



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vom 5. September 2007 gegen den Bescheid des Finanzamtes Grieskirchen Wels vom 9. August 2007 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab 1. Juli 2007 entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

### **Entscheidungsgründe**

Die Berufungserberin ist türkische Staatsbürgerin und hält sich seit Mai 2003 in Österreich als Asylwerberin auf. Sie verfügt in Österreich über eine vorläufige Aufenthaltsberechtigung nach § 19 Asylgesetz. Am xx wurde ihr Sohn A geboren. Der Vater des Kindes, R, ist seit Mai 2002 in Österreich als Asylwerber aufhältig. Das Finanzamt wies mit Bescheid vom 9.8.2007 den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Sohn A ab, da nach der zu dieser Zeit geltenden Rechtslage Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe haben, wenn sie sich nach den §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhalten.

In der dagegen eingebrachten Berufung beantragte die Berufungserberin Gewährung der Familienbeihilfe für ihren Sohn ab Juli 2007 und führte sinngemäß aus: Die Berufungserberin sei bereits seit Mai 2003 in Österreich und nach den Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes unselbstständig beschäftigt und verfüge über eine gültige Arbeitserlaubnis. Sie sei als Asylwerberin in Österreich. Auch ihr Lebenspartner R, der Vater

des Sohnes, halte sich in Österreich auf und sei hier laufend beschäftigt. Das Asylverfahren sei noch nicht abgeschlossen. Sie sei türkische Staatsbürgerin. Durch den bekämpften Bescheid sei sie in ihrem Recht auf Grund des Beschlusse 1/80 zum Assoziationsabkommen EWG-Türkei sowie VO 1408/71 verletzt. Der EuGH habe in zwei Urteilen bereits bestätigt, dass der Beschluss 1/80 des Assoziationsrates unmittelbar anwendbar sei, sodass jede Diskriminierung aufgrund der Staatsbürgerschaft unzulässig sei, sobald türkische Staatsangehörige dem regulären Arbeitsmarkt des Mitgliedsstaates angehören. Im Übrigen sollte der rechtmäßige Aufenthalt in Österreich ebenso wie bei den nach dem NAG berechtigten Fremden bei der Gewährung von Familienbeihilfe berücksichtigt werden. Schließlich erscheine eine unterschiedliche Behandlung von Flüchtlingen, die in der Regel eine neue Existenz aufbauen müssten, gegenüber Migranten nicht nachvollziehbar. Die Regelung des § 3 FLAG 1967 idF der Novelle sei sachlich nicht gerechtfertigt und somit gleichheitswidrig. Außerdem handle es sich um einen unzulässigen Eingriff in wohlerworbene Rechte und es werde der Vertrauenschutz verletzt. Die bis zur Novelle rechtmäßig zustehende Familienbeihilfe stelle einen wesentlichen Bestandteil der Mittel zur Besteitung der Lebenshaltungskosten dar und sie habe auf den Bezug der Familienbeihilfe vertraut. Mit der unvorhergesehenen Änderung durch die Novelle sei ihre Existenz bedroht.

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

§ 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:

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.

Absatz 3: Ist der Elternteil, der den Haushalt überwiegend führt, nicht österreichischer Staatsbürger, genügt für dessen Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn der andere Elternteil österreichischer Staatsbürger ist oder die Voraussetzungen nach Abs. 1 oder 2 erfüllt.

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 sowohl auf die Berufungswerberin als auch auf den Vater ihres Kindes zu, da beide Asylverfahren bereits vor dem 31. Dezember 2005 eingeleitet wurden und damit noch nach dem Asylgesetz 1997 unter Berücksichtigung der in § 75 Abs. 1 AsylG 2005 angeführten Bestimmungen abzuführen sind. Im Sinn der zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes gilt daher für ihren Anspruch auf Familienbeihilfe § 3 FLAG noch in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004.

Da die Berufungswerberin und der Kindesvater im Jahr 2007 regelmäßige Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit bezogen haben, besteht jedenfalls nach dieser Bestimmung Anspruch auf Familienbeihilfe.

Der Berufung konnte daher stattgegeben werden.

Linz, am 8. April 2008