



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der A.G., 4020 Linz, B.-Straße, vertreten durch Fromherz & Glawitsch Rechtsanwälte, 4020 Linz, Graben 9, vom 17. November 2006 gegen den Bescheid des Finanzamtes Linz vom 19. Oktober 2006 betreffend Familienbeihilfe ab Oktober 2006 (Abweisung) für die Kinder A.A. (geb. am 01.01.0000) und A.K. (geb. 02.02.0000) entschieden:

Der Berufung teilweise Folge gegeben, die Familienbeihilfe gebührt für die Kinder A.A und A.K. jeweils ab November 2006.

Ebenfalls ab November 2006 gebührt für das Kind A.K. der Erhöhungsbetrag gem. § 8 Abs. 4 FLAG 1967 wegen erheblicher Behinderung.

Entscheidungsgründe

Die Antragstellerin (ASt.; SV.Nr.: XXX) reichte am 28.09.2006 beim Finanzamt einen Antrag auf Zuerkennung der Familienbeihilfe (FB) für ihre beiden Kinder AA sowie AK jeweils ab Oktober 2006 ein und gab als Grund "Befristung bis Oktober 2006" an. Beim Antrag für das Kind A.K. gab sie dabei an, dass dieser erheblich behindert sei.

Aus einem als Beilage zum angeführten Antrag angeschlossenen Schreiben des rechtlichen Vertreters der ASt. an dieselbe vom 1.09.2006 geht hervor, dass das Bundesasylamt den Antrag auf Asyl für die beiden oben genannten Kinder abgewiesen aber gleichzeitig ausgesprochen hat, dass eine Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung nicht zulässig ist (Status von subsidiär Schutzberechtigten) und befristete Aufenthaltstitel im Sinne des Asylgesetzes für die beiden Kinder bis 24.08.2007 erteilt wurden.

Weiters geht aus diesem Schriftstück hervor, dass betreffend das Asylverfahren der ASt. eine Entscheidung des Unabhängigen Bundesasylsenates (UBAS) abzuwarten sei.

Darüber hinaus befindet sich im Familienbeihilfenakt ein ärztliches Gutachten des Bundessozialamtes Oberösterreich vom 19.09.2006 betreffend A.K. in welchem ein Grad der Behinderung von 70% für voraussichtlich mehr als drei Jahre anhaltend festgestellt wird.

Am 19.10.2006 erließ das Finanzamt einen Bescheid, mit welchem der angeführte Antrag auf FB für die beiden Kinder der ASt. abgewiesen wurde. Dieser Bescheid wurde im Wesentlichen wie folgt begründet:

Nach § 3 Abs. 2 des Familienlastenausgleichsgesetzes (FLAG) bestehe Anspruch auf FB für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger seien, sofern sie sich nach § 8 und § 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG) rechtmäßig in Österreich aufhalten würden. Gemäß § 3 Abs. 3 des FLAG hätten Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 2005 (AsylIG) gewährt wurde Anspruch auf FB, Anspruch bestehe auch für Kinder, denen nach dem AsylIG Asyl gewährt wurde. Gemäß § 55 FLAG trete dessen § 3 in der Fassung des BGBl. I, 2005/100, mit 1.01.2006 in Kraft. Die für die Monate Jänner bis Oktober 2006 zu Unrecht bezogen FB werde gemäß § 26 Abs. 4 FLAG aus Billigkeitsgründen nicht zurückgefördert.

Gegen diesen Bescheid er hob die ASt. (im Folgenden als Berufungswerberin, kurz: Bw. bezeichnet) Berufung und begründete diese im Wesentlichen wie folgt:

Sie sei in Österreich sozialversicherungspflichtig und stehe seit mehreren Jahren im Erwerbsleben und übe eine legale unselbständige Tätigkeit aus. Ihr Dienstgeber zahle laufend Beiträge zum Familienlastenausgleichsfonds. Sie habe bis zum Inkrafttreten der Novelle BGBl. I 2005/100 die Voraussetzungen des § 3 FLAG erfüllt und bereits mehrere Jahre für ihre minderjährigen Kinder rechtmäßig FB bezogen. Sie und ihre minderjährigen Kinder würden sich seit mehreren Jahren als Asylwerber rechtmäßig auf Grund einer Aufenthaltsberechtigung in Österreich aufhalten. Auf Grund ihrer Beiträge in den Familienlastenausgleichsfonds stelle die nunmehrige Gesetzesänderung einen Eingriff in ihr Eigentumsrecht dar und sei daher verfassungswidrig.

Unabhängig vom aufenthaltsrechtlichen Status müsste die FB allen Fremden gleich gewährt werden, sofern sie durch Einzahlungen in den Familienlastenausgleichsfonds beitragen würden; die Neuregelung sei daher sachlich nicht gerechtfertigt und gleichheitswidrig.

Die Differenzierung nach der Art des rechtmäßigen Aufenthaltes entbehre einer sachlichen Begründung und sei daher verfassungsrechtlich bedenklich.

Für ihre Kinder bestehe der Status von subsidiär Schutzberechtigten und ihnen komme eine befristete Aufenthaltsberechtigung nach dem AsylIG zu, auch sie selbst habe nach der eindeutigen Rechtslage Anspruch auf denselben Schutz. Subsidiär Schutzberechtigte seien ebenfalls zum Aufenthalt im Bundesgebiet berechtigt, ihnen komme das so genannte "kleine

"Asyl" zu. Dieser Status sei eine Zwischenstellung zwischen Asylberechtigten und Aufenthaltsberechtigten nach dem NAG, was sich aus dem AsylG 2005 bzw. der Vorgängerbestimmung ergebe. Es sei aus Gleichheitsgründen nicht einzusehen, dass Personen, denen ein Aufenthaltsrecht nach dem NAG zukomme FB zustehe, nicht jedoch Personen, die ein Aufenthaltsrecht als subsidiär Schutzberechtigte hätten, da nach der Systematik deren Aufenthaltsrecht "höherwertiger" sei, als ein solches nach dem NAG.

Sie sei überdies türkische Staatsangehörige und stehe im Erwerbsleben. Für türkische Staatsangehörige gelte das so genannte Assoziationsabkommen zwischen der EU und der Türkei aus 1980 bzw. der Beschluss 3/80 des durch das genannte Assoziationsabkommen geschaffenen Assoziationsrates, wonach türkische Arbeitnehmer österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt seien. Eine Schlechterstellung türkischer Staatsangehöriger sei daher nicht zulässig, zumal nach Art. 8 des europäischen Abkommens über soziale Sicherheit, BGBI. 428/1977, türkische Staatsangehörige den österreichischen Staatsangehörigen ebenfalls gleichgestellt sind.

Letztlich ergebe sich aus Art 20 ff. (insbesondere Art. 28) der Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29.04.2004 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, OJ L 304/12, vom 30.09.2004 (so genannte Statusrichtlinie) dass subsidiär Schutzberechtigte, was Transferleistungen betreffe, Asylberechtigten gleich zu stellen seien. Daraus folge ebenfalls, dass eine Ungleichbehandlung von Flüchtlingen iSd. Genfer Flüchtlingskonvention (Personen, denen Flüchtlingsstatus zuerkannt worden sei) und subsidiär Schutzberechtigten auch unter europarechtlichen Aspekten nicht zulässig sei.

Mit Vorhalt vom 7.03.2007 ersuchte die Abgabenbehörde zweiter Instanz den rechtlichen Vertreter der Bw. um Vorlage eines Nachweises über den Status der Bw. als subsidiär Schutzberechtigte. Darüber hinaus wurde die Bw. ersucht bekannt zu geben, ob sie seit Oktober 2006 Leistungen aus der Grundversorgung bezogen habe und wie hoch diese allfälligen Leistungen gewesen wären bzw. seien.

Mit Eingabe vom 22.03.2007 gab der Rechtsvertreter bekannt, dass die Bw. im fraglichen Zeitraum seit Oktober 2006 keinerlei Leistungen aus der Grundversorgung bezogen habe bzw. beziehe. Sie habe noch im Dezember 2005 einen Antrag auf Gewährung des gleichen Schutzes gestellt (Anmerkung der Berufungsbehörde: gemeint wohl Antrag auf auf Gewährung des Status als subsidiär Schutzberechtigte). Dieser sei als Berufungsergänzung gewertet und dem UBAS zur Entscheidung vorgelegt worden. Bisher habe der UBAS in dieser Angelegenheit weder selbst entschieden noch die Entscheidung an das Bundesasylamt, Außenstelle Linz, zurückverwiesen. Das diesbezügliche Verfahren sei zu Zl. 228.019 beim

UBAS anhängig und die Erledigung sei seitens des Rechtsvertreters bereits mehrmals urgierter worden, jedoch sei bislang kein Bescheid ergangen.

In einer weiteren Eingabe vom 12.11.2007 gab der rechtliche Vertreter bekannt, dass er in der Asylsache der Bw. zwischenzeitig Säumnisbeschwerde an den VwGH erhoben habe. Der UBAS sei innerhalb der vom VwGH gesetzten dreimonatigen Frist nicht tätig geworden, sodass zu erwarten sei, dass der VwGH selbst werde entscheiden müssen.

Darüber hinaus ergänzte der Rechtsvertreter die Berufung wie folgt: Nach § 3 Abs. 4 FLAG bestehe Anspruch auf FB auch für Kinder, denen der Status von subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt worden sei, was für die beiden Kinder der Bw. zutreffe. Demnach bestehe zumindest ab der bescheidmäßigen Zuerkennung dieses Status ein Anspruch auf FB, der sogar unabhängig von Leistungen aus der Grundversorgung sei. Es sei nicht ausdrücklich gefordert, dass auch dem Elternteil der Status eines subsidiär Schutzberechtigten zukomme und nur in diesem Fall ein FB-Anspruch bestehe.

Verwiesen werde nochmals auf Art. 18 der Statusrichtlinie, nach welchem der Mitgliedsstaat, für Personen, denen er die Rechtstellung der Flüchtlingseigenschaft oder subsidiären Schutzstatus gewähre, auch die notwendige Sozialhilfe wie Staatsangehörigen dieses Mitgliedsstaates zukommen lassen müsse. Die FB falle unter diesen Sozialleistungsbegriff weshalb sich aus der Statusrichtlinie die Verpflichtung Österreichs ergebe, auch subsidiär Schutzberechtigten im selben Umfang wie österreichischen Staatsangehörigen die FB zu gewähren.

Dies treffe jedenfalls seit der Umsetzungsverpflichtung der Statusrichtlinie zu, welche in Österreich mit 10.10.2006 bestanden habe. Da es sich bei der FB um eine Kernleistung des österreichischen Sozialleistungssystems handle, lasse sich aus Art. 28 Abs. 2 der Statusrichtlinie keine Berechtigung zu einer einschränkenden Auslegung und damit zu einer Nichtgewährung der FB ableiten. Es sei davon auszugehen, dass der Bw. auch ohne Gewährung des subsidiären Schutzes ein FB-Anspruch zustehe, allerdings habe sie einen Rechtsanspruch auf Erteilung dieses Schutzstatus, der ihr bisher auf Grund der Untätigkeit der zuständigen Asylbehörde verweigert worden sei.

In einer weiteren Berufungsergänzung (vom 03.06.2008) führte der Rechtsvertreter im Wesentlichen Folgendes aus: Durch eine Änderung der Geschäftsverteilung beim VwGH sei die von der Bw. in Bezug auf ihr Asylverfahren eingebrachte Säumnisbeschwerde einem anderen Senat und einem neuen Berichterstatter zugewiesen worden. Dieser habe telefonisch mitgeteilt, dass vor Ende Juni (2008) mit einer Entscheidung nicht zu rechnen sei, was die rechtliche Konsequenz habe, dass das Verfahren gem. Art. 151 Abs. 39 Z 5 B-VG, BGBI. I 2008/2, als eingestellt gelte und vom Asylgerichtshof weiterzuführen sei.

In einer weiteren Eingabe vom 4.07.2008 verwies der Rechtsvertreter auf die neuere Judikatur des VwGH, wonach auf "alte" Asylwerber, die alte Rechtslage anzuwenden sei

(VwGH vom 15.01.2008, 2007/15/0170). Das die Bw. betreffende Asylverfahren, das nunmehr beim VwGH anhängig sei, sei auf Grund des ursprünglichen Antrages vom 23.12.2003 eingeleitet worden, der Antrag auf Gewährung desselben Schutzes (Anmerkung der Berufungsbehörde: gemeint ist der Antrag auf den Status einer subsidiär Schutzberechtigten) sei nach der Asylrechtslage als Berufungsergänzung zum Asylverfahren angeschlossen worden (Antragstellung am 21.12.2005).

Da die Bw. einer Erwerbstätigkeit nachgehe, stehe ihr entsprechend der Judikatur des VwGH die FB zu.

Mit Eingabe per Fax legte der rechtliche Vertreter verschiedene Unterlagen betreffend das Asylverfahren der Bw. vor (Niederschrift über die Berufungsverhandlung beim UBAS vom 1.12.2005, Säumnisbeschwerde an den VwGH vom 25.06.2007, Gegenschrift des UBAS betreffend das Säumnisbeschwerdeverfahren vom 13.12.2007), aus dem unter anderem Folgendes hervorgeht:

Die Bw. hat am 24.12.2003 gem. § 3 AsylG einen Asylantrag gestellt, der mit Bescheid des Bundesasylamtes vom 13.12.2004 abgewiesen wurde. Gegen diesen Bescheid erhab die Bw. am 17.12.2004 Berufung hinsichtlich welcher ihr Rechtsvertreter am 25.06.2007 Säumnisbeschwerde beim VwGH einbrachte. Dieses Verfahren ist derzeit noch beim VwGH anhängig, nach den Angaben des Rechtsvertreters ist jedoch (nach einer ihm von der zuständigen VwGH-Referentin telefonisch erteilten Auskunft) damit zu rechnen, dass dieses Verfahren nach der anlässlich der Schaffung des Asylgerichtes erlassenen Übergangsbestimmung des B-VG an dieses Gericht zur Weiterführung abgetreten wird.

Aus einem Versicherungsdatenauszug der Sozialversicherung am 31.07.2008 geht hervor, dass die Bw. in den Jahren 2006 und 2007 und auch im laufenden Jahr 2008 ohne Unterbrechungen unselbstständig bei einer Reinigungsfirma beschäftigt war bzw. ist (Bruttoeinkünfte laut Lohnzetteln: 14.264,51 € im Jahr 2006 und 16.385,10 € im Jahr 2007).

Über die Berufung wurde erwogen:

Strittig ist, ob der Bw. ab Oktober 2006 FB für ihre beiden Kinder A.A. und A.K. zusteht, wobei sie für A.K. die erhöhte FB nach § 8 Abs. 4 ff. FLAG beantragte. Die Bw. ist türkische Staatsbürgerin und hat im Dezember 2003 eine Asylantrag gestellt, der nach den vorgelegten Unterlagen abgewiesen wurde. Das Verfahren betreffend die Berufung der Bw. gegen den abweislichen Asylbescheid ist derzeit noch immer offen (beim VwGH bzw. beim Asylgericht).

Das Finanzamt hat mit dem bekämpften Bescheid den Antrag auf FB mit Hinweis auf § 3 Abs. 2 FLAG idF. BGBl. I 2005/100 abgewiesen, weil die Bw. weder über einen Aufenthaltstitel nach §§ 8 und 9 des NAG, noch über einen positiven Asylbescheid verfüge, ebenso wenig sei ihren anspruchsvermittelnden Kindern Asyl gewährt worden.

3 FLAG 1967 in der ab 1.1.2006 geltenden Fassung lautet (BGBI. I 2005/100):

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

Nach Absatz 2 leg. cit. besteht Anspruch auf FB für Kinder, die nicht österreichische Staats- bürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des NAG rechtmäßig in Österreich aufhalten.

§ 3 Abs. 3 leg.cit. besagt: "Abweichend von Abs. 1 haben Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 2005, BGBI. 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 1.06.2006 der zitierten Bestimmung ein Absatz 4 und 5 (BGBI. I 2006/168) angefügt, wonach außerdem Personen, denen nach dem AsylG 2005 der Status eines subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt wurde, bei Vorliegen bestimmter Voraus- setzungen Anspruch auf FB haben.

Bis 31.12.2005 galt die gesetzliche Regelung des § 3 FLAG in der Fassung des Pensions- harmonisierungsgesetzes, BGBI. I 2004/142. 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 AsylG 1997 gewährt wurde.

Die Änderung des § 3 FLAG erfolgte im Zuge umfangreicher Gesetzesänderungen durch das Fremdenrechtspaket 2005, BGBI. I 2005/100. Im Zuge dieser Änderungen wurde folgende Übergangsbestimmung des § 55 FLAG angefügt:

"Die §§ 2 Abs. 8 erster Satz und 3 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBI. I 2005/100, treten mit 1.1.2006, nach Maßgabe der Übergangsbestimmungen des Niederlassungs- und Aufenthaltsge- setzes, BGBI. I 2005/100, sowie des Asylgesetzes 2005, BGBI. I Nr. 100, in Kraft."

Das Asylgesetz 2005 enthält unter anderem in seinem § 75 Absatz 1 folgende Übergangs- bestimmung:

"Alle am 31. Dezember 2005 anhängigen Verfahren sind nach den Bestimmungen des Asyl-

gesetzes 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 15.01.2008, 2007/15/0170, folgende Feststellung getroffen:

"§ 55 FLAG verknüpft das Inkrafttreten des § 3 FLAG in der Fassung des Fremdenrechts- paketes 2005 mit den Übergangsbestimmungen des NAG und jenen des Asylgesetzes 2005. § 55 FLAG ist dahingehend zu verstehen, dass § 3 FLAG in der Fassung des Fremden- rechtspaketes 2005 für Personen, denen gegenüber gemäß § 75 Asylgesetz 2005 das Asyl- verfahren 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 die Bw. zu, da ihr 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 ihren Anspruch auf FB die Bestimmung des § 3 FLAG noch in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I 2004/142.

Da die Bw. nach den vorgelegten Unterlagen bzw. den durchgeführten Ermittlungen die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 FLAG idF. des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I 2004/142, erfüllt – sie war im Antragszeitraum in Österreich bei einem Dienstgeber beschäftigt und erzielte aus dieser Beschäftigung Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit – hat sie nach dieser Bestimmung dem Grunde nach Anspruch auf FB.

Dem Antrag auf erhöhte FB gem. § 8 Abs. 4 ff. FLAG für das Kind A.K. kommt ebenfalls Berechtigung zu, da auch das Vorliegen der diesbezüglichen Voraussetzungen (voraussichtlich mehr als drei Jahre andauernde Behinderung im Ausmaß von mindestens 50 v.H.) durch das vorliegende ärztliche Gutachten des Bundessozialamtes Oberösterreich vom 19.09.2006 bescheinigt ist.

Entgegen dem ursprünglichen Antrag vom 28.09.2006 auf FB ab Oktober 2006 besteht allerdings erst ab November 2006 ein FB-Anspruch für die beiden anspruchsvermittelnden Kinder, weil die strittige Beihilfe (einschließlich des Erhöhungsbetrages gem. § 8 Abs. 4 FLAG für A.K.) tatsächlich bis Oktober 2006 ausbezahlt wurde und das Finanzamt die für den Zeitraum Jänner bis Oktober 2006 (nach Ansicht des Finanzamtes zu Unrecht) ausbezahlten Beträge gem. § 26 Abs. 4 FLAG aus Billigkeitsgründen nicht rückgefordert hat.

Der Berufung war daher insofern teilweise statzugeben, als der Bw. für die Kinder A.A. und A.K. ab November 2006 die FB zusteht. Darüber hinaus steht ihr für das Kind A.K. ebenfalls ab November 2006 der Erhöhungsbetrag gem. § 8 Abs. 4 FLAG wegen erheblicher Behinderung zu.

Aus allen diesen Gründen war spruchgemäß zu entscheiden.

Linz, am 5. August 2008