



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 5. September 2006 gegen den Bescheid des Finanzamtes Grieskirchen Wels vom 25. August 2006 betreffend Familienbeihilfe entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

### **Entscheidungsgründe**

Mit Bescheid des Finanzamtes vom 25. August 2006 wurde die Weitergewährung der Familienbeihilfe für den nunmehrigen Berufungswerber (im Folgenden kurz Bw.) betreffend seine zwei Kinder A. (geb. X.XX. 1998) und B. (geb. XX.XX. 2005) ab September 2006 abgewiesen. Das Finanzamt stützt dabei seinen Bescheid auf § 3 Abs. 1 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.

Gegen diesen Abweisungsbescheid vom 25.8.2006 brachte der Bw. eine Berufung (Eingabe vom 5. 9.2006) ein. In dieser führt der Bw. im Wesentlichen sinngemäß aus, dass er bereits seit mehreren Jahren in Österreich entsprechend den Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes rechtmäßig, unselbständig beschäftigt sei. Weiters erfülle er die Voraussetzungen für einen Bezug von Arbeitslosengeld und verfüge auch über eine 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. als auch seine Gattin würden sich bereits seit mehreren Jahren als Asylwerber in Österreich befinden. Die jeweiligen Asylverfahren seien jedoch noch nicht endgültig abgeschlossen. Überdies sei eines seiner Kinder in Österreich geboren. Somit ergebe sich ein rechtmäßiger Aufenthalt in Österreich. Weiters sei der Bw. türkischer Staatsbürger. Durch den vom Finanzamt erlassenen, abweisenden Bescheid, werde der Bw. in seinem Recht auf Familienbeihilfe sowie in seinen Rechten nach dem Beschluss 1/80 des Assoziationsabkommens der Gemeinschaft mit der Türkei verletzt. Auch habe der Europäische Gerichtshof mehrmals bestätigt, dass der genannte Beschluss unmittelbar anwendbar sei und dadurch jede Diskriminierung auf Grund der Staatsbürgerschaft unzulässig werde. 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 Migrantinnen 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 somit 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. Der Bw. beantragt daher die Familienbeihilfe für seine minderjährigen Kinder auch ab 1. September 2006 weiter zu gewähren und eventuell den Bescheid zur Gänze ersatzlos aufzuheben und zur neuerlichen Entscheidung an die Behörde I. Instanz zurückzuweisen.

Eine Berufungsvorentscheidung wurde durch das Finanzamt im gegenständlichen Verfahren nicht erlassen. Mit Vorhalten des Unabhängigen Finanzsenates (kurz UFS) vom 23.3.2007 und 19.6.2008 wurde dem Bw. das Ergebnis der Beweisaufnahme sowie der von der Behörde angenommene Sachverhalt mitgeteilt und diesem die Gelegenheit zur Gegenäußerung eingeräumt. Am 30. Juni 2008 wurden dem UFS eine Beschäftigungsbestätigung vom 27.6.2008 der Fa. Z., eine Beschäftigungsbewilligung des AMS vom 6.12.2007, eine Anmeldebestätigung der Stadt Wels zu einem Kindergartenplatz betreffend den Sohn B. des Bw., eine Schulbesuchsbestätigung betreffend die Tochter A., Meldebestätigungen des Magistrates C. für sämtliche Familienmitglieder des Bw., sowie eine für den Bw. vorläufig erteilte Aufenthaltsberechtigung nach § 19 AsylG, gültig seit 11.2.2002 übermittelt.

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

Sowohl der gegenständliche Bw., seine Gattin als auch die beiden Kinder sind türkische Staatsbürger. Lt. den eigenen Angaben 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 beiden 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.*

Im gegenständlichen Fall ist unstrittig, dass das Asylverfahren des Bw. bereits vor dem 31.12.2005 eingeleitet wurde und somit nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes im anhängigen Verfahren die Bestimmungen des § 3 FLAG in der Fassung des BGBl. 142/2004 anzuwenden sind. Aus Abs. 1 dieser Bestimmung ergibt sich als Voraussetzung für einen Anspruch auf Familienbeihilfe, dass ein nicht österreichischer Staatsbürger im Bundesgebiet bei einem Dienstgeber beschäftigt sein muss und aus dieser Beschäftigung Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit oder zufolge einer solchen Beschäftigung Bezüge aus der gesetzlichen Krankenversicherung bezieht. Überdies hat diese Beschäftigung länger als drei Monate anzudauern. Aus dem aktuellen Versicherungsdatenauszug rückreichend auf einen Zeitraum ab Jahresbeginn 2003 betreffend den Bw. ist zu entnehmen, dass dieser seit 1.1.2003 bis laufend als Arbeiter bei der Firma beschäftigt ist. Weiters geht aus der, dem UFS im zweitinstanzlichen Abgabenverfahren übermittelten Bestätigung des vorgenannten Unternehmens hervor, dass das Arbeitsverhältnis mit dem Bw. bereits seit 3. April 2002 bestehe und mit diesem auf unbestimmte Zeit abgeschlossen worden sei. Auch übermittelte der Bw. eine – vom AMS auf seine Person ausgestellte - Beschäftigungsbewilligung nach dem AuslBG. In dieser scheint zwar eine Gültigkeit vom 5.12.2007 bis 4.12.2008 auf, jedoch ergaben Ermittlungen des UFS beim AMS, dass der Bw. auch über eine gültige Arbeitserlaubnis mit einer Gültigkeit vom 5.4.2005 bis 4.4.2007 verfügte. 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 1. Juli 2008