

Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des FA, XY, vertreten durch Dr. FP, Rechtsanwalt, 11, vom 26. Februar 2007 gegen den Bescheid des Finanzamtes S vom 1. Februar 2007 betreffend Abweisung eines Antrages auf (Weiter-) Gewährung der Familienbeihilfe für die Kinder E. (geb. 00), L. (geb. 2) und A. (geb. 33), für die Zeit ab 11/2006 entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

Entscheidungsgründe

Der Bw. ist mazedonischer Staatsangehöriger. Gemeinsam mit seiner Ehegattin und den drei minderjährigen Kindern E. , L. und A. Ar. reiste er am 10.08.2001 nach Österreich ein und hat am 13.08.2001 beim Bundesasylamt einen Antrag auf Gewährung von Asyl eingereicht. Die Asylanträge wurden vom Bundesasylamt mit Bescheiden vom 20.11.2001 abgewiesen. Der Bw. erhob dagegen Berufung. Bis dato sind die Asylverfahren noch offen.

Der Bw. ist seit 2002 – mit Unterbrechungen – erwerbstätig. Aufgrund seiner Berufstätigkeit bezog er bis 10/2006 Familienbeihilfe.

Im Rahmen der Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe forderte das Finanzamt den Bw. auf, "positive Bescheide des BAA (gemeint: UBAS) für die Familie vorzulegen".

In der Folge legte der Bw. seine Aufenthaltsberechtigungskarte (§ 36b AsylG), die vorläufige Aufenthaltsberechtigung - Bescheinigung nach § 19 AsylG - seiner Frau, den Bescheid des

AMS vom 24.09.2006 betreffend die Beschäftigungsbewilligung und die Schulbesuchsbestätigungen der Kinder vor.

Mit Bescheid vom 01.02.2007 wies das Finanzamt den Antrag auf Weitergewährung der Familienbeihilfe für die drei minderjährigen Kinder unter Hinweis auf § 3 Abs. 3 FLAG 1967 idF Fremdenrechtspaket 2005 ab. In der Begründung verwies es darauf, dass ein Anspruch auf Familienbeihilfe erst ab dem Monat gegeben sei, in dem ein positiver Asylbescheid erlassen werde.

Die Berufung vom 26.02.2007 wird mit der Mangelhaftigkeit des Verfahrens (kein Ermittlungsverfahren, Verletzung des Parteiengehörs) sowie der unrichtigen rechtlichen Beurteilung begründet. Dabei verweist der Bw. iZm § 3 FLAG 1967 auf die Rechtslage bis zur Novelle durch das Pensionsharmonisierungsgesetz BGBI I Nr. 142/2004 und das Fremdenrechtspaket 2005, BGBI Nr. 100/2005. Er argumentiert mit Art. 24 der Genfer Flüchtlingskonvention und damit, dass es nunmehr zwangsläufig zu einer doppelten Ungleichbehandlung der Anspruchswerber käme. Einerseits werde Anspruchswerbern im Vergleich zu österreichischen Staatsbürgern und zugewanderten Ausländern Familienbeihilfe erst ab dem Zeitpunkt der Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft mittels Bescheid gewährt. Österreichische Staatsbürger erhielten die Familienbeihilfe ab dem Zeitpunkt der Geburt des Kindes, zugewanderte Ausländer erhielten die Familienbeihilfe, wenn sie sich rechtmäßig nach den §§ 8,9 NAG in Österreich aufhielten. Andererseits sei auch eine Ungleichbehandlung von Asylwerbern untereinander offenkundig. Der Gesetzgeber sei in Bezug auf Fremde auf Grund des in Art. I Abs. 1 B-VG betreffend das Verbot der rassischen Diskriminierung, BGBI Nr. 390/1973 normierten Grundsatzes des Gleichbehandlungsgebotes unter Fremden verpflichtet, Regelungen zu erlassen, die es ermöglichen, gleich gelagerte Sachverhalte gleich bzw. im Falle einer sachlichen Rechtfertigung differenziert zu behandeln.

Seit der mit 01.05.2004 in Kraft getretenen Änderung des FLAG 1967 durch das Pensionsharmonisierungsgesetz käme es zu einer gravierenden Ungleichbehandlung zwischen Asylwerbern untereinander, weil kein Asylwerber die Dauer seines Asylverfahrens beeinflussen könne. Das gegenständliche Asylverfahren dauere bereits 5 Jahre und 6 Monate (Anm.: zum Zeitpunkt 26.02.2007). Weitere Zufälligkeiten, ob ein Sachbearbeiter schneller arbeite, das Verfahren mängelfrei abgeführt werde usgl., führten dazu, dass kein Asylwerber die Möglichkeit habe, abzuschätzen, wann ihm Familienbeihilfe gewährt werde. Dadurch käme es zu einer Ungleichbehandlung derjenigen Asylwerber in Bezug auf die Gewährung von Familienbeihilfe, deren Asylverfahren länger dauere. Daraus sei ersichtlich, dass die Bestimmungen des FLAG 1967 in Bezug auf die Zuerkennung der Familienbeihilfe keinen sachlich gerechtfertigten Gesichtspunkt für die Differenzierung in der Gewährung der Familienbeihilfe erst ab dem Datum der Feststellung der Flüchtlingseigenschaft darstellen

könnten. Überdies habe die bescheidmäßige Feststellung der Flüchtlingseigenschaft nur deklarativen Charakter; die Entscheidung über die Asylgewährung wirke nicht ex nunc, sondern es tunc, sodass die Rechtstellung eines Flüchtlings in Österreich iSd Genfer Flüchtlingskonvention jedenfalls ab dem Zeitpunkt der Antragstellung gegeben sei.

Die Anknüpfung der Zuerkennung der Familienbeihilfe an Asylwerber an den Zeitpunkt der Entscheidung über die Gewährung von Asyl stelle keinen von der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes geforderten sachlich gerechtfertigten Grund dar. Im Ergebnis führe die gesetzliche Bestimmung zu einer sachlich ungerechtfertigten Differenzierung, weil gleiche Tatbestände zu völlig unterschiedlichen Rechtsfolgen unter den Flüchtlingen führen können, die in keiner Relation zueinander stünden. Der Bw. sei durch die gesetzliche Regelung des § 3 Abs. 2 iVm § 50 y Abs. 2 FLAG 1967 idgF BGBl I Nr. 142/2004 einerseits in seinem einfach gesetzlichen Recht auf Bezug der Familienbeihilfe verletzt, obwohl er bereits 2 Jahre und 8 Monate vor Inkrafttreten dieser Novelle seinen Asylantrag eingebracht habe über den bis dato nach einer Verfahrensdauer von bereits 5 Jahren und 6 Monaten immer noch keine rechtskräftige Entscheidung ergangen sei. Andererseits sei er dadurch auch in seinem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Gleichbehandlung unter Fremden verletzt.

Schließlich verweist der Bw. auf die Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofes für Menschenrecht- iE auf Art. 14 EMRK - und beantragt die Gewährung der Familienbeihilfe für seine drei Kinder ab August 2001.

Im Vorhalt vom 21. August 2007 urgierte das Finanzamt die Vorlage zum Aufenthalt legitimierende Unterlagen sowie die Bekanntgabe, ob Leistungen aus der Grundversorgung bezogen würden.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 22.01.2008 wies das Finanzamt die Berufung unter Hinweis auf § 3 FLAG 1967 idF Fremdenrechtspaket 2005 ab. Da der Aufforderung einen Aufenthaltstitel vorzuweisen nicht nachgekommen worden sei, sie die Berufung – aufgrund der Aktenlage – abzuweisen gewesen.

Mit Schreiben vom 26.02.2008 wurde die Vorlage der Berufung an die Abgabenbehörde zweiter Instanz beantragt. Im Wesentlichen argumentiert der Bw. mit der langen Verfahrensdauer beim Unabhängigen Bundesasylsenat und legt dar, dass er einer Beschäftigung nachgehe. Durch die Änderung des § 3 FLAG 1967 verstößt die Republik Österreich gegen die Genfer Flüchtlingskonvention (Art. 23, 24), verletze den Gleichheitsgrundsatz und die internationale Konvention über den Mutterschutz. Schließlich regte der Bw. die Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens an.

Im Schreiben vom 24. Juli 2008 verweist der Bw. auf die Entscheidung des VfGH vom 27. Juni 2008, G 264, 247/07-14, G 265/07-15, G 273/07-13 und G 23/08/13. Der VfGH vertrete darin

die Ansicht, dass sich aus Art. 8 EMRK aus besonderen Umständen eine Verpflichtung des Staates ergebe, den Aufenthalt eines Fremden zu ermöglichen, sodass die Verweigerung der Erteilung eines Aufenthaltsrechtes den Eingriff in dieses verfassungsgesetzliche Grundrecht bilde. Aus Art. 8 EMRK sei im Rahmen der humanitären Gründe nach §§ 72 Abs. 1, 73 Abs. 2 und 3 NAG zugunsten eines Fremden ein Rechtsanspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels und damit ein Aufenthaltsrecht abzuleiten. ..Dieses sich aus Art. 8 EMRK verfassungsgesetzlich ergebende Aufenthaltsrecht sei in der Beurteilung der Zuerkennung der Familienbeihilfe zu berücksichtigen.

Über die Berufung wurde erwogen:

Außer Streit steht, dass der Bw. bis 10/2006 Familienbeihilfe bezogen hat. Der Bw. schränkt – entsprechend der Vorhaltsbeantwortung vom 20.05.2008 – den Streitzeitraum auf „ab November 2006“ ein.

Erhoben wurde weiters, dass über die anhängigen Berufungen gegen die Bescheide des Bundesasylsenates noch nicht entschieden wurde. Die Verfahren nach dem AsylG 1997 seien nach wie vor anhängig (lt. Telefonat mit dem Vertreter des Bw am 18. Juli 2008).

Der Abgabendatenbank DB2 zufolge, war der Bw. ab 2002 – mit Unterbrechungen – bis dato erwerbstätig.

Strittig ist die Frage, ob dem Bw. die Gewährung der Familienbeihilfe für seine drei Kinder ab 11/06 zusteht oder nicht.

§ 3 FLAG 1967 in der ab 1.1.2006 geltenden Fassung lautet:

Absatz 1: Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes, BGBl. I Nr. 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Nach Absatz 2 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.

Schließlich wurde mit Wirksamkeit ab 1.6.2006 der zitierten Bestimmung ein Absatz 4 und 5 (idF BGBl. I Nr.168/2006) angefügt, wonach außerdem Personen, denen nach dem Asylgesetz 2005 der Status eines subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt wurde, bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen Anspruch auf Familienbeihilfe haben.

Bis 31.12.2005 galt die gesetzliche Regelung des § 3 FLAG 1967 in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004. Diese lautete auszugsweise:

Absatz 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 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.

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

Die Änderung des § 3 FLAG 1967 erfolgte im Zuge umfangreicher Gesetzesänderungen durch das Fremdenrechtspaket 2005, BGBl. 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 BGBl. I Nr. 100/2005, treten mit 1.1.2006, nach Maßgabe der Übergangsbestimmungen des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005, sowie des Asylgesetzes 2005 (AsylG 2005), BGBl. 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 zu führen. § 44 AsylG 1997 gilt. Die §§ 24, 26, 54 bis 57 und 60 dieses Bundesgesetzes sind auf diese Verfahren anzuwenden.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 15.1.2008, 2007/15/0170, folgende Feststellung getroffen: *§ 55 FLAG verknüpft das Inkrafttreten des § 3 FLAG in der Fassung des Fremdenrechtspaketes 2005 mit den Übergangsbestimmungen des NAG und jenen des Asylgesetzes 2005. § 55 FLAG ist dahingehend zu verstehen, dass § 3 FLAG in der Fassung des Fremdenrechtspaketes 2005 für Personen, denen gegenüber gemäß § 75 Asylgesetz 2005 das Asylverfahren noch nach dem AsylG 1997 abgeführt wird, auch für Zeiträume ab 1. Jänner 2006 nicht anzuwenden ist. Für diesen Personenkreis kommt daher § 3 FLAG - unbeschadet der durch BGBl. I Nr. 168/2006, mit Wirkung ab 1. Juli 2006 vorgenommenen Änderungen - zunächst noch in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004, zur Anwendung.*

Diese Voraussetzung trifft nun auf den Bw. zu, da sein Asylverfahren bereits vor dem 31. Dezember 2005 eingeleitet wurde und damit noch nach dem AsylG 1997 unter Berücksichtigung der in § 75 Abs. 1 AsylG 2005 angeführten Bestimmungen abzuführen ist.

Im Sinne der zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes gilt daher für seinen Anspruch auf Familienbeihilfe § 3 FLAG noch in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004.

Im gegenständlichen Fall steht fest, dass der Bw. im Jahr 2001 einen Asylantrag gestellt hat und das Asylverfahren noch nicht abgeschlossen ist. Der Bw. ist - mit Unterbrechungen - seit 2002 in Österreich als Dienstnehmer beschäftigt. Seit August 2006 ist der Bw. durchgehend erwerbstätig. Er verfügt über eine entsprechende Arbeitserlaubnis.

Im Hinblick auf das am 31. Dezember 2005 anhängige Asylverfahren war daher § 3 FLAG noch in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes BGBl. I Nr. 142/2004 anzuwenden.

Da der Berufungswerber jedenfalls die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 FLAG 1967 erfüllte, bestand nach dieser Bestimmung Anspruch auf Familienbeihilfe.

Der Berufung konnte daher stattgegeben werden.

Ein Eingehen auf die vorgebrachten Argumente erübrigert sich im Hinblick auf die Stattgabe der Berufung.

Klagenfurt, am 08. August 2008