



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Herrn Dipl. Ing. B., in XY, vom 22. Dezember 2006 gegen den Bescheid des Finanzamtes Graz-Stadt vom 12. Dezember 2006 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages für den Zeitraum 1. Mai 2006 bis 30. Juni 2006 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Das Finanzamt Graz-Stadt hat den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages für das Kind F mit Bescheid vom 12. Dezember 2006 abgewiesen. Begründet wurde der Bescheid damit, dass gemäß § 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe besteht, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Mit Schriftsatz vom 21. Dezember 2006 wurde vom Berufungswerber das Rechtsmittel der Berufung eingebracht und wie folgt begründet:

Gegen den Bescheid vom 12.12.2006, womit mein Ansuchen auf Gewährung der Familienbeihilfe für mein Kind, F , für den Zeitraum vom 1.5.2006 bis 30.6.2006 abgewiesen wurde, erhebe ich das Rechtsmittel der

BERUFUNG

Gemäß Schreiben des Bundesministeriums für Soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz vom 30.12.2005 an alle Finanzämter, haben Eltern, die in den ersten 6 Lebensmonaten ihres Kindes eine NAG-Karte vorlegen, Anspruch auf Familienbeihilfe ab dem Geburtsmonat. Diese Auskunft habe ich auch sowohl von Mitarbeiter/innen des Finanzamtes Graz-Stadt, als auch von der Gebietskrankenkasse erhalten. Mit dem Abweisungsbescheid teilten Sie mir nunmehr mit, dass die Information des Bundesministeriums nicht mehr gültig sei.

Gemäß § 30 (4) Fremdenpolizeigesetz sind Kinder, die nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzen, während ihrer ersten 6 Monate von der Sichtvermerkspflicht befreit, sofern die Mutter rechtmäßig im Bundesgebiet niedergelassen ist. Die Befreiung von der Sichtvermerkspflicht bewirkt einen befristeten rechtmäßigen Aufenthalt des betreffenden Kindes für mindestens ein halbes Jahr bzw. bis zu endgültigen Entscheidung über den Aufenthaltsstatus. Mein Kind hat sich daher rechtmäßig in Österreich aufgehalten und wäre schon aus diesem Grund ein Anspruch auf Familienbeihilfe vor Abgabe der NAG-Karte zugestanden.

In Art. 11 der EU-RL 2003/109 wird die Nichtdiskriminierung von aufenthaltsverfestigten Personen beim Sozialschutz normiert. Das betrifft Personen, mit einer mindestens 5-jährigen Niederlassung in Österreich – wie ich sie habe. Die Familienbeihilfe ist eine Leistung des Sozialschutzes im Sinne der VO 1408/EWG und muss daher diskriminierungsfrei gewährt werden.

Für Kinder von Personen mit verfestigtem Aufenthalt muss die Familienbeihilfe daher wie für Kinder von Inländer/innen bzw. von EU-EWR-Staatsbürger/innen ab Geburt gewährt werden.

Überdies determiniert der Aufenthaltsstatus jener Eltern, die gem. NAG rechtmäßigen Aufenthalt im Inland in Zusammenarbeit mit einer Erwerbsberechtigung haben, den Aufenthaltsstatus ihrer Kinder im Sinne der RL über Familienzusammenführung 86/2003/EG. Die Verzögerung bei Beginn des Anspruches auf Familienbeihilfe beruht nicht auf der Fraglichkeit materieller Ansprüche der Eltern, sondern ausschließlich auf der Dauer, die die formelle Bestätigung eines materiell bereits gegebenen Anspruches benötigt. Dies ist ein unzulässiger Eingriff in materielle Leistungsansprüche und damit eine Verletzung des Rechtes auf Eigentum gem. Art. 1.1. ZP EMRK. Elternteile, die nicht in den sachlichen Geltungsbereich der RL 2003/109 fallen (also noch nicht aufenthaltsverfestigt sind), aber einen legalen Aufenthaltstitel haben, dürfen auf innerstaatlicher Ebene nicht schlechter behandelt werden,

als Drittstaatsangehörige mit Langzeitaufenthalt, da dies eine sachlich nicht gerechtfertigte Diskriminierung bei der Gewährung von Konventionsrechten gem. Art. 14 EMK darstellt.

Aus diesen Gründen besteht Anspruch auf Familienbeihilfe für meinen Sohn ab dem Geburtsmonat und beantrage ich daher, mir die Familienbeihilfe vom 1.5.2006 bis 30.6.2006 zuzusprechen.

Das Finanzamt Graz-Stadt erließ am 18. Juni 2007 eine abweisende Berufungsvorentscheidung und verwies dabei auf die neue Gesetzeslage des § 3 Abs. 5 FLAG 1967, (ab 1.7.2006 in Kraft getreten).

Der Berufungswerber brachte am 18. Juli einen Vorlageantrag ein und begründete diesen im Wesentlichen wie den Berufungsantrag.

Mit Bericht vom 20. November 2006 legte das Finanzamt Graz-Stadt die Berufung dem unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung vor.

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 3 Abs. 1 FLAG 1967, in der ab 1.1.2006 geltenden Fassung, haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, 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.

Nach § 3 Abs. 2 leg. cit. 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.

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.

Bis 31.12.2005 galt für Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, folgende gesetzliche Regelung des § 3 Abs. 1 FLAG 1967: Danach hatten solche Personen dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet bei einem Dienstgeber beschäftigt waren und aus dieser Beschäftigung Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit oder zufolge einer solchen Beschäftigung Bezüge aus der gesetzlichen Krankenversicherung im Bundesgebiet bezogen. Kein Anspruch bestand, wenn die Beschäftigung nicht länger als drei Monate dauerte, außerdem, wenn die Beschäftigung gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer verstieß.

Die oben zitierte Neuregelung der Ansprüche von Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, erfolgte im Rahmen umfangreicher Änderungen im Bereich des Fremdenrechtes. Danach besteht der Anspruch auf Familienbeihilfe nur mehr für die Personen, die auch zur Niederlassung in Österreich berechtigt sind, wobei diese Berechtigung nach den Bestimmungen des ebenfalls im Rahmen des Fremdenrechtspaketes 2005 erlassenen Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes erteilt wird. In deren §§ 8 und 9, auf die sich das Gesetz bezieht, sind die Arten und Formen der Aufenthaltstitel im Sinn des Gesetzes aufgezählt.

Arten und Form der Aufenthaltstitel nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG)

§ 8. (1) Aufenthaltstitel werden erteilt als:

1. "Niederlassungsbewilligung" für eine nicht bloß vorübergehende befristete Niederlassung im Bundesgebiet zu einem bestimmten Zweck (Abs. 2) mit der Möglichkeit, anschließend einen Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt - EG" (Z 3) zu erlangen;
2. Aufenthaltstitel "Familienangehöriger" für die befristete Niederlassung mit der Möglichkeit, anschließend einen Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt - Familienangehöriger" (Z 4) zu erhalten;
3. Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt - EG" für die Dokumentation des unbefristeten Niederlassungsrechts, unbeschadet der Gültigkeitsdauer des Dokuments;
4. Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt - Familienangehöriger" für die Dokumentation des unbefristeten Niederlassungsrechts, unbeschadet der Gültigkeitsdauer des Dokuments;
5. "Aufenthaltsbewilligung" für einen vorübergehenden befristeten Aufenthalt im Bundesgebiet zu einem bestimmten Zweck (§§ 58 bis 69 und § 72) mit der Möglichkeit, anschließend eine Niederlassungsbewilligung zu erlangen, sofern dies in diesem Bundesgesetz vorgesehen ist.

(2) Niederlassungsbewilligungen gemäß Abs. 1 Z 1 werden erteilt als:

1. "Niederlassungsbewilligung - Schlüsselkraft", die zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, für die eine schriftliche Mitteilung oder ein Gutachten nach §§ 12 Abs. 4 oder 24 AuslBG erstellt wurde, berechtigt;
2. "Niederlassungsbewilligung - ausgenommen Erwerbstätigkeit", die zur befristeten Niederlassung ohne Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt;

3. "Niederlassungsbewilligung - unbeschränkt", die zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit und einer unselbständigen Erwerbstätigkeit gemäß § 17 AuslBG berechtigt;

4. "Niederlassungsbewilligung - beschränkt", die zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer selbständigen und einer unselbständigen Erwerbstätigkeit, für die eine entsprechende Berechtigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz gilt, berechtigt;

5. "Niederlassungsbewilligung - Angehöriger", die zur befristeten Niederlassung ohne Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt; die Ausübung einer Erwerbstätigkeit ist nur auf Grund einer nachträglichen quotenpflichtigen Zweckänderung erlaubt.

(3) Der Bundesminister für Inneres legt das Aussehen und den Inhalt der Aufenthaltstitel nach Abs. 1 durch Verordnung fest. Die Aufenthaltstitel haben insbesondere Name, Vorname, Geburtsdatum, Lichtbild, ausstellende Behörde und Gültigkeitsdauer zu enthalten; sie gelten als Identitätsdokumente.

(4) Die Aufenthaltsbewilligung (Abs. 1 Z 5) von Ehegatten und minderjährigen unverheirateten Kindern hängt während der Frist nach § 27 Abs. 1 vom Bestehen der Aufenthaltsbewilligung des Zusammenführenden ab (§ 69).

(5) Inhaber einer Aufenthaltsbewilligung, ausgenommen Fälle von Sozialdienstleistenden (§ 66), dürfen während der Geltungsdauer dieser Bewilligung im Inland um eine Aufenthaltsbewilligung mit anderem Zweckumfang oder um eine Niederlassungsbewilligung ansuchen. Ein solcher Antrag schafft bis zur Zustellung der Entscheidung der Behörde erster Instanz ein über die Geltungsdauer der ursprünglichen Aufenthaltsbewilligung hinausgehendes Bleiberecht.

Zu Ihrem Einwand, dass aus dem § 30 Abs. 4 Fremdenpolizeigesetz abgeleitet werden kann, dass Kinder die keine österreichische Staatsbürgerschaft besitzen, für die ersten sechs Monate von der Sichtvermerkssicht befreit sind, sofern sich die Mutter rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält, wird festgestellt, dass dieser Einwand nur hinsichtlich der Gewährung eines Aufenthaltstitels richtig ist und sich nicht auf die Gewährung der Familienbeihilfe bezieht.

So ist aus dem in der Berufung angeführten Artikel 11 der EU-RL 2003/109 Folgendes zu entnehmen:

Gleichbehandlung

(1) Langfristig Aufenthaltsberechtigte werden auf folgenden Gebieten wie eigene Staatsangehörige behandelt:

Zugang zu einer unselbstständigen oder selbstständigen Erwerbstätigkeit, wenn diese nicht,

auch nicht zeitweise, mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist, sowie Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich Entlassungsbedingungen und Arbeitsentgelt; allgemeine und berufliche Bildung, einschließlich Stipendien und Ausbildungsbeihilfen gemäß dem nationalen Recht; Anerkennung der berufsqualifizierenden Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstiger Befähigungsnachweise gemäß den einschlägigen nationalen Verfahren; soziale Sicherheit, Sozialhilfe und Sozialschutz im Sinn des nationalen Rechts;

steuerliche Vergünstigungen; Zugang zu Waren und Dienstleistungen sowie zur Lieferung von Waren und Erbringung von Dienstleistungen für die Öffentlichkeit und zu Verfahren für den Erhalt von Wohnraum;

Vereinigungsfreiheit sowie Mitgliedschaft und Betätigung in einer Gewerkschaft, einem Arbeitgeberverband oder einer sonstigen Organisation, deren Mitglieder einer bestimmten Berufsgruppe angehören, sowie Inanspruchnahme der von solchen Organisationen angebotenen Leistungen, unbeschadet der nationalen Bestimmungen über die öffentliche Ordnung und die öffentliche Sicherheit;

freier Zugang zum gesamten Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats innerhalb der in den nationalen Rechtsvorschriften aus Gründen der Sicherheit vorgesehenen Grenzen.

(2) In Bezug auf Absatz 1 Buchstaben b), d), e), f) und g) kann der betreffende Mitgliedstaat die Gleichbehandlung auf die Fälle beschränken, in denen der Wohnsitz oder der gewöhnliche Aufenthaltsort des langfristig Aufenthaltsberechtigten oder seiner Familienangehörigen, für die er Leistungen beansprucht, im Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats liegt.

(3) Die Mitgliedstaaten können die Gleichbehandlung mit eigenen Staatsangehörigen in folgenden Fällen einschränken:

Die Mitgliedstaaten können die Zugangsbeschränkungen zu unselbstständigen und selbstständigen Erwerbstätigkeiten, die gemäß den bestehenden nationalen oder gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften eigenen Staatsangehörigen und Unions- oder EWR-Bürgern vorbehalten sind, beibehalten;

die Mitgliedstaaten können verlangen, dass erforderliche Sprachkenntnisse für den Zugang zur allgemeinen und beruflichen Bildung nachgewiesen werden. Der Hochschulzugang kann von der Erfüllung besonderer Bildungsvoraussetzungen abhängig gemacht werden.

(4) Die Mitgliedstaaten können die Gleichbehandlung bei Sozialhilfe und Sozialschutz auf die Kernleistungen beschränken.

(5) Die Mitgliedstaaten können beschließen, Zugang zu zusätzlichen Leistungen in den in Absatz 1 genannten Bereichen zu gewähren.

Die Mitgliedstaaten können ferner beschließen, Gleichbehandlung in Bezug auf Bereiche zu gewähren, die nicht in Absatz 1 genannt sind.

Diese Richtlinie behandelt daher nur die Grundversorgung und ist auf die Familienleistungen nicht anwendbar.

Auch die in der Berufung angeführte Verordnung 1408/EWG iVm der oben zitierten Richtlinie woraus der Berufungswerber den Schluss zieht, dass die Familienbeihilfe eine Leistung des Sozialschutzes sei vermag der Berufung keinen Erfolg zu verschaffen, weil die Familienleistungen gesondert gesetzlich geregelt sind.

Dazu ist anzumerken, dass der Rat jüngst die Ausdehnung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 auf Drittstaatsangehörige beschlossen hat, die sich rechtmäßig in einem EU-Mitgliedstaat aufhalten. Es handelt sich um die Verordnung (EG) Nr. 859/2003 des Rates vom 14. Mai 2003, die am 1. Juni 2003 in Kraft getreten ist. Folglich können sich die Drittstaatsangehörigen, ihre Familienangehörigen und ihre Hinterbliebenen auf die europäischen Bestimmungen zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit berufen, sofern sie ihren rechtmäßigen Wohnsitz in einem Mitgliedstaat haben und ihre Situation mit mindestens einem Element über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausweist (Beispiel: Ein Arbeitnehmer, der in Belgien berufstätig ist und dessen Kinder in Frankreich studieren, kann die Familienleistungen beantragen, obwohl seine Kinder nicht in Belgien wohnen). Sonderbestimmungen im Bereich der Familienleistungen gelten für Deutschland und Österreich.

Im diesen Zusammenhang wird auf den Beschluss des Verfassungsgerichtshofes vom 2. Oktober 2007, B 1163/07 – 10 verwiesen in dem ua. ausgeführt wurde, dass dem Gesetzgeber nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes bei der Gewährung familienfördernder Maßnahmen ein großer Gestaltungsspielraum zukommt (vgl. VfSlg. 8605/1979, 14.694/1996, 16.542/2002, 16.820/2003) und dass es auch unbedenklich erscheint, wenn der Gesetzgeber diesen Anspruch einer Personengruppe vorenthält, für die grundsätzlich eine staatliche Versorgung vorgesehen ist und dass aus diesem Grund auch gegen die Beseitigung eines bisher gegebenen Anspruches pro futuro keine gleichheitsrechtlichen Bedenken bestehen.

So ist im § 21 Abs. 2 Z. 4 NAG (Verfahren bei Erstanträgen) geregelt, dass zur Antragstellung im Inland Kinder innerhalb von sechs Monaten nach der Geburt (i.S. des § 23 Abs. 4 NAG) berechtigt sind.

Für die Gewährung der Familienbeihilfe ist jedoch ein Aufenthaltstitel im Sinne des § 3 FLAG 1967 zwingend erforderlich.

Der Berufungswerber kann im vorliegenden Fall keinen Aufenthaltstitel nach der neuen gesetzlichen Regelung für sein Kind ab dem Zeitpunkt der Geburt (Mai 2006) nachweisen. Der

Aufenthaltstitel für das Kind in Form einer beschränkten Niederlassungsbewilligung wurde erst am 11. Juli 2006 ausgestellt.

Mit Bundesgesetzblatt 168, ausgegeben am 28. Dezember 2006, wurde das Familienlastenausgleichsgesetz 1967 BGBl. Nr. 376/1967 geändert und dem § 3 folgende Abs. 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.

Dem § 55 FLAG 1967 wird folgender Abs. 3 angefügt:

§ 3 Abs. 4 und 5 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 168/2006 tritt mit 1. Juli 2006 in Kraft."

Die Familienbeihilfe ist daher ab Juli 2006 gem. § 10 Abs. 2 FLAG 1967 iVm §3 Abs. 5 FLAG 1967 vom Finanzamt Graz-Stadt zu Recht gewährt worden.

Aus den angeführten Gründen war die Berufung, wie im Spruch angeführt, vollinhaltlich abzuweisen.

Graz, am 30. Jänner 2008