



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., Dorf, vertreten durch Kocher & Bucher, Rechtsanwälte, 8010 Graz, Sackstraße 36, vom 16. Februar 2009 gegen den Bescheid des Finanzamtes Baden Mödling vom 12. Jänner 2009 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab Februar 2008 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.) stellte am 3. Oktober 2008 einen Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages rückwirkend seit zumindest 01.03.2006 und laufend.

Der Bw. sei Asylwerber und seit 18.12.2001 durchgehend im österreichischen Bundesgebiet aufhältig. Mit Bescheid des Bundesasylamtes vom 19.12.2002 sei der Asylantrag gemäß § 7 AsylG 1997 abgewiesen worden. Auch die Asylerstreckungsanträge der Gattin und des Kindes seien mit Bescheid des selben Tages abgewiesen worden.

Der Asylantrag der am 08.11.2004 in Österreich geborenen Kinder sei ebenfalls mit Bescheid des Bundesasylamtes vom 01.07.2005 abgewiesen worden.

Die gegen die oa Bescheide fristgerecht erhobenen Berufungen hat der Unabhängige Bundesasylsenat abgewiesen. Die Behandlung der erhobenen Bescheidbeschwerde betreffend den Bw. und der minderjährigen Kinder wurde mit Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes vom 31.01.2008, zugestellt am 15.02.2008, abgelehnt.

Da das Asylverfahren des Bw. gemäß § 75 AsylG 2005 bis zum 15.02.2008 noch nach dem AsylG 1997 abgeführt worden sei, komme für ihn für diesen Zeitraum §3 FLAG – unbeschadet der durch BGBl. I 186/2006 mit Wirkung ab 01.07.2006 vorgesehenen Änderungen – noch in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl I 142/2004 zur Anwendung (VwGH 15.01.2008, 2007/15/0170).

Der Bw. habe daher schon aufgrund des Umstandes, dass er seit 18.12.2001 durchgängig im Bundesgebiet als Asylwerber aufhältig sei, gemäß § 3 Abs.2 FLAG idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl I 142/2004, einen Anspruch auf Familienbeihilfe. Derzeit komme dem Bw. nach neuerlicher Antragstellung die Rechtstellung als Asylwerber nach dem AsylG 2005 zu. Der Bw. beziehe daher derzeit für seine Kinder keine Mittel aus dem Titel der Familienbeihilfe. Dem Willen des Gesetzgebers zu Folge werden allerdings Asylwerber den Ausführungen oben zitierter Erkenntnisse des VwGH zu Folge nur deshalb von der Gewährung von Mitteln der Familienbeihilfe ausgeschlossen, da für ihren notwendigen Unterhalt aus Mitteln der Grundversorgung gesorgt werde. Der Bw. aber beziehe derzeit wegen einer auf Beschäftigungsbewilligung begründeten legalen Beschäftigung keinerlei Mittel aus dem Titel der Grundversorgung.

Für berufstätige Personen, wie den Antragsteller, müsse daher der Intention des Gesetzgebers zu Folge gelten, dass sie, für den Fall, dass sie keine Mittel aus der Grundversorgung erhielten, Anspruch auf Gewährung von Familienbeihilfe hätten.

Aus diesem Grunde bestehe dieser Anspruch für den Bw. auch für den über den 15.02.2008 hinausgehenden Zeitraum weiter.

Beiliegend wurden die Kopien der ersten Seiten der abweisenden Bescheide des Bundesasylamtes betreffend den Bw. und seine Kinder, der abweisenden Bescheide des Bundesasylsenates und des Beschlusses des VwGH vom 31.01.2008, zu Zahl 2007/01/1241-5, der Bescheidausfertigungen gem. § 20 Abs.6 AuslBG betreffend den Bw, der abweisenden Bescheide betreffend den internationalen Schutz des Bw., der Gattin und der Kinder und der Schulbesuchbestätigungen der Kinder.

Das Finanzamt erließ einen Bescheid, mit dem der Antrag vom 03.10.2008 auf Gewährung von Familienbeihilfe für seine Kinder K.H., geb. xx, K.Hi., geb. 08.11.04 und K.E., geb. xxx, ab Feb. 2008 abgewiesen wurde.

Begründend wurde ausgeführt, dass der Bw. nur bis einschließlich Jänner 2008 Asylwerber gewesen sei. § 3 Familienlastenausgleichsgesetz in der Fassung bis 31.12.2005 sei nur hinsichtlich der nichtselbständigen Erwerbstätigkeit aus Asylwerber anzuwenden.

Gegen den Bescheid brachte der Bw. Berufung ein.

Begründend wurde ua. ausgeführt, der Bw. gehe aufgrund einer vom Arbeitsmarktservice Wiener Neustadt erlassenen Beschäftigungsbewilligung seit Jahren rechtmäßig in Österreich einer unselbständigen Erwerbstätigkeit nach. Als Beweis wurde ein bescheidmäßige Verlängerungen der Beschäftigungsbewilligung vom 07.01.2008 und 02.01.2009 mit Gültigkeit bis 06.02.2010 vorgelegt.

Der Bw. und seine Kinder hätten im Februar 2008 neuerlich die Gewährung von Asyl beantragt, weshalb ihnen seither die Rechtstellung als Asylwerber nach dem AsylG 2005 zukomme. Demnach gelange in gegenständlicher Angelegenheit zur Beurteilung des Vorliegens eines Anspruchs auf Gewährung von Familienbeihilfe sowie des Kinderabsetzbetrages die aktuelle Fassung des § 3 FLAG zur Anwendung.

Ausgeführt wurde weiters Folgendes:

„§3 (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.

(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 der 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 Fremde geboren werden.“

Die erste Verschlechterung für Asylwerber hinsichtlich der Möglichkeit der Gewährung von Familienbeihilfe erfolgte mit Wirkung vom 1.1.2004. Mit dem Pensionsharmonisierungsgesetz, BGBl. 142/2004 wurde in § 3 Abs.2 iVm § 50y FLAG der Anspruch für anerkannte Flüchtlinge beseitigt, rückwirkend ab dem Zeitpunkt der Asylantragstellung Familienbeihilfe ausbezahlt zu bekommen. Dazu heißt es im Antrag: „Seit 1. Mai 2004 ist für alle Asylwerber für die Dauer des Asylverfahrens eine Grundversorgung sichergestellt. Es wird daher für die Bedürfnisse der Asylwerber und deren Familienangehörigen aus Mitteln der öffentlichen Hand gesorgt. Dem trägt die Anpassung des FLAG 1967 Rechnung.“

Dies Schlechterstellung wird also seitens des Gesetzgebers damit begründet, dass Asylwerber während des anhängigen Asylverfahrens Mittel aus der Grundversorgung der Länder erhalten und daher für deren Bedürfnisse ihrer Angehöriger aus diesen Mitteln gesorgt ist. Dies stellt eine nachvollziehbare Begründung für den dahingehenden Ausschluss der Gewährung von Familienbeihilfe dar.

Subsidiär Schutzberechtigte und Asylberechtigte

Personen, denen Asyl bzw. subsidiärer Schutz nach den asyl- bzw. fremdepolizeirechtlichen Bestimmungen gewährt wird, haben grundsätzlich gemäß § 3 Abs.3 und Abs.4 FLAG einen Anspruch auf Gewährung von Familienbeihilfe. Beide Personengruppen erhalten grundsätzlich keine Mittel aus der Grundversorgung mehr.

Bei subsidiär Schutzberechtigten ist Voraussetzung für die Gewährung von Familienbeihilfe – neben den Umstand, dass keine Mittel aus der Grundversorgung bezogen werden dürfen – dass die die Familienbeihilfe beziehende Person unselbständig oder selbständig erwerbstätig ist.

Auch diese Regelungen sind nachvollziehbar. Anspruch auf Familienbeihilfe besteht also, sofern keine Leistungen aus der Grundversorgung bezogen werden. Bei subsidiär Schutzberechtigten stellt der Gesetzgeber zudem auf das Vorliegen einer Erwerbstätigkeit ab. Diese zusätzliche Voraussetzung begegnet im Hinblick auf die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung, wonach dem Gesetzgeber bei der Gewährung familienfördernder Maßnahmen ein großer Gestaltungsspielraum zukommt (siehe zuletzt etwa VfGH 16.3.2007, B 1397/06 mwN) keinen Bedenken.

Im zuletzt genannten Beschluss hatte sich der VfGH mit der Frage auseinanderzusetzen, ob der grundsätzliche Ausschluss von Fremden, die nicht über eine Aufenthaltsberechtigung nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) verfügen, verfassungsrechtlich zulässig ist. Dies hat der VfGH unter Hinweis auf den großen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers verneint und bezüglich festgehalten,

- „dass der Gesetzgeber den Anspruch auf Familienbeihilfe von einer qualifizierten Nahebeziehung zum Inland abhängig machen darf (vgl. auch VfSlg. 8541/1979, 14.694/1996, 16.380/2001, 16.542/2002),*
- dass es daher unbedenklich erscheint, wenn der Gesetzgeber diesen Anspruch einer Personengruppe vorenthält, der eine Aufenthaltsberechtigung nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz, BGBl. I 100/2005 nicht zukommt, für die aber grundsätzlich eine staatliche Versorgung (auch für Kinder) im Wege der Grundversorgung vorgesehen ist (vgl. dazu die Grundversorgungsvereinbarung – Art 15a B-VG, BGBl. 80/2004),*
- dass aus diesem Grund auch gegen die Beseitigung eines bisher gegebenen Anspruchs pro futuro keine gleichheitsrechtlichen Bedenken bestehen, und*
- dass die allenfalls erforderlichen steuerliche Berücksichtigung von Unterhaltslasten in den in Rede stehenden Fällen auch durch die Berücksichtigung außergewöhnlicher Belastungen gewährleistet ist (vgl. abermals 16.380/2001).“*

Gegenständliche Angelegenheit:

Für den konkreten Fall ergibt sich daher Folgendes:

Dem Bw. und seinen Kindern kommt die Rechtstellung als Asylwerber zu. Ihr Asylverfahren befindet sich derzeit im Berufungsstadium beim Asylgerichtshof. Der Bw. bezieht für sich und seine Familienangehörigen allerdings keine Leistungen aus der Grundversorgung, zumal der Bw. seit Jahren aufgrund einer Beschäftigungsbewilligung des zuständigen Arbeitsmarktservice unselbständig erwerbstätig ist. Daraus ergibt sich, dass er iSd obigen Ausführungen des Verfassungsgerichtshofes „eine qualifizierte Nahebeziehung zum Inland“ aufweist.

Zudem ergibt sich daraus, dass der Bw., folgt man der Rechtsauffassung der erstinstanzlichen Finanzbehörde, aufgrund seiner unselbständigen Erwerbstätigkeit als Asylwerber weder Leistungen aus der Grundversorgung, noch Ausgleichszahlungen für Familienlasten iSd FLAG (Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag) erhält. Daher gibt es keine sachliche Rechtfertigung, zumal der Bw. dadurch aufgrund seiner Erwerbstätigkeit schlechter behandelt wird, als andere Asylwerber in seiner Situation, die nicht erwerbstätig sind und daher Mittel aus der Grundversorgung erhalten.

Der VfGH hat im oben genannten Beschluss festgehalten, "dass es daher unbedenklich erscheint, wenn der Gesetzgeber diesen Anspruch einer Personengruppe vorenthält, der eine Aufenthaltsberechtigung nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz, BGBl. I 100/2005, nicht zukommt, für die aber grundsätzlich eine staatliche Versorgung (auch für Kinder) im Wege der Grundversorgung vorgesehen ist (vgl. dazu die Grundversorgungsvereinbarung – Art 15a B-VG, BGBl. 80/2004).“

Im Umkehrschluss ließe sich daher argumentieren, dass es im Hinblick auf den Gleichheitssatz verfassungsrechtlich bedenklich erscheint, wenn einer Personengruppe –der eine Aufenthaltsberechtigung nach dem NAG nicht zukommt – der Anspruch auf Gewährung von Leistungen nach dem FLAG (Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag) nicht gewährt wird, ohne dass eine sonstige Form von staatlicher Versorgung (insbesondere für Kinder) vorgesehen ist.

Aus all diesen Gründen ergibt sich, dass dem Bw. aufgrund der Umstände, dass ihm keine Leistungen aus der Grundversorgung gewährt werden und er unselbständig erwerbstätig ist, ein Anspruch auf Gewährung von Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages zukommt. Jede andere Auslegung von § 3 FLAG wäre angesichts der Unsachlichkeit ihrer Differenzierung nicht gleichheitskonform und daher als verfassungswidrig zu beurteilen."

Aufgrund eines Vorhaltes des Finanzamtes legte der Bw. die Bescheide des Bundesasylamtes vor, mit denen die Anträge des Bw. und seiner Familie auf internationalen Schutz bezüglich der Zuerkennung des Status des Asylberechtigten und bezüglich der Zuerkennung des Status des subsidiär Schutzberechtigten in Bezug auf den Herkunftsstaat Türkei abgewiesen worden sind.

Das Finanzamt erließ eine abweisende Berufungsvorentscheidung. Begründend wurde ausgeführt, dass nach den Übergangsbestimmungen des Asylgesetzes 2005 alle zum 31.12.2005 anhängigen Asylverfahren nach den Bestimmungen des Asylgesetzes 1997 zu Ende zu führen seien. Nach § 55 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) trete § 3 FLAG mit 1.1.2006, nach Maßgabe der Übergangsbestimmungen des Asylgesetzes 2005, in Kraft. Das bedeute, dass für jene Asylverfahren, die vor 1.1.2006 bereits anhängig seien, in Bezug auf den Familienbeihilfenanspruch § 3 Familienlastenausgleichsgesetz in der vor dem Jahr 2006 gültigen Fassung anzuwenden sei.

Wie in der Berufung richtig ausgeführt worden sei, handle es sich bei dem Antrag auf internationalen Schutz vom März 2008 um einen neuerlichen Asylantrag, wonach bezüglich Familienbeihilfenanspruch § 3 FLAG in der ab 1.1.2006 gültigen Fassung anzuwenden sei. Eine unselbständige Erwerbstätigkeit löse daher keinen Familienbeihilfenanspruch mehr aus. Bezüglich der verfassungsmässigen Berufungsgründen werde auf die Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes (vgl. z.B. B 1397/06 v. 16.3.2007) hingewiesen, mit dem dieser die Behandlung der Beschwerde, in der die Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte durch die Neufassung des § 3 FLAG 1967 behauptet wurde, abgelehnt habe.

Der Bw. brachte einen Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz gem. § 276 Abs.2 BAO ein. In inhaltlicher Hinsicht werde auf die Ausführungen in der Berufung verwiesen.

Über die Berufung wurde erwogen:

Der Entscheidung wird folgender Sachverhalt zu Grunde gelegt:

Der Bw. und seine Kinder sind türkische Staatsbürger. Seit 18.12.2001 sind sie durchgehend im österreichischen Bundesgebiet aufhältig. Der Bw. besitzt eine Beschäftigungsbewilligung. Mit Bescheid des Asylamtes vom 19.12.2002 wurde der Asylantrag gemäß § 7 AsylG abgewiesen. Eine gegen den Bescheid eingebrachte Berufung wurde abgewiesen. Die Behandlung der erhobenen Bescheidbeschwerde wurde mit Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes vom 31.01.2008, zugestellt am 15.02.2008, abgelehnt.

Der Antrag auf internationalen Schutz bezüglich Zuerkennung des Status des Asylberechtigten und bezüglich der Zuerkennung des Status des subsidiär Schutzberechtigten vom 19.03.2008 wurde mit Bescheid vom Bundesasylamt abgewiesen.

Die Rechtsgrundlagen stellen sich wie folgt dar:

Gemäß § 3 Abs. 1 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 Abs. 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.

Abs. 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.

§ 3 Abs. 4 und 5 FLAG 1967 in der Fassung des Bundesgesetzblattes BGBl. I Nr. 168/2006 trat mit 1. Juli 2006 in Kraft.

Abs. 4 lautet: 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.

Abs. 5 lautet: 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.

Aufenthaltstitel für Drittstaatsangehörige sind nach § 8 NAG die Aufenthaltsbewilligung, die Niederlassungsbewilligung, Aufenthaltstitel Familienangehöriger, Daueraufenthalt - EG, Daueraufenthalt - Familienangehöriger, wobei sich der Aufenthaltstitel nach § 8 NAG durch die so genannte NAG-Karte dokumentiert.

Die Beschäftigungsbewilligung stellt keinen Aufenthaltstitel nach § 8 NAG dar.

Abweichend von § 3 Abs 1 FLAG haben gemäß Abs 3 leg. cit auch Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 2005 gewährt wurde, Anspruch auf Familienbeihilfe. Auch diese Voraussetzung liegt jedoch nicht vor.

Unbestritten liegen die Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe nach § 3 Abs. 1, 2, 3, 4 und 5 FLAG 1967 nicht vor.

Somit lagen aber die Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe im Berufszeitraum nicht vor.

Der klare Wortlaut des § 3 FLAG 1967 idgF lässt eine Interpretation im Sinne des Berufsbegehrens nicht zu.

Ein Anspruch auf Gewährung der Familienbeihilfe besteht daher nicht.

Abgesehen davon, dass der Unabhängige Finanzsenat nicht über die Verfassungsmäßigkeit von einfachen Gesetzen zu entscheiden hat, ist hinsichtlich der vorgebrachten verfassungsrechtlichen Bedenken auf den Beschluss des Verfassungsgerichtshofes vom 16. 3. 2007, GZ. B 1397/06, hinzuweisen. Mit diesem Beschluss hat der Verfassungsgerichtshof ausgesprochen, dass gegen die Neufassung des § 3 FLAG 1967 mit Wirkung 1. Jänner 2006 keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 13. Oktober 2009