



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 15. Mai 2007 gegen den Bescheid des Finanzamtes Linz vom 2. Mai 2007 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für die Kinder xx, für die Zeit ab Jänner 2006 entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

### Entscheidungsgründe

Das Finanzamt hat mit Bescheid vom 2.5.2007 den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für die zwei minderjährigen Kinder des Berufungswerbers für die Zeit ab 1.1.2006 unter Hinweis auf § 3 Abs. 3 und Abs. 4 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 abgewiesen. Da er und seine Kinder derzeit nur eine vorläufige Aufenthaltsberechtigung bis zum Abschluss des Asylverfahrens hätten, bestehe kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

Die dagegen eingebrachte Berufung wird damit begründet, dass der Berufungswerber bereits seit 2.5.2001 durchgehend in Österreich entsprechend den Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes rechtmäßig unselbstständig beschäftigt und im Besitz einer Arbeitserlaubnis gültig bis 13.12.2007 sei.

Die Finanzierung der Familienbeihilfe erfolge durch Beiträge aller Dienstgeber, die im Inland Dienstnehmer beschäftigen würden, mit Ausnahme des Bundes (Bahn, Post), der Länder, der größeren Gemeinden und der gemeinnützigen Krankenanstalten.

Dies bedeute, dass auch im Fall des Berufungswerbers der Dienstgeber Beiträge in den Familienlastenausgleichsfond einzuzahlen gehabt habe und nach wie vor habe.

Der Berufungswerber habe bis zum Inkrafttreten der Novelle BGBI. 100/2005 des FLAG 1967

am 1.1.2006 die Voraussetzungen des § 3 des FLAG erfüllt und bereits Familienbeihilfe für seine minderjährigen Kinder rechtmäßig bezogen.

Der Berufungswerber befindet sich seit Dezember 2000 als Asylwerber in Österreich und verfüge über eine vorläufige Aufenthaltsberechtigung gemäß den Bestimmungen des Asylgesetzes (§ 19 AsylG 1997). Er und seine minderjährigen Kinder würden sich rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Nach Ansicht von UNHCR ("Analyse der Regierungsvorlage für das Fremdenrechtspaket") solle dieser rechtmäßige Aufenthalt - ebenso wie bei nach dem NAG zum Aufenthalt berechtigten Fremden - bei der Gewährung der Familienbeihilfe berücksichtigt werden. Schließlich erscheine eine diesbezügliche unterschiedliche Behandlung von Flüchtlingen, die in Österreich in der Regel eine neue Existenzgrundlage aufbauen müssten, gegenüber Migranten nicht nachvollziehbar.

Die Regelungen des § 3 Abs. 1 und 2 des FLAG 1967 idF der Novelle BGBl. I Nr. 100/2005, die nur auf ein Aufenthaltsrecht nach dem NAG, nicht jedoch auf ein Aufenthaltsrecht nach dem Asylgesetz abstellen würden, seien sachlich nicht gerechtfertigt und somit gleichheitswidrig. Auch handle es sich bei der Neuregelung des § 3 des FLAG durch die Novelle BGBl. I Nr. 100/2005 um einen unzulässigen Eingriff in die wohl erworbenen Rechte des Berufungswerbers und es werde dadurch der aus dem Gleichheitssatz abgeleitete Vertrauenschutz verletzt.

Verfassungswidrig seien nämlich auch nur pro Futura wirkende Beschränkungen wohl erworbener Rechte, soferne es sich um schwerwiegende und plötzlich eintretende Eingriffe in die Rechtsposition handle, auf deren Bestand die Betroffenen mit guten Gründen vertrauen könnten (VfSlg. 11.309/1987).

Eine Übergangsbestimmung finde sich in der hier angesprochenen Novelle des FLAG nicht. Vertrauenschutz würden überdies auch faktisch getroffene Dispositionen von Privatpersonen genießen, die diese im Vertrauen auf den Bestand bestimmter Rechtsnormen getroffen hätten.

Die bis zur Novelle des FLAG dem Berufungswerber rechtmäßig zustehende und ausgezahlte Familienbeihilfe stelle einen wesentlichen Bestandteil der Mittel zur Bestreitung der Lebenshaltungskosten (Miete, Aufwand für das tägliche Leben, insbesondere auch für die Kinder) dar und der Berufungswerber habe auf den Fortbezug der Familienbeihilfe vertraut, um die tägliche Existenz sichern zu können. Mit der plötzlichen und unvorhergesehenen Änderung durch die Novelle des FLAG sei die Familie allerdings in der finanziellen Existenz bedroht.

Darüber hinaus sei der Berufungswerber türkischer Staatsbürger und gehöre dem regulären Arbeitsmarkt in Österreich an. Es sei daher auch Beschluss 1/80 des Assoziationsrates

(Assoziationsabkommen EWG-Türkei) auf seinen Fall anwendbar.

***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 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 Asylgesetz 1997 gewährt wurde.

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 auf den Berufungswerber zu, da sein 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 seinen Anspruch auf Familienbeihilfe § 3 FLAG noch in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004.

Da der Berufungswerber im Berufungszeitraum auch regelmäßige Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit bezog, hatte er jedenfalls nach dieser Bestimmung im Berufungszeitraum Anspruch auf Familienbeihilfe.

Der Berufung konnte daher stattgegeben werden.

Linz, am 14. August 2008