** vom 12. Juni 2006 wurde vorgebracht:

*"Die Berufung hinsichtlich der Gemeinschaftswidrigkeit des angefochtenen Bescheides wird um folgende Rechtsausführungen ergänzt:*

*Art 26 Abs 5 der "Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes" (im folgenden kurz: "Richtlinie 2004/83/EG") hat folgenden Wortlaut: "Die in den Mitgliedstaaten geltenden Rechtsvorschriften über das Arbeitsentgelt, den Zugang zu Systemen der sozialen Sicherheit im Rahmen der abhängigen oder selbstständigen Erwerbstätigkeit sowie sonstige Beschäftigungsbedingungen finden Anwendung."*

*Aus der Systematik des Art 26 der Richtlinie 2004/83/EG wird deutlich, dass die in dieser Bestimmung angeführten mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften auf Personen, denen die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt wurde (Art 26 Abs 1 und 2) sowie auf Personen, denen – wie dem Berufungswerber – der subsidiäre Schutzstatus zuerkannt wurde (Art 26 Abs 3 und 4), anzuwenden sind.*

*Der Wortlaut von Art 26 Abs 5 Richtlinie 2004/83/EG sagt lediglich, dass die "nationalen Rechtsvorschriften" hinsichtlich des Arbeitsentgelts, des Zuganges zu Systemen der sozialen Sicherheit und der sonstigen Beschäftigungsbedingungen "Anwendung finden". Es ist selbstverständlich, dass die betreffenden nationale Vorschriften auch auf Flüchtlinge und subsidiär Schutzberechtigte anwendbar sind. Dazu bedürfte es keiner gemeinschaftsrechtlichen Bestimmung bzw. Ermächtigung.*

*Der normative Sinn der Bestimmung erschließt sich daher erst aus dem Kontext des Art 26, den benachbarten Bestimmungen über die Rechte von Flüchtlingen und subsidiär Schutzberechtigten (Art 27 bis 29) und dem allgemeinen Ziel und Zweck der Richtlinie 2004/83/EG, wie es (er) in der Präambel (insb. Nr. 11 und 33) ersichtlich ist: Die Bestimmungen verlangen die Anwendung der betreffenden mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften zu den gleichen Bedingungen wie für eigene Staatsangehörige. Sie normieren daher ein Diskriminierungsverbot: Flüchtlinge und subsidiär Schutzberechtigte, auf die Art 26 Abs 5 in persönlicher Hinsicht anwendbar ist, müssen hinsichtlich des Arbeitsentgelts, des Zuganges zu Systemen der sozialen Sicherheit und der sonstigen Beschäftigungsbedingungen den gleichen Bedingungen unterworfen werden wie Staatsbürger des jeweiligen Mitgliedstaates.*

*Anders gewendet, darf der Mitgliedstaat zwischen seinen Staatsbürgern und Flüchtlingen bzw. subsidiär Schutzberechtigten nicht diskriminierend unterscheiden und schlechtere Mindestlöhne, Beschäftigungsbedingungen oder eben einen ungünstigeren Zugang zu Systemen der sozialen Sicherheit im Rahmen der abhängigen oder selbstständigen Erwerbstätigkeit vorsehen. Beschränkungen des Zuganges zu Systemen der sozialen Sicherheit sind jederzeit zulässig, nur müssen diese Beschränkungen für Staatsbürger und Flüchtlinge bzw. subsidiär Schutzberechtigte gleich sein (oder die Schlechterstellung der Flüchtlinge oder subsidiär Schutzberechtigten muss – nach der allgemeinen Grundrechtsformel des EuGH – durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein und sich als verhältnismäßiges Mittel erweisen, um den Diskriminierungsvorwurf auszuräumen). Es dürfen auf Flüchtlinge und subsidiär Schutzberechtigte also nur die "allgemeinen Vorschriften" (vgl. auch die Formulierung in*

Art 26 Abs 1) angewandt werden; gegenüber dem "allgemeinen" Maßstab verschlechternde Sondervorschriften sind in Bezug auf Flüchtlinge und subsidiär Schutzberechtigten unzulässig.

Was in der gemeinschaftsrechtlichen Terminologie als "System der sozialen Sicherheit" zu werten ist, ergibt sich insbesondere aus der "Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie der Familienangehörigen, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern", die derzeit in der durch die Verordnung (EWG) Nr. 2001/83 des Rates vom 2. Juni 1983 geänderten und aktualisierten und durch die Verordnung (EWG) Nr. 3427/89 des Rates vom 30. Oktober 1989 geänderten Fassung gilt.

Artikel 1 der Verordnung Nr. 1408/71 – Begriffsbestimmungen – sieht vor: "Für die Anwendung dieser Verordnung werden die nachstehenden Begriffe wie folgt definiert:

...

u) Familienleistungen: alle Sach- oder Geldleistungen, die zum Ausgleich von Familienlasten im Rahmen der in Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe h genannten Rechtsvorschriften bestimmt sind, jedoch mit Ausnahme der in Anhang II aufgeführten besonderen Geburts- oder Adoptionsbeihilfen;

..."

Artikel 4 Abs 1 der Verordnung Nr. 1408/71 – Sachlicher Anwendungsbereich – sieht vor: "Diese Verordnung gilt für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, die folgende Leistungsarten betreffen:

...

h) Familienleistungen."

Daraus ergibt sich, dass für gemeinschaftsrechtliche Zwecke der Begriff der "Sozialen Sicherheit" auch "Geldleistungen zum Ausgleich von Familienlasten" (Art 1 lit u der Verordnung Nr. 1408/71) umfasst. Die Familienbeihilfe nach Maßgabe des österreichischen FLAG ist daher eine Maßnahme im System der sozialen Sicherheit. Dies ist auch von der österreichischen Erlasspraxis anerkannt (vgl. Ziffer 03.01 Punkt 11 der FLAG-DR idF AÖFV 2003/150).

Vor diesem Hintergrund dürfen Flüchtlinge und subsidiär Schutzberechtigte hinsichtlich der Bedingungen zum Bezug auf Familienbeihilfe nicht ohne sachlich gerechtfertigten Grund schlechter gestellt werden als österreichische Staatsbürger: Wenn Staatsbürger – unter den allgemeinen Voraussetzungen – Familienbeihilfe erlangen, dann muss die Familienbeihilfe unter den selben Voraussetzungen auch Flüchtlingen und subsidiär Schutzberechtigten zustehen. § 3 Abs 3 FLAG hat diese gemeinschaftsrechtliche Vorgabe für Flüchtlinge korrekt umgesetzt, nicht aber für subsidiär Schutzberechtigte. Insofern verstößt § 3 Abs 2 FLAG gegen zwingendes Gemeinschaftsrecht und ist kraft des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts auf subsidiäre Schutzberechtigte nicht anzuwenden.

Ein sachlich rechtfertigender Grund für die Schlechterstellung der subsidiär Schutzberechtigten ist nicht erkennbar. Insbesondere kann der Grund nicht darin liegen, dass subsidiär Schutzberechtigte – zumindest solange das Berufungsverfahren hinsichtlich des Asylantrages läuft und ihr Asylverfahren daher noch nicht endgültig abgeschlossen ist – Leistungen aus der Grundversorgung beziehen können und diese sozusagen Familienleistungen nach dem FLAG "substituiert". Auf die Grundversorgung besteht nämlich kein Rechtsanspruch (vgl. Art 1 Abs 5 Grundversorgungsvereinbarung gemäß Art 15a B-VG, BGBl I 2004/80). Außerdem ist die Grundversorgung nur subsidiär (vgl. § 3 Abs 2 Bundesbetreuungsgesetz, BGBl 1991/405 idF BGBl I 2004/32). Wenn die Asylwerber – wie im vorliegenden Fall der Berufungswerber – erlaubter Weise über eigenes Einkommen (im gegenständlichen Fall etwa EUR 800,-- monatlich aus Erwerbsarbeit) verfügen und daher keine Hilfsbedürftigkeit gegeben ist, erfolgt keine Aufnahme in die Grundversorgung. Insofern ist der Mehrbedarf, der durch die Kinder verursacht wird, nicht abgedeckt. Der Berufungswerber hat am 8.3.2006 bei der für ihn zuständigen Grundversorgungsstelle für Niederösterreich vorgesprochen und die Wiederaufnahme seiner Familie in die Grundversorgung ersucht. Dies wurde mit (nicht

rechtsmittelfähiger) Mitteilung des Amtes der Niederösterreichischen Landesregierung vom 9.3.2006 abgelehnt. Aus dem Titel der Grundversorgung werden die Familienlasten des Berufungswerbers daher nicht gedeckt. Auskünfte der zuständigen Ministerialstellen, dass der Ausschluss von subsidiär Schutzberechtigten vom Bezug der Familienbeihilfe dadurch gerechtfertigt sei, dass sie Leistungen aus dem Titel der Grundversorgung beziehen, sind daher abstrakt und im konkreten zur Entscheidung anstehenden Fall unrichtig.

*Beweis: Mitteilung der NÖ Landesregierung vom 9.3.2006*

*Wollte man die Familienbeihilfe nicht dem System der Sozialen Sicherheit zuordnen, gilt letztlich nichts anderes: Mangels anderer Bestimmungen müsste sie als Sozialhilfeleistung iSd Richtlinie 2004/83/EG verstanden werden. Gemäß Art 28 Abs 1 müssen die Mitgliedstaaten Sozialhilfeleistungen an Flüchtlinge und subsidiär Schutzberechtigte im "notwendigen" Umfang, und zwar im gleichen Ausmaß wie für eigene Staatsbürger, leisten (Diskriminierungsverbot). Für subsidiär Schutzberechtigte kann das Ausmaß gemäß Art 28 Abs 2 allerdings auch darunter gesenkt und die Sozialhilfeleistungen auf "Kernleistungen" beschränkt werden. Für Sozialhilfeleistungen, die über den "Kernleistungen" liegen, ist daher eine Diskriminierung von subsidiär Schutzberechtigten gegenüber eigenen Staatsbürgern gemeinschaftsrechtlich zulässig. Das gilt jedoch nicht für die "Kernleistungen" der Sozialhilfe: Diese müssen die Mitgliedstaaten den subsidiär Schutzberechtigten "im gleichen Umfang und unter denselben Voraussetzungen wie für eigene Staatsangehörige" gewähren.*

*Zur Auslegung des Begriffes der "Kernleistung" ist auf Nr. 34 der Präambel zu verweisen. Dort heißt es wörtlich: "Die Möglichkeit der Einschränkung von Leistungen für Personen, denen der subsidiäre Schutzstatus zuerkannt worden ist, auf Kernleistungen ist so zu verstehen, dass dieser Begriff zumindest ein Mindesteinkommen sowie Unterstützung bei Krankheit, bei Schwangerschaft und bei Elternschaft umfasst, sofern diese Leistungen nach den Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats eigenen Staatsangehörigen gewährt wird."*

*Die in der Präambel angesprochene und als "Kernleistung" definierte "Unterstützung ... bei Elternschaft" wird in Österreich als Familienbeihilfe nach dem FLAG gewährt. Die Leistungen aus der Familienbeihilfe müssen daher – als Kernleistung – gemäß Art 28 Abs 2 iVm Nr. 34 der Präambel der Richtlinie 2004/83/EG den subsidiär Schutzberechtigten in genau gleicher Weise wie österreichischen Staatsbürgern gewährt werden.*

*Daraus folgt, dass die in § 3 Abs 2 FLAG vorgesehene Einschränkung auf nach dem NAG niederlassungsberechtigte Ausländer aus gemeinschaftsrechtlichen Gründen auf subsidiär Schutzberechtigte durch den Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts verdrängt wird und nicht angewandt werden darf. Die allgemeinen Voraussetzungen für die Gewährung von Familienbeihilfe sind im gegenständlichen Berufungsverfahren erfüllt. Der Berufung wird daher stattzugeben und dem Berufungswerber Familienbeihilfe im gesetzlichen Ausmaß zuzusprechen sein.*

*Soweit die Berufungsbehörde sich den gemeinschaftsrechtlichen Argumenten nicht anschließen vermag, wird – da eine gesicherte Rechtsprechung zur Gemeinschaftskonformität von § 3 Abs 2 FLAG in Bezug auf die Ansprüche von subsidiär Schutzberechtigten nach der Richtlinie 2004/83/EG sowohl in Österreich als auch durch den EuGH bislang fehlt – eine Vorlage an den EuGH angeregt."*

In der **dritten Berufungsergänzung** vom 14. August 2006 wurde weiters vorgebracht:

*"Die Berufung wird um folgende Rechtsausführungen ergänzt.*

*Die in § 3 Abs 1 und 2 FLAG vorgesehene Einschränkung des Anspruchs auf Familienbeihilfe auf nach §§ 8 und 9 NAG niederlassungsberechtigte Ausländer widerspricht – neben den in den bisherigen Berufungsausführungen vorgetragenen Gründen – auch Art 14 iVm Art 8 der – in Österreich im Verfassungsrang stehenden – Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten ("EMRK").*

*Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte ("EGMR") entschied in der Rechtssache Okpiz gegen Deutschland mit Urteil vom 25.10.2005, dass die Gewährung von Kindergeld in den Anwendungsbereich von Art 8 EMRK (Achtung des Familienlebens) fällt. Daraus folgt, dass die Gewährung von Kindergeld vom Schutzbereich des in Art 14 EMRK verbürgten Diskriminierungsverbotes erfasst ist.*

*Nach der Rechtsprechung des EGMR ist eine unterschiedliche Behandlung im Sinne von Art 14 EMRK diskriminierend, wenn es für sie keine objektive und angemessene Rechtfertigung gibt, d.h. wenn mit ihr kein legitimes Ziel verfolgt wird und die eingesetzten Mittel zum angestrebten Ziel nicht in einem angemessenen Verhältnis stehen.*

*In Bezug auf das deutsche Kindergeld konnte der EGMR im genannten Urteil – wie bereits zuvor das deutsche Bundesverfassungsgericht im Beschluss vom 6.7.2004, I BvL 4/97, I BvL 5/97 und I BvL 6/97 – keine hinreichenden Gründe zur Rechtfertigung der unterschiedlichen Behandlung von Ausländern beim Bezug von Kindergeld in Abhängigkeit davon erkennen, ob sie über eine dauerhafte Aufenthaltsgenehmigung verfügen oder nicht. Der EGMR erkannte daher auf eine Verletzung von Art 14 iVm Art 8 EMRK.*

*Das Urteil bezog sich auf die damals maßgebliche deutsche Rechtslage, nach der ein Ausländer nur dann Anspruch auf Kindergeld hat, wenn er im Besitz einer Aufenthaltsberechtigung oder Aufenthaltserlaubnis ist (vgl. dazu die Ausführungen im Urteil des EGMR Okpiz und im Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 6.7.2004).*

*Das deutsche Kindergeld soll "die wirtschaftliche Belastung, die Eltern durch die Sorge für ihre Kinder entstehen, teilweise ausgleichen" (Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 6.7.2004, Nr. 56). Weiters hat es die Funktion, einen Ausgleich dafür zu schaffen, dass infolge der Abschaffung der (steuerlichen) Kinderfreibeträge die Minderung der Leistungsfähigkeit von Steuerpflichtigen durch den Unterhalt für ihre Kinder im Steuerrecht nicht mehr berücksichtigt werden (Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 6.7.2004, Nr. 57).*

*Die österreichische Familienbeihilfe hat – wie sich aus § 1 FLAG und aus § 34 Abs 7 Z 1 EStG – genau die gleichen Funktionen. § 3 Abs 1 und 2 FLAG macht in genau gleicher Weise wie die deutsche Regelung über das Kindergeld den Anspruch auf Familienbeihilfe von einem dauernden Aufenthaltsrecht (Niederlassungsberechtigung nach §§ 8 und 9 NAG) abhängig. Für die Anknüpfung an ein dauerhaftes Aufenthaltsrecht besteht aber nach der Rechtsprechung des EMRG keine sachliche Rechtfertigung. Der Ausschluss von Personen, die – wie der Berufungswerber – legal in Österreich leben und arbeiten, aber über kein Niederlassungsrecht nach dem NAG verfügen, vom Anspruch auf Familienbeihilfe verletzt daher Art 14 EMRK.*

*Soweit die in § 3 Abs 1 und 2 FLAG vorgesehene Einschränkung auf aufenthaltsberechtigte Ausländer im konkreten Berufungsfall nicht bereits aus gemeinschaftsrechtlichen Gründen verdrängt und daher unanwendbar ist, wird zur Vermeidung einer Verletzung der – im Verfassungsrang stehenden – EMRK beantragt, § 3 Abs 1 und 2 FLAG folgendermaßen EGMR- (und daher verfassungs-)konform zu interpretieren: Ausländer, die – wie der Berufungswerber – aufgrund des Status als subsidiär Schutzberechtigter infolge § 1 Abs 2 NAG nicht dem NAG unterliegen, gelten für Zwecke des § 3 Abs 1 und 2 FLAG als nach dem NAG in Österreich als rechtmäßig aufhältig. Ihnen steht daher die Familienbeihilfe zu.*

*Sollte die Berufsbehörde sich nicht in der Lage sehen, der vorgeschlagenen verfassungskonformen Interpretation des § 3 Abs 1 und 2 FLAG zu folgen, wird alternativ beantragt, die Regelung des § 3 Abs 1 und 2 FLAG zur Vermeidung eines EMRK- (und damit verfassungs-)widrigen Ergebnisses teleologisch um die Wortfolge "§§ 8 und 9" zu reduzieren. Es verbliebe der Worttorso "wenn sie nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes ... rechtmäßig in Österreich aufhalten", der zwar grammatikalisch unrichtig, aber sprachlich nicht unverständlich und im Lichte von Art 18 Abs 1 B-VG nach wie vor vollzugstauglich wäre. Bei Anwendung des dieserart teleologisch reduzierten Wortlauts würde dem Berufungswerber, weil er und seine Kinder sich gemäß § 1 Abs 2 NAG iVm dem*

*ihm zuerkannten Status als subsidiär Schutzberechtigter nach dem AsylG rechtmäßig in Österreich aufhalten, Familienbeihilfe gebühren.*

*Im übrigen wird die in der Berufungsergänzung vom 10.3.2006 unter Punkt 5 vorgebrachte gleichheitskonforme Interpretation von § 3 Abs 1 und 2 FLAG auch auf die Argumente gestützt, die das deutsche Bundesverfassungsgericht zum Ausspruch eines Verstoßes gegen den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz hinsichtlich der Einschränkung des Anspruches auf Kindergeld auf dauerhaft aufenthaltsberechtigte Ausländer bewogen haben.*

*Es wird daher beantragt, dem Berufungswerber als subsidiär Schutzberechtigter, der zum rechtmäßigen Aufenthalt in Österreich befugt ist, in Anwendung des Gemeinschaftsrechts, in eventu in verfassungskonformer Interpretation von § 3 Abs 1 und 2 FLAG (zur Vermeidung der aufgezeigten Diskriminierung, die gegen Art 14 iVm Art 8 EMRK einerseits und gegen den Gleichheitssatz nach Art 7 Abs 1 B-VG bzw. Art 2 StGG iVm BVG BGBl 1973/390 andererseits verstoßen) die beantragte Familienbeihilfe für seine ebenfalls als subsidiär Schutzberechtigte zum rechtmäßigen Aufenthalt in Österreich befugten Kinder zu gewähren."*

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

§ 2 FLAG legt die allgemeinen und besonderen Voraussetzungen fest, unter denen jemand Anspruch auf Familienbeihilfe hat. Ergänzend hiezu stellt § 3 für Personen, die nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzen, weitere besondere Voraussetzungen auf.

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), BGBl. 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, BGBl. I Nr. 100, gewährt wurde, Anspruch auf Familienbeihilfe. Anspruch besteht auch für Kinder, denen nach dem Asylgesetz 2005 Asyl gewährt 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.

Die oben zitierte Neuregelung der Ansprüche von Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, erfolgte im Rahmen umfangreicher Änderungen im Bereich des Fremdenrechtes. Danach besteht der Anspruch auf Familienbeihilfe nur mehr für die



Personen, die auch zur Niederlassung in Österreich berechtigt sind, wobei diese Berechtigung nach den Bestimmungen des ebenfalls im Rahmen des Fremdenrechtspaketes 2005 erlassenen Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes erteilt wird. In den §§ 8 und 9, auf die sich das Gesetz bezieht, sind die Arten und Formen der Aufenthaltstitel im Sinn des Gesetzes aufgezählt.

Die (befristete) Arbeitserlaubnis im Sinn des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, die der Berufungswerber hat, ist somit nach der eindeutigen gesetzlichen Regelung seit 1.1.2006 nicht mehr ausreichend, um einen Anspruch auf Familienbeihilfe zu vermitteln. Auch die Tatsache, dass der Berufungswerber außerdem Asylwerber ist und über eine vorläufige Aufenthaltsberechtigung nach Asylgesetz verfügt, vermittelt keinen Anspruch auf Familienbeihilfe. Die ebenfalls zuvor zitierte Gesetzesregelung des Absatz 3, die in ihrem wesentlichen Inhalt der bereits vor dem 1.1.2006 geltenden Rechtslage entspricht (§ 3 Abs. 2 FLAG 1967 i.d.F. BGBl. I Nr. 142/2004), begünstigt Asylsuchende erst ab dem Zeitpunkt, ab dem ihnen mit Bescheid Asyl nach dem § 7 AsylG 2005 gewährt wurde.

Für alle nichtösterreichische Staatsbürger ist somit ab 01.01.2006 für die Gewährung von Familienbeihilfe, ein gem. §§ 8 und 9 NAG angeführter Aufenthaltstitel oder ein das Asylverfahren positiv abschließender Bescheid eine gesetzliche geregelte Voraussetzung.

### **Verfassungswidrigkeit**

Der Bw. bestreitet die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit wegen Gleichheitswidrigkeit der neuen gesetzlichen Regelung. Die Wortfolge „nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005“, seien jeweils in § 3 Abs.1 und § 3 Abs.2 FLAG wegen Verfassungswidrigkeit aufzuheben.

Gegen die Bedenken betreffend Verletzung des verfassungsrechtlich verankerten Gleichheitsgrundsatzes, die der Bw. in seiner Berufung ausführt, wird ausgeführt, dass sich der unabhängige Finanzsenat nach Art 18 Abs.1 B-VG bei der Entscheidungsfindung an bestehenden Gesetzen zu orientieren und bei Vorliegen der darin normierten Voraussetzungen diese anzuwenden hat. Einwendungen verfassungsrechtlicher Natur können im Abgabenverfahren nicht berücksichtigt werden und sind daher nicht Gegenstand dieses Berufungsverfahrens.

Zum Vorbringen, dass die belangte Behörde in gleichheitskonformer Interpretation § 3 Abs.1 und 2 FLAG so verstehen hätte müssen, dass jeder, der sich in Österreich rechtmäßig aufhält und der in Österreich rechtmäßig iSv § 41 FLAG beschäftigt ist, Anspruch auf Bezug der Familienbeihilfe nach Maßgabe der sonstigen Bestimmungen des FLAG hat, wird Folgendes ausgeführt:

In seinem Erkenntnis vom 15.11.2005, 2004/14/0106, führt der VwGH aus:

Gesetzesanalogie hat zur Voraussetzung, dass ein zu beurteilender Sachverhalt nicht ausdrücklich von einem bestimmten Tatbestand erfasst wird, aufgrund der weitgehenden Ähnlichkeit mit dem unter den gesetzlichen Tatbestand fallenden Sachverhalt und im Hinblick auf die ratio legis aber von einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes ausgegangen werden muss ( Vgl. Werndl, Zur Analogie im Steuerrecht, OJZ 1997, 298, und das Erkenntnis vom 23. Okt. 1997, 96/15/0234). Bei einer – durch Analogie zu schließenden – Gesetzeslücke handelt es sich um eine planwidrige Unvollständigkeit innerhalb des positiven Rechts, gemessen am Maßstab der gesamten geltenden Rechtsordnung. Eine Lücke ist demnach anzunehmen, wo das Gesetz, gemessen an seiner eigenen Absicht und immanenten Teleologie, unvollständig, also ergänzungsbedürftig ist, und wo seine Ergänzung nicht etwa einer vom Gesetz gewollten Beschränkung widerspricht (vgl. das hg. Erkenntnis vom 22. Mai 2002, 2002/15/0022).

Die Einschränkung, dass nichtösterreichischen Staatsbürgern nur unter im Gesetz angeführten bestimmten Voraussetzungen Familienbeihilfe gewährt wird, ergibt sich aus § 3 Abs.1 und 2 betreffend die Aufenthaltstitel und aus § 3 Abs.3 FLAG 2005 betreffend das Vorliegen eines positiven Asylbescheides.

Aus dem Gesetz ergibt sich kein Hinweis, dass Familienbeihilfe auch subsidiär Schutzberechtigten zu gewähren sei.

### **Gemeinschaftsrechtswidrigkeit**

Dem Vorwurf der Gemeinschaftswidrigkeit wird entgegengehalten:

Mit Wirkung ab 1. Jänner 2006 ist im Rahmen des so genannten „Fremdenpaketes“ (BGBl. I Nr. 100/2005) durch Erlassung eines Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), eines Fremdenpolizeigesetzes 2005 (FPG), sowie eines Asylgesetzes 2005( AsylG 2005) eine grundlegende Änderung der Rechtslage auf dem Gebiet des Fremdenrechts (bei gleichzeitiger Aufhebung bis Ende 2005 geltenden Fremdengesetzes 1997) eingetreten, dem auch das Familienlastenausgleichsgesetz 1967 Rechnung getragen hat. Im Sinne einer Vereinheitlichung und Harmonisierung des Fremdenrechts wurden die nicht österreichischen Personen betreffend § 3 FLAG neu gefasst und stellt nun in Bezug auf den Familienbeihilfenanspruch dieser Personen (und zwar sowohl für den Elternteil als auch das Kind) direkt auf den rechtmäßigen Aufenthalt in Österreich ab.

Ab dem 1. Jänner 2006 müssen daher nicht österreichische Personen im Bundesgebiet nach § 8 NAG (betrifft Fremde aus Nicht/EU/EWR/Staaten und Staatenlose) bzw. § 9 NAG (betrifft EU/EWR/Bürgerinnen und deren Angehörige, auch aus Drittstaaten) zum Aufenthalt berechtigt sein oder aber (im Falle eines Asylverfahrens) über einen positiven Asylbescheid nach dem Asylgesetz 1997 (bzw. nunmehr AsylG 2005) verfügen, um Familienbeihilfe zu erhalten.

Aufenthaltstitel nach § 8 NAG sind im Einzelnen: Die „Aufenthaltsbewilligung“ für einen vorübergehenden befristeten Aufenthalt in Österreich zu einem bestimmten Zweck; zB Rotationsarbeitskräfte, Betriebsentsandte, Selbständige, Künstler, Sozialdienstleistende, Forscher, Aufenthaltsbewilligungen aus humanitären Gründen).

Weiters die „Niederlassungsbewilligung“ (für nicht bloß vorübergehende befristete Niederlassung zu einem bestimmten Zweck; gibt es mit und ohne Berechtigung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, zB als Angehöriger) und nach fünf Jahren Berechtigung zur Niederlassung der „Daueraufenthalt –EG“ bzw. „Daueraufenthalt – Familienangehöriger“, welcher zur unbefristeten Niederlassung in Österreich berechtigt. Weiters gibt es noch den eigenen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“. Dokumentiert werden die einzelnen Titel durch die entsprechende NAG-Karte im Scheckkartenformat; für Übergangsfälle gelten die alten Titel nach dem Fremdenengesetz 1967 (Vignette im Reisepass oder Karte Niederlassungsnachweis) weiters, sofern sie dem NAG entsprechen. Zuständig (ausstellende) Fremdenbehörde in Österreich ist in der Regel die zuständige Bezirksverwaltungsbehörde.

Derart wird ab 2006 das für einen Familienbeihilfenanspruch erforderliche Naheverhältnis zu Österreich hergestellt, da das NAG verschiedene entsprechende Kriterien vorschreibt (Prüfung durch die Fremdenbehörde vor Titelerteilung): zB Erfüllung der Quotenpflicht, Vorliegen von Existenzmittel (nicht hinzuzurechnen: Sozialhilfe; Familienleistungen erst bei Verlängerungsanträgen) und einer ausreichenden Krankenversicherung. Die bis Ende 2005 geltenden Erfordernisse einer unselbständigen Erwerbstätigkeit im Bundesgebiet bzw. von zumindest sechzig Kalendermonaten ständigem Aufenthalt in Österreich entfallen demnach. Auch kann ein Familienbeihilfenanspruch nunmehr nicht mehr vom haushaltszugehörigen Ehegatten abgeleitet werden.

Dass die im § 3 Abs.1 und 2 FLAG 1967 idF BGBl. I 2005/100, geforderten Voraussetzungen - die Aufenthaltstitel gemäß §§ 8 und 9 NAG - nicht vorliegen ist, unbestritten.

Der Bw. ist Asylwerber. Ein positiver Asylbescheid gemäß § 3 Abs.3 FLA 1967 idF BGBl. I 2005/100 liegt ebenfalls nicht vor.

Der Status des Asylberechtigten ist einem Fremden gemäß § 3 Abs.1 AsylG 2005 zuzuerkennen, der in Österreich einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat, soweit dieser Antrag nicht wegen Drittstaatssicherheit oder Zuständigkeit eines anderen Staates zurückzuweisen ist, wenn glaubhaft ist, dass ihm in Herkunftsstaat Verfolgung im Sinne des Art 1 Abschnitt A Z 2 Genfer Flüchtlingskonvention droht.

Gemäß § 8 Abs.1 AsylG ist der Status des subsidiär Schutzberechtigten einem Fremden zuzuerkennen

1.) der in Österreich einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat, wenn dieser in

Bezug auf die Zuerkennung des Status des Asylberechtigten abgewiesen wird oder 2.) dem der Status des Asylberechtigten aberkannt worden ist, wenn eine Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung des Fremden in seinen Herkunftsstaat eine reale Gefahr einer Verletzung von Art 2 EMRK, Art 3 EMRK oder der Protokolle Nr. 6 oder Nr. 13 zur Konvention bedeuten würde oder für ihn als Zivilperson eine ernsthafte Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit infolge willkürlicher Gewalt im Rahmen eines internationalen oder internationalen Konflikts mit sich bringen würde.

In der Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004 für Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlose als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährleistenden Schutzes ist Folgendes ausgeführt:

Die Angleichung der Rechtsvorschriften über die Anerkennung und dem Inhalt der Flüchtlingseigenschaft dem des subsidiären Schutzes sollte dazu beitragen die Sekundärmigration von Asylwerbern zwischen Mitgliedstaaten soweit sie ausschließlich auf unterschiedlichen Rechtsvorschriften beruhen, einzudämmen.

Im Artikel 2 der Richtlinie werden u.a. die Voraussetzungen für das Vorliegen der „Flüchtlingseigenschaft“ und des „subsidiären Schutzstatus“ definiert.

Artikel 3: Die Mitgliedstaaten können günstigere Normen zur Entscheidung der Frage, wer als Flüchtling oder Person gilt, die Anspruch auf subsidiären Schutz hat, und zur Bestimmung des Inhaltes des internationalen Schutzes erlassen oder beibehalten, sofern sie mit dieser Richtlinie vereinbar sind.

Artikel 28 regelt die Sozialleistungen:

Die Mitgliedstaaten tragen dafür Sorge, dass Personen, denen die Flüchtlingseigenschaft oder der subsidiäre Schutzstatus zuerkannt worden ist, in dem Mitgliedstaat, der die jeweilige Rechtstellung gewährt hat, die notwendige Sozialhilfe wie Staatsangehörige dieses Mitgliedstaates erhalten.

Abweichend von den allgemeinen Regel nach Abs.1 können die Mitgliedstaaten die Sozialhilfe für Personen, denen der subsidiäre Status zuerkannt worden ist, auf Kernleistungen beschränken, die sie im gleichen Umfang und unter denselben Voraussetzungen wie für eigene Staatsangehörige gewähren.

Die richtlinienkonforme Auslegung ist von der unmittelbaren Wirkung zu unterscheiden. Bei der richtlinienkonformen Auslegung geht es darum, innerhalb des möglichen Wortsinns der nationalen Regelung ein gemeinschaftskonformes Auslegungsergebnis zu erzielen. Die unmittelbare Wirkung einer Richtlinie kommt dann zu tragen, wenn das

gemeinschaftskonforme Auslegungsergebnis im möglichen Wortsinn der nationalen Regelung keine Deckung findet und sich danach ergibt, dass das Gemeinschaftsrecht vom Gesetzgeber nicht entsprechend umgesetzt worden ist (Achatz/Tumpel, EuGH-Rechtsprechung und Umsatzsteuerpraxis, Seite 32).

Mit 1. Jänner 2006 trat das „Fremdenrechtspaket 2005“, BGBl. I Nr.100/2005 in Kraft, welches eine Neuregelung und Neustrukturierung des Fremdenrechts durch Erlassung eines Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes NAG, eines Fremdenpolizeigesetzes FPG 2005 und einem neuen Asylgesetz AsylG 2005 erlassen. Umgesetzt werden hierbei auch entsprechende EU-Richtlinien betreffend die sowohl EU/EWR-Bürger als auch andere Fremde, so dass die vorliegenden Erfordernisse dem internationalen Recht folgen.

Das vorliegenden Gesetzwerk wurde daher zum Anlass auch für eine FLAG-Novelle zwecks Harmonisierung des Familienbeihilfenanspruches mit dem neuen Fremdenrecht, insbesondere durch Neufassung des bezug habenden § 3 FLAG 1967 genommen.

### **Widerspruch zu „EMRK“**

Dem Vorwurf dass die in § 3 Abs.1 und 2 FLAG vorgesehenen Einschränkungen des Anspruchs auf Familienbeihilfe auf nach §§ 8 und 9 NAG niederlassungsberechtigte Ausländer dem Art 14 iVm Art 8 der – in Österreich im Verfassungsrang stehenden – Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten („EMRK“) widerspricht, ist wird auf die Ausführungen zur „Verfassungswidrigkeit“ hingewiesen.

Zu dem vom Bw. angeführten Artikel 14 „Verbot der Benachteiligung“ wird angemerkt: Der Genuß der in der vorliegenden Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten ist ohne Benachteiligung zu gewährleisten, die insbesondere im Geschlecht, in der Rasse, Hautfarbe, Sprache, Religion, in den politischen Anschauungen, in nationaler oder sozialer Herkunft, in der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, im Vermögen, in der Geburt oder im sonstigen Status begründet wird.

In den Erläuterungen wird ausgeführt, dass ua. eine Unterscheidung zwischen Staatsbürgern und anderen als zulässig anerkannt wurde. (B-VG, Bundes-Verfassungsrecht, Mayer, Art 14 SS 638ff)

Im vorliegenden Fall besteht eine Nichtgewährung der Familienbeihilfe auf Grund der Unterscheidung zwischen Österreichern und nicht österreichischen Staatsbürgern. Wie bereits eingangs ausgeführt, werden zu den in § 2 FLAG allgemeinen und besonderen Voraussetzung für die Gewährung von Familienbeihilfe im § 3 FLAG noch weitere besondere Voraussetzungen für Personen, die nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzen angeführt.

### **Mündliche Verhandlung:**

Gemäß § 284 Abs.1 Z.1 BAO hat über die Berufung eine mündliche Verhandlung stattzufinden, wenn es in der Berufung ( § 250), im Vorlageantrag ( § 276 Abs.2) oder in der Beitrittserklärung ( § 258 Abs.1) beantragt wird....

Ein Rechtsanspruch auf Durchführung einer mündlichen Berufungsverhandlung setzt einen rechtzeitigen Antrag des Berufungswerbers (bzw. des der Berufung beigetretenen) voraus. Dies ergibt sich aus § 284 Abs.1 Z 1 BAO.

Wie bisher begründen Anträge, die erst in einem die Berufung ergänzenden Schreiben gestellt werden, keinen Anspruch auf mündliche Verhandlung (zB VwGH 23.4.2001, 96/14/0091). Dies gilt selbst dann, wenn dieses Schreiben innerhalb der Berufungsfrist eingebracht wird.

In der Berufung vom 23.01.2006 wurde eine mündliche Verhandlung nicht beantragt. Der in der Übermittlung der Gleichschrift am 10.03.2006 gestellte Antrag auf mündliche Verhandlung ist den vorstehenden Ausführungen folgend nicht rechtzeitig.

Wien, am 19. Oktober 2006