



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 14. September 2006 gegen den Bescheid des Finanzamtes Linz vom 7. September 2006 betreffend Familienbeihilfe entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

### Entscheidungsgründe

In Folge einer Überprüfung des Anspruchs auf Familienbeihilfe durch das Finanzamt, übermittelte der Bw. jeweils eine Schulbesuchsbestätigung für seine Kinder A. und B. für das Schuljahr 2005/2006. Weiters teilte er der Abgabenbehörde I. Instanz mit Schreiben vom 10.7.2006 mit, dass er seit 2003 Asylwerber sei und einer unselbständigen Beschäftigung nachgehe. Überdies verfüge er über eine vorläufige Aufenthaltsberechtigung in Österreich. Sofern demnach keine Zuerkennung der Beihilfe erfolge, beantragte der Bw. einen abweisenden Bescheid zu erlassen. Mit Bescheid des Finanzamtes vom 7. September 2006 wurde die Weitergewährung der Familienbeihilfe für den nunmehrigen Bw. betreffend seine drei Kinder C. (geb. 00.00.2004), A. (geb. 0.0.1997) und B. (geb. 00.0.1992) ab Mai 2006 abgewiesen. Das Finanzamt stützt dabei seinen Bescheid auf § 3 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) in der ab 1. Jänner 2006 gültigen Fassung, wonach für Personen, welche nicht österreichische Staatsbürger seien, nur dann eine Anspruchsberechtigung auf Familienbeihilfe gegeben sei, wenn sich diese nach den Bestimmungen der §§ 8 und 9 des NAG (Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz) rechtmäßig in Österreich aufhalten würden. Da weder der Bw. für seine Person noch für seine Kinder die

nach §§ 8 bzw. 9 NAG geforderten Aufenthaltsberechtigungen vorgelegt habe, noch das Asylverfahren durch endgültige Asylgewährung abgeschlossen worden sei, bestünde kein Anspruch auf Familienbeihilfe. In einem ergänzenden Hinweis führte das Finanzamt aus, dass von einer Rückforderung der bereits für Jänner bis April 2006 zu Unrecht bezogenen Beihilfe gem. § 26 Abs. 4 FLAG aus Billigkeitsgründen abgesehen werde.

Gegen diesen Abweisungsbescheid vom 7.9.2006 brachte der Bw. mit Eingabe vom 14.9.2006, fristgerecht das Rechtsmittel der Berufung ein. Darin führt der Bw. im Wesentlichen sinngemäß aus, dass er bereits seit April 2003 in Österreich entsprechend den Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes rechtmäßig, unselbständig beschäftigt sei. Weiters verfüge er über eine, dzt. bis 15.12.2007 gültige Arbeitserlaubnis. Die Finanzierung der Familienbeihilfe erfolge - mit Ausnahme des Bundes und der Länder, sowie der größeren Gemeinden und der gemeinnützigen Krankenanstalten - aus Beiträgen aller Dienstgeber, welche im Inland Dienstnehmer beschäftigen würden. Dies bedeute, dass auch im vorliegenden Fall der Dienstgeber des Bw. in den Familienlastenausgleichsfonds bislang entsprechende Beiträge eingebracht habe und auch noch laufend einzahle. Bis zum In-Kraft-Treten der Novelle des FLAG zum 1. Jänner 2006 seien die Voraussetzungen des § 3 leg. cit. erfüllt worden und die Familienbeihilfe für die minderjährigen Kinder des Bw. bereits bezogen worden. Der Bw. befinde sich seit November 1999 als Asylwerber in Österreich und verfüge über eine vorläufige Aufenthaltsberechtigung gem. den Bestimmungen des § 19 AsylG. Folglich halte er sich mit seinen Kindern rechtmäßig hierzulande auf. Auch nach Ansicht der UNHCR (Analyse der Regierungsvorlage für das Fremdenrechtspaket) sollte dieser rechtmäßige Aufenthalt bei der Gewährung der Familienbeihilfe Berücksichtigung finden. Es erscheine gerade eine unterschiedliche Behandlung von Flüchtlingen, welche in Österreich in der Regel eine neue Existenzgrundlage aufzubauen hätten, gegenüber Migranten nicht nachvollziehbar. Die seit 1. Jänner 2006 in Kraft getretenen Bestimmungen des § 3 Abs. 1 und 2 FLAG, welche eine Bezugsberechtigung der Beihilfe nur auf ein Aufenthaltsrecht nach dem NAG und nicht auf ein solches nach dem Asylgesetz abstelle, sei daher nach Ansicht des Bw. keinesfalls nachvollziehbar. Diese mit 1. Jänner 2006 vorgenannten, geänderten Bestimmungen seien sachlich nicht gerechtfertigt und folglich gleichheitswidrig. Es handle sich somit bei dieser Neuregelung des § 3 FLAG um einen unzulässigen Eingriff in die wohl erworbenen Rechte des Bw. wodurch der aus dem Gleichheitssatz abgeleitete Vertrauensschutz verletzt werde. Verfassungswidrig seien nämlich auch künftig wirkende Einschränkungen wohl erworbener Rechte, sofern es sich dabei um schwerwiegende und plötzlich eintretende Eingriffe in die Rechtsposition handle, auf deren Bestand die Betroffenen mit guten Gründen vertrauen konnten (VfSlg 11.309/1987). Außerdem werde durch die Einstellung der Beihilfe die Existenz der Familie des Bw. bedroht. Darüber hinaus sei der Bw.

türkischer Staatsangehöriger wodurch im vorliegenden Fall der Beschluss 1/80 des Assoziationsabkommens der EWG-Türkei im gegenständlichen Verfahren anzuwenden sei.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 27.9.2006 wies das Finanzamt die Berufung vom 14.9.2006 als unbegründet ab. In der Begründung stützt sich die Abgabenbehörde I. Instanz neuerlich auf die rechtlichen Änderungen des § 3 FLAG mit 1.1.2006. Zu dem vom Bw. u.a. vorgebrachten Beschluss des Assoziationsabkommens führt das Finanzamt aus, dass dieser für das anhängige Verfahren nicht anzuwenden sei, da diese Bestimmungen die Freizügigkeit von Arbeitnehmern behandle und nicht für Personen gedacht sei, welche vor der Türkei internationalen Schutz begehren würden.

Durch die Eingabe des Bw. vom 2.10.2006, welche sinngemäß nach § 276 Abs. 2 BAO als Vorlageantrag zu werten war, gilt die eingebrachte Berufung vom 14.9.2006 gem. § 276 Abs. 3 BAO wiederum als unerledigt. Mit Vorhalten des Unabhängigen Finanzsenates (kurz UFS) vom 13.6. und 10.7.2008 wurde dem Bw. das Ergebnis der Beweisaufnahme sowie der von der Behörde angenommene Sachverhalt mitgeteilt und diesem die Gelegenheit zur Gegenäußerung eingeräumt, bzw. die Möglichkeit eröffnet weitere Unterlagen für das gegenständliche Verfahren vorzulegen. Am 17.7.2008 übermittelte der Bw. in der Folge unvollständige Ablichtungen von vorläufig erteilten Aufenthaltsberechtigungen (offenbar alle gem. § 19 AsylG) für ihn, seine Gattin, sowie für seine beiden Töchter A. und B., weiters einen aktuellen Versicherungsdatenauszug über seine Person, eine Bestätigung des AMS über einen Leistungsanspruch für den Bw., eine Ablichtung über eine, ebenfalls vom AMS für den Zeitraum 19.11.2007 bis 18.11.2008 erteilte Beschäftigungsbewilligung nach dem AusIBG, und einen Arbeitsvertrag mit der Fa. X., Z., aus dem u.a. hervorgeht, dass der Bw. als Arbeitnehmer seit 14.10.2006 beim genannten Unternehmen ein Beschäftigungsverhältnis unterhält.

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

Sowohl der gegenständliche Bw., seine Gattin als auch die drei Kinder sind nach den Angaben des Bw. türkische Staatsbürger. Lt. den eigenen Ausführungen des Bw. hält sich dieser mit seiner Gattin und den genannten Kindern als Asylwerber in Österreich auf, wobei die jeweiligen Asylverfahren noch nicht endgültig abgeschlossen seien. Ein Aufenthaltstitel nach § 8 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes wurde nicht nachgewiesen bzw. die Innehabung eines solchen auch im bisherigen Verfahren vom Bw. nicht behauptet. Das Finanzamt wies daher den Antrag auf (Weiter)gewährung von Familienbeihilfe für die drei Kinder unter Hinweis auf die ab 1.1.2006 geltende Rechtslage nach § 3 Abs. 1 bis 3 FLAG 1967 ab.

Die ab 1.1.2006 (BGBl. I Nr. 100/2005) in Kraft getretene Fassung des § 3 FLAG lautet wie folgt:

(1) Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben 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.

(2) Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.

(3) Abweichend von Abs. 1 haben Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 2005 (AsylG 2005), BGBl. I Nr. 100, gewährt wurde, Anspruch auf Familienbeihilfe. Anspruch besteht auch für Kinder, denen nach dem Asylgesetz 2005 Asyl gewährt wurde.

Mit BGBl. I Nr. 168/2006 wurden dem § 3 FLAG, rückwirkend mit 1.7.2006 in Kraft gesetzt, die nachstehenden Absätze 4 und 5 angefügt.

(4) Abweichend von Abs. 1 haben Personen, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde, Anspruch auf Familienbeihilfe, sofern sie keine Leistungen aus der Grundversorgung erhalten und unselbständig oder selbständig erwerbstätig sind. Anspruch besteht auch für Kinder, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde.

(5) In den Fällen des Abs. 2, Abs. 3 letzter Satz und Abs. 4 letzter Satz wird für nachgeborene Kinder die Familienbeihilfe rückwirkend gewährt. Gleiches gilt für Adoptiv- und Pflegekinder, rückwirkend bis zur Begründung des Mittelpunktes der Lebensinteressen im Bundesgebiet (§ 2 Abs. 8) durch den Elternteil und das Kind. Als nachgeborene Kinder gelten jene Kinder, die nach dem Zeitpunkt der Erteilung des Aufenthaltstitels oder der Zuerkennung des Status des Asylberechtigten oder subsidiär Schutzberechtigten an den zusammenführenden Fremden geboren werden.

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

(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.

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

(3) Ist der Elternteil, der den Haushalt überwiegend führt (§ 2a Abs. 1), 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.*

Obwohl der Bw. den Aufforderungen des UFS (Vorhalte vom 13.6.08 und vom 10.7.08), insbesondere entsprechende Unterlagen zu übermitteln, aus denen das Datum der Einleitung seines Asylverfahrens zu entnehmen ist, nicht in ausreichender Weise nachkam, erwiesen sich die vom Bw. getätigten Angaben im bisherigen Verfahren als korrekt. So ergaben einerseits ho. Ermittlungen über das Bundesasylamt, dass für sämtliche Familienmitglieder des Bw. die jeweiligen Asylverfahren bereits vor dem 31.12.2005 eingeleitet wurden und über diese bis dato keine rechtskräftige Entscheidung erfolgte. Folglich sind für das vorliegende Beihilfenverfahren noch die Bestimmungen des § 3 FLAG in der Fassung des BGBl 142/2004 anzuwenden. Auch ergab eine Nachfrage beim AMS-Linz, dass für den hier zu beurteilenden

Zeitraum eine Beschäftigungsbewilligung bzw. eine Arbeitserlaubnis nach dem AuslBG für den Bw. vorlag. Durch den, vom Bw. im anhängigen Verfahren vorgelegten Versicherungsdatenauszug gilt auch als erwiesen, dass der Bw. im hier maßgeblichen Zeitraum die Voraussetzungen, Einkünfte aus nicht selbständiger Arbeit bezogen zu haben und dass diese Beschäftigung bereits länger als drei Monate andauerte, erfüllte.

Da demnach sämtliche, nach den hier anzuwendenden Bestimmungen des § 3 Abs. 1 FLAG idF BGBl 142/2004 geforderten Voraussetzungen für den Bw. - betreffend den hier relevanten Zeitraum - vorliegen, war, wie im Spruch ausgeführt, der Berufung Folge zu geben und der angefochtene Bescheid aufzuheben.

Linz, am 28. Juli 2008