



## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., T., vertreten durch Dr. Herbert Pochrieser, Rechtsanwalt, 1070 Wien, Schottenfeldgasse 2-4, vom 29. August 2006 gegen den Bescheid des Finanzamtes Lilienfeld St. Pölten, vom 2. August 2006 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab 1. Juli 2006 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Der Bw. besitzt die Staatsbürgerschaft von Serbien und Montenegro und lebt seit Jänner 2002 in Österreich. Er bezog bis Juni 2006 die Kinderbeihilfe für seine vier Kinder.

Das Finanzamt wies den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für die Zeit ab Juli 2006 ab. Begründend wurde ausgeführt, dass eine Neuregelung der Ansprüche von Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, im Rahmen umfangreicher Änderungen im Bereich des Fremdenrechts erfolgte. Danach bestünde Anspruch auf Familienbeihilfe nur mehr für Personen, die auch zur Niederlassung in Österreich berechtigt seien, wobei diese Berechtigung nach Bestimmungen des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes erteilt werde. In deren §§ 8 und 9, auf die sich das Gesetz bezieht, sind die Arten und Formen der Aufenthaltstitel im Sinne des Gesetzes aufgezählt. Der Berufungswerber hätte keinen Aufenthaltstitel nach dieser neuen gesetzlichen Bestimmung und eine befristete Aufenthaltsberechtigung sei nicht mehr ausreichend, um einen Anspruch auf Familienbeihilfe zu vermitteln. Nach der Neuregelung sei für die Gewährung der Familienbeihilfe das Datum des letzten, das Asylverfahrens positiv abschließenden Bescheides maßgebend.

Gegen den Abweisungsbescheid wurde Berufung eingebracht.

Der Bescheid werde seinem gesamten Umfang nach wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit angefochten. Ausgeführt wurde ua, dass die Rechtsansicht der belangten Behörde, dass § 3 FLAG 1967 i.d.g.F. die Gewährung von Familienbeihilfe unmöglich mache, der Rechtsprechung des EGMR im Hinblick auf Art. 14 EMRK i.V.m. Art 8 EMRK widerspreche (Urteil Okpisz v. Germany vom 25.10.2006).

Dazu wird Folgendes ausgeführt:

„Die mit 1.1.2006 neu in Kraft getretene Regelung des § 3 FLAG entspricht nicht den vom EGMR judizierten Voraussetzungen, an welche Bedingungen die Gewährung von Sozialleistungen an Kinder geknüpft sein darf. Die Bedingungen müssen ein legitimes Ziel verfolgen und verhältnismäßig sein. Dies ist gegenständlich nicht der Fall:

Die Kinderbeihilfe soll es Kindern ermöglichen ein menschenwürdiges Leben in Österreich zu führen. Mit der Kinderbeihilfe kann ein Teil der Ausbildung finanziert werden, die Kosten des täglichen Lebensbedarfes usw. gedeckt werden. Würde uns bzw. meinen Kindern die Kinderbeihilfe nicht mehr weitergewährt, so müssten wir unseren derzeitigen Lebensstandard aufgeben. Die Entwicklungschancen der Kinder würden sich verringern. Dies ist den Kindern nicht zumutbar und schädigt in der Folge nachhaltig auch die österreichische Wirtschaft. Es ist notorisch, dass keine oder schlechte Ausbildung die Gefahr der Arbeitslosigkeit eminent erhöht. Meine Kinder, die aufgrund der Streichung der Familienbeihilfe keine höhere Schulbildung genießen werden könnten, sind daher eminent am Arbeitsmarkt benachteiligt und von Arbeitslosigkeit bedroht, was wiederum enorme Kosten für den Staat Österreich verursacht.

Die RV zu Fremdenrechtspaket 2005 verneinen, dass die Bindung an die rechtmäßige Niederlassung notwendig sei: es würde dadurch ein „entsprechender Bezug zu Österreich gesichert“ und „die soziale Treffsicherheit erhöht“.

Beides trifft nicht zu: Meine Bindung zu Österreich ist schon aufgrund meiner rechtmäßigen Beschäftigung in Österreich gegeben und durch meinen langjährigen Aufenthalt. Würde man auch arbeitenden Asylwerbern die Familienbeihilfe versagen, so stellt dies eine unzulässige Diskriminierung einer Bevölkerungsgruppe, die ihren Beitrag zum österreichischen Sozialsystem leistet, dar. Als Asylwerber ist mein Aufenthalt in Österreich gesichert, ist doch grundsätzlich davon auszugehen, dass mir Asyl gewährt werden wird.

Die Begründung, die soziale Treffsicherheit würde erhöht, ist in Wahrheit gar keine Begründung, da es sich bei dem Terminus um eine inhaltsleere Worthülse, bestenfalls um ein politisches Schlagwort handelt. „Soziale Treffsicherheit“ ist jedoch keine taugliche Begründung für ein Gesetz, dass eine Bevölkerungsgruppe von Sozialleistungen ausschließt.

Die Neuregelung verfolgt kein legitimes Ziel im Sinne des Art 14 EMRK. Sie diskriminiert bewusst eine Bevölkerungsgruppe Österreichs und ist daher verfassungswidrig.

Die belangte Behörde hätte mir daher jedenfalls Familienbeihilfe gewähren müssen.

Wir leben seit Jänner 2002 in Österreich. Ich arbeite seit einigen Jahren legal. Ich habe einen Antrag auf Erteilung einer (humanitären) Niederlassungsbewilligung für meine Kinder und mich gestellt. Über diesen Antrag wurde bis zum heutigen Tag nicht rechtskräftig entschieden. Beweis: meine Einvernahme, Akt des Bundesministeriums für Inneres, AZ: 315.005

In einem richtungsweisenden Erkenntnis (VfGH vom 9.6.1999, B 1045/98) hat der VfGH ausgesprochen, dass Umstände, die durch die rechtswidrige Versagung der Aufenthaltsbewilligung durch die Aufenthaltsbehörden herbeigeführt wurden, einem sonstigen Recht, dass ein Ausländer in Anspruch nimmt nicht entgegengehalten werde. Dies gilt jedenfalls auch in Ansehung des § 3 FLAG:

Durch die rechtswidrige Verweigerung der Erteilung der Niederlassungsbewilligung für meine

Familie und mich darf mir daher aufgrund der Judikatur des VfGH die Familienbeihilfe nicht versagt werden.

Meine Familie und ich sind nach dem AsylG aufenthaltsberechtigt. Diese Aufenthaltserlaubnis ist einer Berechtigung nach §§ 8 und 9 NAG gleichzuhalten. Die Familienbeihilfe hätte mir auch aus diesem Grund gewährt werden müssen.

Im Übrigen weise ich darauf hin, dass § 3 Abs.1 FLAG, soweit er Fremde besonderen Erfordernissen unterwirft, gegen § 14 EMRK iVm Art 6 EMRK wegen Ausländerdiskriminierung verstößt. Der UFS ist diesbezüglich gehalten das Gesetzesprüfungsverfahren beim VfGH zu beantragen.“

Abschließend wurde eine mündliche Verhandlung und die Stattgabe der Berufung beantragt.

Das Finanzamt erließ eine abweisende Berufungsvorentscheidung und führte u.a. aus, dass, da im gegenständlichen Fall keine Niederlassungs- und Aufenthaltserlaubnis im Sinne der §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes und auch kein Asylbescheid vorliege, die Berufung abzuweisen war.

Zum Vorbringen, dass ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz und gegen die international anerkannten Grundsätze gegeben sei, führte das Finanzamt aus, dass es nicht Aufgabe des Finanzamtes sei, dies zu beurteilen und verwies auf die Höchstgerichte. Es sei nach dem Legalitätsprinzip des Art 18 Abs.1 B-VG an die gesetzlichen Bestimmungen gebunden.

Der Bw. stellte den Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz. Auf Abhaltung einer mündlichen Verhandlung wurde verzichtet.

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

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

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 deren §§ 8 und 9, auf die sich das Gesetz bezieht, sind die Arten und Formen der Aufenthaltstitel im Sinn des Gesetzes aufgezählt.

Der Berufungswerber konnte keinen Aufenthaltstitel nach der neuen gesetzlichen Regelung nachweisen.

Der Berufungswerber kann auch aus der Tatsache, dass er Asylwerber ist und nach dem Asylgesetz aufenthaltsberechtigt ist, nichts für seinen Standpunkt gewinnen, da der oben zitierte § 3 Abs. 3 FLAG 1967 Asylsuchende erst ab dem Zeitpunkt begünstigt, ab dem ihnen mit Bescheid endgültig Asyl gewährt wurde. Diese Regelung entspricht überdies in ihrem wesentlichen Inhalt der bereits vor dem 1.1.2006 geltenden Rechtslage (§ 3 Abs. 2 FLAG 1967 i.d.F. BGBl. I Nr. 142/2004).

Für alle nichtösterreichischen 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 gesetzlich geregelte Voraussetzung.

Da die Abgabenbehörde ihre Entscheidungen lediglich im Sinn der Gesetze treffen kann, ist die Abweisung des Antrages auf Gewährung von Familienbeihilfe ab Juli 2006 zu Recht erfolgt.

Die Berufung war daher abzuweisen.

### **Verfassungswidrigkeit**

Der Bw. bestreitet die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit der neuen gesetzlichen Regelung (§ 3 FLAG (BGBl. I Nr. 100/2005) wegen Gleichheitswidrigkeit.

Gegen diese Bedenken, die der Bw. in seiner Berufung anführt, 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, 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 nach Asylgesetz aufenthaltsberechtigten Asylwerbern zu gewähren sei.

### **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, 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<sup>3</sup>, 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.

Die Beurteilung, ob die Bestimmung des § 3 FLAG idF BGBl I Nr. 100/2005 verfassungswidrig ist, steht dem unabhängigen Finanzsenat als Rechtsmittelbehörde (Abgabenbehörde zweiter Instanz) nicht zu, sondern fällt ausschließlich in die Kompetenz des Verfassungsgerichtshofes.

Gemäß § 1 Abs.1 UFSG (Verfassungsrang) wird für das Bundesgebiet ein unabhängiger Finanzsenat als unabhängige Verwaltungsbehörde errichtet.

Die Verfassungsbestimmung des Abs.1, die den UFS als Verwaltungsbehörde bezeichnet, stellt sicher, dass der UFS (ungeachtet seiner Gerichtsähnlichkeit) kein Gericht iSd B-VG ist.

Der UFS ist beispielsweise kein Gericht iSd Art140 Abs.1 B-VG. (Ritz, BAO Handbuch, S 272)

Wien, am 15. Februar 2007