



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des I.S., xy, vertreten durch Dr. H.P., W., vom 21. Mai 2007 gegen den Bescheid des Finanzamtes Spittal Villach vom 16. April 2007 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für die Kinder S. D., geb. 11, ab Oktober 2006  
S. J., geb. 22 ab Jänner 2007  
und S. R., geb. 33, ab Jänner 2007  
entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (in Serbien geboren) ist am 11.12.1998 nach Österreich eingereist.

Am 6. November 2006 und 6. Februar 2007 stellte er die Anträge auf Gewährung von Familienbeihilfe für seine Kinder D. (geboren am 11) bzw. J. (geb. 22) und R. (geb. 33). Für die beiden letztgenannten bezog der Bw. Familienbeihilfe bis 12/06.

Aufgrund eines Ergänzungsersuchens des Finanzamtes legte der Bw. folgende Aufenthaltstitel vor: Für sich „Niederlassungsbewilligung (beschränkt)“ bis 31.05.2007 und für seine Frau H. eine „vorläufige Aufenthaltsberechtigung Republik Österreich, Bundesasylamt, Bescheinigung gemäß § 19 AsylG mit der Gültigkeitsdauer vom 1.10.2002 bis zum rechtskräftigen Abschluss des Asylverfahrens“. Für seine Kinder legte der Bw. keinen Nachweis über den rechtmäßigen Aufenthalt vor. Überdies legte der Bw. vor:

- den Bescheid des Bundesasylamtes Außenstelle Graz vom 2. Oktober 2002. Darin wurden die Asylanträge von S. H. (Ehefrau), S. R. und J. (Kinder) gemäß § 7 Asylgesetz 1997 idgF abgewiesen und die Zurückweisungen, Zurückschiebungen oder Abschiebungen von S. H., S. R. und S. J. in den Kosovo gemäß § 8 AsylG für zulässig erklärt.
- den Bescheid des Bundesasylamtes Außenstelle Graz vom 27. Dezember 2006. Darin wurde
  1. der Antrag auf internationalen Schutz von S. D. (Kind) gemäß § 3 Abs. 1 AsylG 2005 idgF abgewiesen und S. D. der Status des Asylberechtigten nicht zuerkannt;
  2. gemäß § 8 Abs. 1 Z 1 AsylG der Status des subsidiär Schutzberechtigten in Bezug auf den Herkunftsstaat Serbien nicht zuerkannt;
  3. gemäß § 10 Abs. 1 Z 2 AsylG S. D. aus dem österreichischen Bundesgebiet nach Serbien ausgewiesen.
- die Berufung der H. S. gegen den Abweisungsbescheid des Bundesasylamtes;
- die Berufung des D. S. gegen den Abweisungsbescheid des Bundesasylamtes;
- die Geburtsbestätigung für S. D.;
- Schulbesuchsbestätigungen für J. und R. S..

Das Finanzamt wies den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für das Kind D. ab Oktober 2006 und für die Kinder J. und R. ab Jänner 2007 mit Bescheid vom 16. April 2007 ab. Begründend wurde ausgeführt:

„Für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, besteht gemäß § 3 Abs. 2 FLAG 1967 nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten. Weil keine gültige NAG-Karte vorgelegt werden konnte, musste der Antrag abgewiesen werden.“

Gegen den Abweisungsbescheid brachte der Bw. am 21. Mai 2007 Berufung ein und führte im Einzelnen aus:

„1998 musste ich aus dem Kosovo flüchten, seither lebe ich ohne Unterbrechung in Österreich. 2004 bekam ich die erste Niederlassungsbewilligung, welche bis 2008 verlängert wurde.

Meine Frau und die beiden älteren Söhne leben seit 2002 ununterbrochen mit einem legalen Aufenthalt nach dem Asylgesetz in Österreich.

Aufgrund meiner Erwerbstätigkeit (Befreiungsschein seit 2006) musste ich für meine Familie keine finanzielle Unterstützung aus der Grundversorgung für Asylwerber in Anspruch nehmen. Von Oktober 2002 bis Dezember 2006 wurde mir für R. und J. Familienbeihilfe zuerkannt, nicht aber für unseren jüngsten Sohn D., welcher im Oktober 2006 in Vi. geboren wurde. Ich berufe gegen den von Ihnen angeführten Abweisungsgrund vollinhaltlich, weil ich mich einerseits gegenüber Personen mit einem Aufenthalt nach dem NAG ungleich behandelt fühle. Andererseits werde ich gegenüber erwerbstätigen subsidiär schutzberechtigten Personen, deren Aufenthalt nach dem Asylgesetz geregelt ist, welche deshalb keine NAG-Karte für sich und ihre Kinder vorweisen können, benachteiligt.“

Laut einem Telefonat mit der Bezirksverwaltungsbehörde Vi. vom 9. Jänner 2008 wurde dem Bw. für die Zeit von 1. Juni 2007 bis 25. Februar 2008 die unbeschränkte Niederlassungsbewilligung erteilt. Für die Ehegattin H., die Kinder J., R. und D. gäbe es keinen Aufenthaltstitel.

Über Vorhalt des unabhängigen Finanzsenates teilte der Vertreter des Bw. im Schriftsatz vom 04.02.2008 mit, dass die Asylverfahren der Gattin und Kinder nach wie vor offen seien. Die Kinder verfügten über keine eigenen Karten, da sie ihr Asylverfahren von der Mutter ableiten. Auch für den in Österreich nachgeborenen Sohn D. sei ein Asylantrag gestellt worden, der ebenfalls noch offen sei. In der Anlage wurden Kopien der vorläufigen Aufenthaltsberechtigungskarte der Gattin (§ 19 AsylG) und der Niederlassungsbewilligung unbeschränkt des Bw. beigelegt.

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

Die ab 1.1.2006 (BGBl 100/2005) maßgebliche, hier anzuwendende 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 168/2006 wurde der § 3 FLAG rückwirkend mit Inkrafttreten 1.7.2006 wie folgt geändert:

- (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 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.

Die Neuregelung des Anspruches einer Person auf Familienbeihilfe, die nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt, erfolgte im Rahmen der Neukodifizierung des Fremdenrechts, insbesondere des Niederlassungs- und Aufenthaltsrechtes. Im Zuge einer Vereinheitlichung und Harmonisierung der Rechtsvorschriften besteht daher ab Inkrafttreten der Neuregelung für eine Person, die nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt, nur mehr dann ein Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn diese Person nach den Bestimmungen des Niederlassungs- und Aufenthaltsrechtes einen Aufenthaltstitel hat oder Asyl gewährt wurde (siehe Beilagen RV 952, XXII. GB Regierungsvorlage – Materialien zu Art 12 – Änderung des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967, Seite 15).

Bei ausländischen Staatsangehörigen und Staatenlosen genügt ein inländischer Wohnsitz oder der gewöhnliche Aufenthalt für den Anspruch auf die Familienbeihilfe nicht. Vielmehr besteht nur dann ein Anspruch, wenn die im § 3 Abs. 1 FLAG 1967 angeführten qualifizierten Voraussetzungen – jeweils von Antragsteller und Kind - vorliegen. Diese Personen haben ab 1. Jänner 2006 nur dann Anspruch auf die Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 oder 9 NAG, BGBl. I Nr. 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhalten. Der Aufenthaltstitel nach § 8 NAG dokumentiert sich durch die NAG-Karte (vgl. BMSG 510401/0336-V/1/2005).

Der Bw. – wie auch seine Gattin und seine Kinder – sind Staatsangehörige aus Serbien (Kosovo).

Im Berufungsfall hat der Bw. zwar den Aufenthaltstitel „Niederlassungsbewilligung beschränkt“ bzw. seit dem 1. Juni 2007 bis 25. Februar 2008 „Niederlassungsbewilligung unbeschränkt“; der Bw. konnte aber weder für seine Gattin noch für seine Kinder einen Aufenthaltstitel nach der neuen gesetzlichen Regelung vorweisen. Wenn auch eine vorläufige Aufenthaltsberechtigung nach § 19 AsylG vom Bundesasylamt für seine Gattin ausgestellt

wurde, so stellt dies keinen in §§ 8 und 9 NAG BGBl. I Nr. 100/2005 angeführten Aufenthaltstitel dar. Vielmehr lag im Zeitpunkt der gegenständlichen Berufungsentscheidung der abweisende Bescheid des Bundesasylamtes vor, mit dem die Asylanträge der Ehegattin und Kinder R. und J. abgewiesen und die Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung in den Kosovo für zulässig erklärt wurde. Überdies wies das Bundesasylamt den Antrag auf internationalen Schutz von D. S. ab und erkannte ihm weder den Status eines Asylberechtigten noch eines subsidiär Schutzberechtigten zu und verfügte schließlich die Ausweisung nach Serbien. Da im Zeitpunkt der Antragstellung auch das laufende Asylverfahren nicht rechtskräftig abgeschlossen war, besteht auf Grund der Bestimmung des § 3 FLAG idF BGBl. Nr. 100/2005 kein Anspruch auf Gewährung der Familienbeihilfe für die Kinder J., R. und D..

Das Vorbringen des Bw., dass seine Frau und die beiden älteren Söhne seit 2002 „legal“ in Österreich lebten, ist für die Berufung – angesichts der angeführten gesetzlichen Regelung – irrelevant. Eine vorläufige Aufenthaltsberechtigung auch wenn diese vom Bundesasylamt ausgestellt worden ist, ist kein in §§ 8 und 9 NAG - Arten und Form der Aufenthaltstitel – angeführter Aufenthaltstitel.

Und auch der Einwand des Bw., dass er für den Zeitraum Oktober 2002 bis Dezember 2006 Familienbeihilfe bezogen habe, ist - angesichts der geänderten Gesetzeslage – für die Berufung nicht stichhältig.

Schließlich kann dem Argument des Bw., dass er sich einerseits gegenüber Personen mit einem Aufenthalt nach dem NAG ungleich (Anm.: somit verfassungswidrig) behandelt fühle und andererseits gegenüber erwerbstätigen subsidiär schutzberechtigten Personen, deren Aufenthalt nach dem Asylgesetz geregelt sei, welche deshalb keine NAG Karte für sich und ihre Kinder vorweisen könnten, benachteiligt sei, nicht gefolgt werden.

Zum einen hat jede Abgabenbehörde gemäß Art. 18 Abs. 1 des Bundes-Verfassungsgesetzes ihre Entscheidung lediglich nach den anzuwendenden Gesetzen zu treffen. Zum anderen hat der Verfassungsgerichtshof mit Beschluss vom 16.3.2007, B 1397/06, bereits über die Frage, ob die Bestimmung des § 3 Abs. 2 FLAG verfassungswidrig ist, wie folgt entschieden:

„das dem Gesetzgeber nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes bei der Gewährung familienfördernder Maßnahmen ein großer Gestaltungsspielraum zukommt (vgl. VfSlg. 8605/1979, 14.694, 16.542/2002, 16.820/2003);

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 1007/2005, nicht zukommt, für die aber grundsätzlich eine staatliche Versorgung (auch für die 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 Anspruches pro futuro keine gleichheitsrechtlichen Bedenken bestehen, und

dass die allenfalls erforderliche steuerliche Berücksichtigung von Unterhaltslasten in den in Rede stehenden Fällen auch durch die Berücksichtigung außergewöhnlicher Belastungen gewährleistet ist (vgl. abermals VfSlg. 16.380/2001).

Es war daher, wie im Spruch ausgeführt, zu entscheiden.

Klagenfurt, am 11. Februar 2008