



## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufungen des Herrn X in 802XY, vertreten durch Dr. Karlheinz Morre, 8010 Graz, Heinrichstr. 110, vom 3. April 2009, gerichtet gegen den Abweisungsbescheid des Finanzamtes Graz-Stadt vom 9. März 2009, betreffend eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für die Kinder A und B ab 1. Jänner 2009, entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

### Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber beantragte mit den Formularen Beih 1 am 26. Jänner 2009 die Gewährung der Familienbeihilfe für seine im Spruch genannten Kinder ab Jänner 2009.

Das Finanzamt erließ am 9. März 2009 einen Bescheid, mit dem der Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe für seine Kinder ab Jänner 2009 abgewiesen wurde.

Begründend wurde ausgeführt, dass keine Nachweise erbracht worden sind, dass sich die Kinder rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Zu den Kindern wurde ausgeführt, dass für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, gemäß [§ 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967](#) (FLAG) nur dann ein Anspruch besteht, wenn sie sich nach [§§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes](#) rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Gegen den Bescheid brachte der Rechtsvertreter des Berufungswerbers mit Schriftsatz vom 3. April 2009 das Rechtsmittel der Berufung ein.

Begründend wurde ua. ausgeführt, dass er anregt, die Bestimmungen des § 3 Abs. 2 FLAG einer verfassungsmäßigen Überprüfung zu unterziehen. Weiters verwies er darauf, dass kein sachlich gerechtfertigter Grund vorhanden sei, weshalb sich die Voraussetzungen nach dem FLAG sich nach der Kindesmutter richten und weshalb bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzung bei ihm für die Kinder keine Niederlassungs- und Aufenthaltsgenehmigung erteilt werde. Diese Situation widerspräche krass dem Gleichheitsgrundsatz.

Mit Bericht vom 7. Juli 2011 legte das Finanzamt Graz-Stadt die Berufung aus verwaltungsökonomischen Gründen, ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung, dem unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung, vor.

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

Der Entscheidung wird folgender Sachverhalt zu Grunde gelegt:

Der Berufungswerber ist laut seinen Angaben am 26. Juni 1990 nach Österreich eingereist.

Die Kindesmutter, eine chinesische Staatsangehörige, war von 2. Juli 2002 bis Oktober 2005 als Asylwerberin in Österreich aufhältig.

Am 3. Oktober 2005 heiratete sie ihren nunmehrigen Ehemann, und am 18. Oktober 2005 gebar sie ihr erstes Kind. Das zweite Kind wurde am 4. Juli 2008 geboren.

Laut dem Schreiben vom 15. Juni 2011 des neuen Rechtsvertreters (Dr. SS ist mittlerweile verstorben) ist hinsichtlich der Kinder und der Kindesmutter derzeit noch ein Aufenthaltsverfahren anhängig, welches demnächst beendet werden sollte.

Gemäß § 3 Abs. 1 FLAG 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 Berufungszeitraum nicht vor.

Der klare Wortlaut des [§ 3 FLAG 1967](#) idgF lässt eine Interpretation im Sinne des Berufungsbegehrens 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.

Im oa. 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 stattliche 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 erforderliche steuerliche Berücksichtigung von Unterhaltslasten in den in Rede stehenden Fällen auch durch die Berücksichtigung außergewöhnlicher Belastungen gewährleistet ist (vgl. abermals 16.380/2001)."

Über die Berufung war wie im Spruch angeführt zu entscheiden

Graz, am 18. Mai 2012