



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Herrn X in XY, vom 28. April 2011 gegen den Abweisungsbescheid des Finanzamtes Graz-Stadt vom 12. April 2011 betreffend eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für das Kind A ab 1. Oktober 2010 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber hat am 24. Oktober 2010 beim zuständigen Wohnsitzfinanzamt einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für das im Spruch genannte Kind rückwirkend ab 1. September 2010 eingebracht.

Mit Bescheid vom 12. April 2011 wies das Finanzamt den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe mit der Begründung ab, dass Anspruch auf Familienbeihilfe nur dann bestehe, wenn sich die Kinder nach [§§ 8](#) und [9 NAG](#) rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Gegen diesen Bescheid wurde mit Schriftsatz vom 28. April 2011 das Rechtsmittel der Berufung eingebracht und wie folgt begründet:

1. Die im Bescheid angeführte Begründung, dass für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, gemäß [§ 3 Abs. 2 FLAG 1967](#) nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe besteht, wenn sie sich nach [§§ 8](#) und [9 NAG](#) rechtmäßig in Österreich aufhalten, ist mit

inhaltlicher Rechtswidrigkeit behaftet, da der Bescheid sich auf eine Vorschrift stützt, die wegen Verstoßes auf Gemeinschaftsrecht nicht anzuwenden ist.

2. In der Rechtssache Simmenthal II (EuGH, Rs [106/77](#), Urteil vom 9.3.1978) war der Gerichtshof danach gefragt worden, welche Konsequenzen sich aus der unmittelbaren Anwendbarkeit einer Bestimmung des Gemeinschaftsrechts ergeben, wenn diese Bestimmung einer später erlassenen Rechtsvorschrift eines Mitgliedstaats entgegensteht. Ohne zwischen früher oder später ergangenen Recht zu unterscheiden, hatte er jedoch bereits in seiner früheren Rechtsprechung (vgl. insbesondere Urteil vom 15. Juli 1964 in der Rechtssache 6/64, Costa, Slg, 1964, 1253) ausgeführt, dass es einem Mitgliedstaat verwehrt sei einer innerstaatlichen Vorschrift Vorrang vor einer entgegenstehenden Gemeinschaftsnorm einzuräumen. So hat der Gerichtshof im Urteil Simmenthal entschieden, dass jeder im Rahmen seiner Zuständigkeit angerufene staatliche Richter (gilt auch für Behörden) verpflichtet ist das Gemeinschaftsrecht uneingeschränkt anzuwenden und die Rechte die es den einzelnen verleiht zu schützen, indem er jede möglicherweise zuwiderlaufende Bestimmung des nationalen Rechts gleichgültig, ob sie früher oder später als die Gemeinschaftsnorm ergangen ist, unangewendet lässt. Diese Rechtsprechung ist mehrfach bestätigt worden.

3. Im Hinblick auf die Entscheidung des EuGH vom 4. Mai 1999, Rs [C-262/96](#), Sürül, Slg 1999, I-2685 (Rn 62-74), besteht Übereinstimmung darüber, dass dem Art 3 des Beschlusses Nr. 3/80 des Assoziationsrates EWG - Türkei (ARB 3/80) unmittelbare Wirkung zukommt und dass sich folglich die Bürger, für die er gilt, vor den Gerichten der Mitgliedsstaaten darauf berufen können. Daher greift die von Art 3 des ARB 3/80 vorgesehene Rechtsfolge auch betreffend meinen Anspruch auf Familienbeihilfe ein, da für mich der persönliche und der sachliche Geltungsbereich des Beschlusses zu bejahen sind.

4. Zum persönlichen Geltungsbereich des ARB 3/80:

Nach seinem Art 2 gilt der ARB 3/80 für Arbeitnehmer, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedsstaaten gelten oder galten, und die türkische Staatsangehörige sind und für die Familienangehörigen dieser Arbeitnehmer sofern sie im Gebiet eines Mitgliedsstaats wohnen sowie für Hinterbliebene dieser Arbeitnehmer. In der schon genannten Entscheidung in der Rs Sürül (Rn 84) hat der EuGH ausgesprochen, dass sich die Definition des persönlichen Geltungsbereichs des ARB 3/80 an die Definition der Begriffe "Arbeitnehmer" und "Selbständige" in [Art 2 Abs. 1 der VO \(EWG\) 1408/71](#) anlehnt; dieser Status als Arbeitnehmer oder Selbständiger ist wiederum aus der Mitgliedschaft in einem Sozialversicherungssystem abzuleiten.

Zur Frage, ob auch Asylwerber, deren Asylverfahren noch nicht abgeschlossen ist, vom persönlichen Geltungsbereich des ARB Nr 3/80 erfasst sind, gibt es folgende nationale Rechtsprechung:

In seinem den Anspruch auf Notstandshilfe betreffenden Erkenntnis 2005/08/0019 bejahte der Verwaltungsgerichtshof die Anwendbarkeit des Diskriminierungsverbots des Art 3 Abs. 1 ARB 3/80 im Fall eines Asylwerbers dessen Asylverfahren noch nicht abgeschlossen war und der sich im fraglichen Zeitraum seines potenziellen Anspruchs auf Arbeitslosengeld rechtmäßig in Österreich aufhielt. Nach der dargestellten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs ist es für den persönlichen Anwendungsbereich des ARB 3/80 ohne Belang ob der türkische Staatsangehörige als Wanderarbeitnehmer nach Österreich eingereist ist oder als Asylwerber.

Folglich ist es auch unbeachtlich, ob der Familienangehörige des türkischen, die Arbeitnehmereigenschaft in Österreich erlangten, Staatsangehörigen, als Asylwerber aufhältig ist oder über einen Aufenthaltstitel nach [§§ 8](#) und [9 NAG](#) verfügt.

Gerade aus der schon mehrmals erwähnten Entscheidung des EuGH in der Rs Sürül und der VwGH Erkenntnis 2005/08/0019 ist zu schließen, dass nicht nur solche Personen vom persönlichen Geltungsbereich des ARB 3/80 erfasst sind, die sich bzw. deren Kinder sich nach [§§ 8](#) und [9 NAG](#) rechtmäßig in Österreich aufhalten; entscheidend ist vielmehr die rechtmäßige Beschäftigung im Mitgliedsstaat. Haben demnach türkische Staatsangehörige, die sich nach [§§ 8](#) und [9 NAG](#) oder § 51 AsylG rechtmäßig in Österreich aufhalten, aufgrund Erfüllung der Voraussetzungen für die Beschäftigung von Ausländern gemäß [§ 3 Abs. 1 AuslBG](#) und dadurch einer ihnen erteilten "Arbeitserlaubnis" Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt und damit zu den Systemen der sozialen Sicherheit gefunden, unterliegen sie dem Schutz des ARB 3/80; es ist unbeachtlich, ob der Antragsteller bzw. dessen Familienangehöriger über einen Aufenthaltstitel nach [§§ 8](#) und [9 NAG](#) oder § 51 AsylG verfügt, denn das Fehlen eines legalen Aufenthaltstitels würde die legale Beschäftigung verhindern.

5. Zum sachlichen Geltungsbereich des ARB 3/80:

Nach Artikel 4 des Beschlusses Nr. 3/80 des Assoziationsrates EWG - Türkei fällt die Familienbeihilfe nach FLAG 1967 in den sachlichen Geltungsbereich.

6. Zusammenfassung:

Ich verfüge seit 11.08.2010 nach [§§ 8](#) und [9 NAG](#) über den Aufenthaltstitel "Niederlassungsbewilligung Beschränkt", der bis 11.08.2011 gültig ist und bin seit 12.10.2010 durch Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung von Seiten AMS Graz entsprechend den

gesetzlichen Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes tatsächlich legal beschäftigt (siehe GKK Versicherungsdatenauszug).

Dadurch habe ich die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne der Definition des Artikels 1 Buchstabe b des Beschlusses Nr. 3/80 des Assoziationsrates EWG- Türkei bereits am 12.10.2010 erlangt. Ab Erlangen der Arbeitnehmereigenschaft müssen türkische Staatsbürger wie Inländer dieses Mitgliedstaates in dem sie ihren Wohnsitz haben behandelt werden.

Mit obiger Begründung stelle ich den

Antrag

I. die gegenständliche Rechtsfrage ohne Berufungsvorentscheidung dem zuständigen Unabhängigen Finanzsenat Graz umgehend vorzulegen,

II. der Unabhängige Finanzsenat möge in Stattgebung der Berufung den angefochtenen Bescheid ersatzlos beheben

III. der Unabhängige Finanzsenat möge feststellen, dass nach Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz rechtmäßig in Österreich beschäftigte türkische Staatsbürger die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne der Definition des Artikels 1 Buchstabe b des ARB 3/80 erlangen und daher [§ 3 Abs. 1 und 2 FLAG 1967](#) idgF nicht anwendbar ist.

Mit Schreiben vom 27. Februar 2012 wurde der Berufungszeitraum ab Oktober 2010 eingeschränkt.

Mit Bericht vom (ohne Datum) eingelangt am 24. Mai 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:

Die nunmehrige Gattin des Berufungswerbers (die Eheschließung erfolgte am TT.MM.JJJJ in Graz) ist türkische Staatsangehörige und hat am 22. Oktober 2009 einen Asylantrag eingebracht, welcher vom Bundesasylamt mit Bescheid vom 26. Februar 2010 zurückgewiesen worden ist.

Fristgerecht wurde gegen diesen Bescheid eine Beschwerde eingebracht. Dieser Beschwerde wurde hinsichtlich der Ausweisung die aufschiebende Wirkung zuerkannt.

Das Asylverfahren für das Kind (geb. am TT.MM.2010) wurde ebenfalls gemäß [§ 38 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991](#) (AVG), BGBl 1991/51 bis zur Entscheidung des Beschwerdeverfahrens der Mutter beim Asylgerichtshof ausgesetzt.

Gemäß [§ 2 Abs. 1 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967](#) - FLAG haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, für in dieser Bestimmung festgelegte Voraussetzungen erfüllende Kinder Anspruch auf Familienbeihilfe.

Gemäß [§ 3 Abs. 1 FLAG 1967](#) in der ab 1. Jänner 2006 geltenden Fassung [BGBl. I Nr. 100/2005](#) 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.

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 solche Personen, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde, Anspruch auf Familienbeihilfe haben, 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.

Bis 31.12.2005 galt für Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, folgende gesetzliche Regelung des [§ 3 Abs. 1 FLAG 1967](#): Danach hatten solche Personen dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet bei einem Dienstgeber beschäftigt waren und aus dieser Beschäftigung Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit oder zufolge einer solchen Beschäftigung Bezüge aus der gesetzlichen Krankenversicherung im Bundesgebiet bezogen haben. Kein Anspruch bestand, wenn die Beschäftigung nicht länger als drei Monate dauerte, außerdem, wenn die Beschäftigung gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer verstieß. Nach Absatz 2 galt diese Einschränkung des Absatz 1 nicht für Personen, die sich seit mindestens sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhielten, sowie für Staatenlose und Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 1997 gewährt wurde.

Die oben zitierte Neuregelung der Ansprüche von Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, erfolgte im Rahmen umfangreicher Gesetzesänderungen durch das Fremdenrechtspaket 2005, [BGBl. I Nr. 100/2005](#). Im Zuge dieser Änderungen wurde auch folgende Übergangsbestimmung des § 55 FLAG angefügt: Die §§ 2 Abs. 8 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) sowie des Asylgesetzes 2005, [BGBl. I Nr. 100/2005](#), in Kraft. Das Asylgesetz 2005 enthält unter anderem in seinem § 75 Abs. 1 folgende Übergangsbestimmung: Alle am 31. Dezember 2005 anhängigen Verfahren sind nach den Bestimmungen des Asylgesetzes 1997 zu Ende zu führen.

Auf Grund dieser Verknüpfung der Übergangsbestimmung für den § 3 FLAG mit den Übergangsbestimmungen des NAG und des Asylgesetzes 2005 traf der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 15.1.2008, 2007/15/0170, die Feststellung, dass § 3 FLAG in der Fassung des Fremdenrechtspaketes 2005 für Personen, denen gegenüber gemäß [§ 75 Asylgesetz 2005](#) das Asylverfahren noch nach dem Asylgesetz 1997 abgeführt wird, auch für Zeiträume ab 1.1.2006 nicht anzuwenden ist und für diese Personen § 3 FLAG zunächst noch in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, [BGBl. I Nr. 142/2004](#), zur Anwendung kommt.

In den [§§ 8 und 9 NAG](#) sind alle Aufenthaltstitel aufgezählt, die bei Erfüllung aller anderen Voraussetzungen zu einem Bezug von Familienbeihilfe berechtigen. Nach dem eindeutigen Wortlaut der zitierten gesetzlichen Regelung des § 3 FLAG ist es seit 1. Jänner 2006 erforderlich, dass sowohl der anspruchsberechtigte Elternteil als auch das anspruchsvermittelnde Kind über einen dieser Aufenthaltstitel verfügt.

Liegen aufrechte Aufenthaltstitel vor, ist die Voraussetzung des rechtmäßigen Aufenthaltes in Österreich nach Abs. 1 und Abs. 2 für Anspruchswerber und Kind erfüllt und der Anspruch auf FB ist nur mehr nach den allgemeinen Voraussetzungen, die auch für österreichische Staatsbürger gelten, zu beurteilen.

Da die Gattin des Berufungswerbers und ihre Tochter türkische Staatsbürger und seit 22. Oktober 2009 Asylwerber sind, sind jedenfalls die Bestimmungen des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes anzuwenden und ist der Aufenthalt in Österreich erst ab Erteilung eines Aufenthaltstitels rechtmäßig.

Über die Berufung war daher wie im Spruch angeführt zu entscheiden.

Graz, am 27. März 2012