



## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des N.D., S., vertreten durch Mory & Schellhorn OEG, Rechtsanwaltpartnerschaft, 5020 Salzburg, Wolf-Dietrich-Str. 19, vom 25. Oktober 2006 gegen den Bescheid des Finanzamtes Salzburg-Stadt vom 26. September 2006 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab 1. April 2006 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen. Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Der Berufungswerber (Bw.) ist irakischer Staatsbürger und hält sich seit 2001 in Österreich auf. Mit Eingabe seines Vertreters vom 19. September 2006 beantragte er für seine Kinder E.H., geb. 1996, E.E., geb. 1990 und E.K., geb. 1989, Familienbeihilfe ab 1.1.2006, in eventuelle ab 1.4.2006. Begründend wurde ausgeführt, dass sowohl der Bw. als auch seine Kinder gültige Aufenthaltstitel und Aufenthaltsberechtigungen nach dem Asylgesetz 1997 bzw. 2005 hätten.

§ 3 Abs. 3 FLAG 1967 sei dahingehend auszulegen, dass auch eine vorläufige Aufenthaltsberechtigung nach dem Asylgesetz einem Aufenthaltstitel nach §§ 8 und 9 NAG gleichwertig sei und daher die Voraussetzungen nach §§ 8 und 9 NAG bzw. § 3 Abs. 3 FLAG im gegenständlichen Fall erfüllt seien.

Dies müsse in besonderer Weise auch deshalb gelten, da mit Bescheid des Unabhängigen Bundesasylsenates vom 20.2.2006 ausgesprochen worden sei, dass die Zurückweisung bzw. die Zurückschiebung oder Abschiebung des Bw. in den Irak nicht zulässig ist und er gem. § 15 AsylG bis zum 31.12.2006 zum befristeten Aufenthalt im Bundesgebiet berechtigt sei. Es wäre gleichheitswidrig, Flüchtlinge, die über subsidiären Schutz gem. § 8 AsylG 1997 verfügen und denen deshalb eine Aufenthaltsberechtigung zukomme, sowie deren Angehörige in Bezug auf den Anspruch auf Gewährung von Familienbeihilfe schlechter zu behandeln als Fremde, denen in Österreich Asyl gewährt werde.

Der Gleichheitsgrundsatz sowie das verfassungsrechtliche Gebot der Gleichbehandlung von Fremden untereinander gebiete eine Auslegung der in Rede stehenden einfach-gesetzlichen Rechtsvorschriften im Sinne des Grundsatzes, dass einfach-gesetzliche Bestimmungen verfassungskonform auszulegen sind, dahingehend, dass auch ein Aufenthaltstitel nach § 15 AsylG einen Anspruch auf Familienbeihilfe gem. § 3 Abs. 3 FLAG 1967 verleihe.

Mit Bescheid des Finanzamtes Salzburg-Stadt vom 26.9.2006 wurde der Antrag auf Familienbeihilfe für die drei Kinder unter Hinweis auf die geltende Rechtslage als unbegründet abgewiesen.

In der gegen den Abweisungsbescheid eingebrachten Berufung vom 25.10.2006 wurde der Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe ab April 2006 eingeschränkt. Der Bw. führt im Wesentlichen aus, dass er über das sogenannte „kleine Asyl“, nämlich den Abschiebeschutz gem. § 8 AsylG 1997 iVm. § 50 Abs. 1 FPG durch Bescheid des Unabhängigen Bundesasylsenates vom 20.2.2006 verfüge. Er verfüge gem. Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes vom 18.4.2006 über ein vorläufiges Aufenthaltsrecht gem. § 19 AsylG alt bzw. § 13 AsylG neu. Er verfüge über eine Arbeitserlaubnis und gehe einer erlaubten Beschäftigung als unselbständig Erwerbstätiger nach. Er sei daher insgesamt einer Person gleichzustellen, die sich rechtmäßig iSd § 3 Abs. 1 und Abs. 2 FLAG 1967 in Österreich aufhalte. Gleiches gelte auch für die Kinder, welche gem. § 34 Abs. 3 AsylG 2005 ein Recht darauf haben, den gleichen subsidiären Schutz im Familienverfahren zu erhalten wie der Bw. Es sei daher von einem rechtmäßigen Aufenthalt des Bw. und seiner Kinder im Sinne der in Rede stehenden Gesetzesstellen (§ 3 Abs. 1 und Abs. 2 FLAG 1967) auszugehen. Andernfalls wäre § 3 Abs. 1 und Abs. 2 FLAG 1967 verfassungswidrig und würden gegen Art. 8 EMRK sowie gegen das auch für Ausländer aufgrund von Art. 1 des B-VG geltenden Diskriminierungsverbotes und Gleichbehandlungsgebotes verstoßen.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 19.3.2007 wurde die Berufung als unbegründet abgewiesen. Inhaltlich wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass weder der Bw. noch seine

Kinder über einen Aufenthaltstitel nach § 8 oder 9 NAG verfügen und daher ab April 2006 keinen Anspruch auf Familienbeihilfe haben.

Die Bestimmung des ab 1.7.2006 geltenden § 3 Abs. 4 FLAG gelange ebenfalls nicht zur Anwendung, da den Kindern der Status der subsidiär Schutzberechtigten erst ab 22.1.2007 zuerkannt worden ist.

Mit Eingabe vom 16.4.2007 stellte er den Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz.

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

§ 2 FLAG 1967 legt die allgemeinen und besonderen Voraussetzungen fest, unter denen jemand Anspruch auf Familienbeihilfe hat. Ergänzend hiezu stellt § 3 für Personen, die nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzen, weitere besondere Voraussetzungen auf.

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.

§ 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.

Seit 1.7.2006 haben gem. § 3 Abs.4 leg.cit. Personen, denen der Status eines subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt worden ist, 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 worden ist.

Den Kindern des Bw. wurde mit Bescheiden des Bundesasylsenates, Außenstelle Salzburg, AZ. 08.04.008-BAS (betreffend D.K. alias E.K.), AZ 08.04.009-BAS (betreffend D.E. alias E.E.) und AZ 08.04.010-BAS (betreffend D.H. alias E.H.), jeweils vom 22.1.2007 der Status der subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt. Es besteht daher für den Zeitraum vor Verleihung des Status der subsidiär Schutzberechtigten (April – Dezember 2006) kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

Der Ansicht des Bw, der Status des subsidiär Schutzberechtigten sei, da ein Abschiebeschutz gem. § 8 AsylG 1997 iVm. § 50 Abs. 1 FPG vorliege, mit den Rechten einer Person, die sich rechtmäßig iSd. § 3 Abs. 1 und Abs. 2 FLAG 1967 in Österreich aufhalte, gleichzusetzen, ist unrichtig. § 3 Abs. 1 und Abs. 2 FLAG 1967 verlangt ausdrücklich das Vorliegen eines Aufenthaltstitels nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005. Diese Voraussetzung erfüllt weder der Bw. noch seine Kinder.

Im Rahmen umfangreicher Änderungen im Bereich des Fremdenrechtes erfolgte die Neuregelung der Ansprüche von Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind. 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.

Der Bw. sowie seine Kinder haben keinen Aufenthaltstitel nach § 8 bzw. 9 NAG. Eine befristete Beschäftigungsbewilligung ist seit 1.1.2006 nicht mehr ausreichend, um einen Anspruch auf Familienbeihilfe zu erhalten.

Der Bw. bestreitet nicht, dass die Abgabenbehörde die Entscheidung entsprechend der derzeit geltenden gesetzlichen Regelungen getroffen hat, wendet jedoch deren Verfassungswidrigkeit ein.

Da die Abgabenbehörde ihre Entscheidungen lediglich im Sinne der Gesetze treffen kann, ist die Abweisung des Antrages auf Gewährung von Familienbeihilfe zu Recht erfolgt. Der Berufung war daher kein Erfolg beschieden.

Abschließend ist anzumerken, dass 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 hat:

„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),

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 - Art15a 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 spruchgemäß zu entscheiden.

Salzburg, am 11. Juni 2007