



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vertreten durch StV, gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 12., 13. und 14. Bezirk und Purkersdorf betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab November 2006 bis August 2008 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Angemerkt wird, dass ab September 2008 die vom Bw. beantragte Familienbeihilfe von der Abgabenbehörde I. Instanz gewährt wird, da die NAG-Karten für alle drei Kinder ab September 2008 vorgelegt wurden.

Strittig ist, ob türkische Staatsbürger aufgrund des Assoziationsabkommens der EWG mit der Türkei von den Vorschriften des § 3 FLAG entbunden sind (vgl. § 3 FLAG [neue Fassung ab 1.1.06] in Verbindung mit Assoziationsabkommen EWG-Türkei).

Am 6.12.2002 beantragte der Bw. erstmalig die Familienbeihilfe für zwei Kinder aufgrund deren Einreise nach Österreich im August 2002 (Bl.1ff/FB-Akt): Da der Antragsteller über ein unbefristetes Visum verfügt habe, nichtselbständige Einkünfte gehabt habe und der tatsächliche Aufenthalt der Kinder in Österreich mittels Schulbesuchsbestätigung nachgewiesen worden sei, sei dem Antrag stattgegeben und Familienbeihilfe gem. § 3(1) FLAG (in der Fassung bis 31.12.2005) gewährt worden. Bzgl. des Antrages für das Kind Name1 vom 4.4.2003 sei gleichermaßen verfahren worden (Bl. 7 ff/FB-Akt).

Im Zuge der Familienbeihilfenüberprüfung per Oktober 2006 sei vom Antragsteller u.a. der Nachweis des rechtmäßigen Aufenthaltes der ganzen Familie abverlangt worden (BI.22 ff/FB-Akt).

Da dieser nicht vorgelegt habe werden können, sei der Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe gem. § 3 FLAG (in der neuen Fassung ab 1.1.2006) abgewiesen worden (Bl. 38/FB-Akt).

Nach Ansicht des Finanzamtes seien türkische Staatsbürger seit dem neuen Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz als Drittstaatsangehörige zu behandeln, da nunmehr der Aufenthaltsstatus allein maßgeblich sei (den Österreicher automatisch erfüllen würden), was demnach keinen Widerspruch zum Gleichbehandlungsgebot des Art. 8 Europ. Abkommen über Soziale Sicherheit darstelle.

Das Finanzamt verlangte vom Bw. folgende Nachweise:

Schulbestätigung vom Schj: 2006/07 von Name2 und Name3

Nachweis des ständigen Aufenthaltes im Bundesgebiet

(Mutter-Kind-Pass, Impfpass, Kindergartenbest. etc.) von Name1

Nachweis über den rechtmäßigen Aufenthalt (z.B.: NAG-Karte mit Aufenthaltstitel) von der ganzen Familie.

Dienstgeberbestätigung (Beschäftigungszeiten) des Bw.

Der Bw. führte aus wie folgt:

Der Bw. sei ein auf Dauer niedergelassener türkischer Staatsangehöriger, dessen Aufenthaltsberechtigung sich nicht nur auf eine unbefristete Niederlassungsbewilligung stütze, sondern ebenfalls auf den Assoziationsvertrag der EWG mit der Türkei und vor allem dem Beschluss ARB 1/80.

Grundsätzlich bestehe hier ein Diskriminierungsverbot nach dem Beschluss ARB 1/80, jedenfalls in Bezug auf die Rechtsstellung des Ehegatten sowie ein Verschlechterungsverbot gegenüber der Rechtslage ab 01.01.1995 (EU-Beitritt Österreichs).

Der Europäische Gerichtshof (Gerichtshof der europäischen Gemeinschaften) habe mit Urteil vom 04.05.1999, **RS C-262/96 (Sema Sueruel gegen Bundesanstalt für Arbeit)** über die Vorabentscheidung und Auslegung einiger Bestimmungen des Beschlusses ARB 3/80 vom 19.9.1980, ABL 1983 CX 110, Seite 60, ausgesprochen, dass der Anspruch auf Familienbeihilfe im konkreten Fall auch ohne Nachweis der Niederlassungsbewilligung bestehe. Der steuerliche Vertreter des Bw. habe sich seit dem Jahre 2003 bereits vor mehreren Finanzämtern auf dieses Urteil des Europäischen Gerichtshofes berufen. Grundsätzlich sei dieses auch von allen Finanzämtern anerkannt worden. Dies meist ohne Bescheiderlassung, indem einfach die

Auszahlung erfolgt sei. Daher verwies der Bw. auf den Anwendungsvorrang von Gemeinschaftsrecht gegenüber entgegen stehenden österreichischen Bestimmungen und stellte den **ANTRAG**, die Familienbeihilfe auch ab 1.11.2006 (Widerrufsdatum) für die mj. Kinder zuzusprechen.

Weil eben die NAG Karte mit Aufenthaltstitel nicht vorgelegt werden könne, berufe sich der Bw. auf das bereits angeführte Urteil des EuGH Rs C -262196 (Sema Sueruel) und den Anwendungsvorrang.

Sollte das Finanzamt trotz der eindeutigen Klärung des Anwendungsvorranges von Gemeinschaftsrecht und des EuGH Urteils diese Ansicht nicht teilen, ersuchte der Bw. um dringende abweisliche Bescheiderlassung, zumal der UFS nach EuGH Judikatur die entsprechende Tribunalqualität aufweise, um allenfalls den EuGH anzurufen.

Gemeinschaftsrecht sei nämlich in concreto nach ARB 1/80 direkt anzuwenden, zumal eine "acte claire" infolge der Klärung durch den EuGH vorliege. Gemeinschaftsrecht befinde sich dabei im Range einer österreichischen (Gesetzes)Bestimmung, was insbesondere auch für die Erwägungen des EuGH zu einem bestimmten Problem gelte, bzw. der Verweis auf eine RN den Hinweis auf eine Gesetzesstelle im Sinne der BAO ersetze.

Die Sach- und Rechtslage sei zu Gunsten der Antragstellung vom EuGH geklärt worden, und auch die Stand Still Klausel des Art 13 des ARB gelange zur Anwendung.

Das Finanzamt erließ einen **Abweisungsbescheid** vom 12.1.2007 betreffend Gewährung der Familienbeihilfe für die Kinder des Bw. und begründete diesen wie folgt:

Gemäß § 3 Abs. 2 bestehe Anspruch auf Familienbeihilfe für die drei Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger seien, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), rechtmäßig in Österreich aufhielten.

Da für die Kinder des Bw. kein gültiger Aufenthaltstitel (NAG-Karte) vorgelegt werden könne, sei der Antrag abzuweisen gewesen.

Dagegen erhob der Bw. **Berufung** mit folgender Begründung: Er beantragte die vollinhaltliche Aufhebung des Abweisungsbescheides wegen des Anwendungsvorranges von Gemeinschaftsrecht vor entgegenstehenden Bestimmungen des österreichischen Rechts.

Der Bw. pflichte der Finanzbehörde erster Instanz zu, dass infolge der geänderten Rechtslage nach § 3 (1) FLAG Personen, die nicht österreichische Staatsbürger seien, nur dann einen Anspruch auf Familienbeihilfe hätten, wenn sie sich nach den §§ 8 und 9 des NAG 2005 rechtmäßig in Österreich aufhielten.

Dem seien aber die Bestimmungen des Assoziationsabkommens der EWG mit der Türkei und die Beschlüsse ARB 1/80 und 3/80 im Zusammenhang mit dem Urteil des EuGH C 262/96 (SürüI) sowie die Stand Still Klausel des Art. 13 ARB 1/80 entgegenzuhalten sowie der Umstand, dass es sich dabei um Familienangehörige eines türkisches Arbeitnehmers handle.

Es gelte hier der Anwendungsvorrang von Gemeinschaftsrecht gegenüber entgegenstehenden nationalen Vorschriften, sodass hier die angewendeten Bestimmungen des § 3 Abs. 1 FLAG und die §§ 8 und 9 NAG 2005 im konkreten Fall nicht zur Anwendung kämen, da sie durch den Anwendungsvorrang zurückgedrängt werden würden.

Sollte der Unabhängige Finanzsenat nicht der Rechtsansicht eines acte claire im Sinne des obigen Urteils SürüI konform gehen, regte der Bw. im Sinne des Art 234 EG die Vorlage an den EuGH an, dies insbesondere mit der Anfrage, ob die angewendeten Bestimmungen des § 3 FLAG iVm. §§ 8 u. 9 NAG 2005 dem Gemeinschaftsrecht entgegenstehen würden, insbesondere den Bestimmungen der ARB 1/80 und 3/80.

Ab September 2008 wurde für alle drei Kinder des Bw. laut Mitteilung der Abgabenbehörde I. Instanz an den UFS aufgrund der nunmehr vorhandenen NAG-Karten gewährt (UFS-Akt).

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

Durch das "Fremdenrechtspaket 2005" BGBl. I Nr. 100/2005 hat der Gesetzgeber eine Änderung der Rechtslage auf dem Gebiet des Asyl- und Fremdenrechtes vorgenommen. Im Zuge dieser Reform wurde auch § 3 FLAG 1967 neu gefasst.

§ 3 idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004, (**vor der Neufassung durch das Fremdenrechtspaket 2005**) lautete auszugsweise:

"§ 3. (1) Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet bei einem Dienstgeber beschäftigt sind und aus dieser Beschäftigung Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit oder zufolge einer solchen Beschäftigung Bezüge aus der gesetzlichen Krankenversicherung im Bundesgebiet beziehen;  
...

(2) Abs. 1 gilt nicht für Personen, die sich seit mindestens sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten, sowie für Staatenlose und Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 1997 gewährt wurde."

Artikel 12 des **Fremdenrechtspakets 2005, BGBl. I Nr. 100/2005**, lautet auszugsweise:

"Änderung des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967

Das Familienlastenausgleichsgesetz 1967, BGBl. Nr. 376, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 157/2004, wird wie folgt geändert:

§ 3 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 idgF lautet: (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.

*Dies ist jedoch gegenständlich nicht der Fall.*

3. Nach § 54 wird folgender § 55 angefügt:

§ 55. Die §§ 2 Abs. 8 erster Satz und 3 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 100/2005, **treten mit 1. Jänner 2006**, nach Maßgabe der Übergangsbestimmungen des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005, sowie des Asylgesetzes 2005 (AsylG 2005), BGBl. I Nr. 100, **in Kraft.**"

Aus den diesbezüglichen Erläuterungen (126 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates XVIII. GP) geht Folgendes hervor: zu § 3 Abs. 1 bis 3 FLAG 1967 idgF:

Ad Abs. 1: Personen, die nicht österreichischen Staatsbürger sind, einschließlich Staatenloser, haben **nunmehr dann Anspruch auf die Familienbeihilfe, wenn sie zur Niederlassung in Österreich berechtigt sind** (§§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes).

Ad Abs. 2: Ein **Anspruch nicht österreichischer Staatsbürger für nicht österreichische Kinder soll zudem nur dann bestehen, wenn auch diese zur Niederlassung in Österreich berechtigt sind** (§§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes).

Nach der Judikatur des VfGH verfügt der Gesetzgeber über einen großen Gestaltungsspielraum bei der Gewährung familienfördernder Maßnahmen und darf dieser den Anspruch von einer qualifizierten Nahebeziehung zum Inland abhängig machen (vgl. VfGH 16.3.2007, B 1397/06 mwN).

Nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenats sind türkische Staatsbürger seit dem neuen Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz als Drittstaatsangehörige zu behandeln, da nunmehr der Aufenthaltsstatus allein maßgeblich ist (den Österreicher automatisch erfüllen), was demnach keinen Widerspruch zum Gleichbehandlungsgebot des Art. 8 Europ. Abkommen über Soziale Sicherheit darstellt. Da weder ein Asylverfahren anhängig war noch die NAG-Karten vorgewiesen werden konnten, sind die gesetzlich geforderten Voraussetzungen für den Bezug

von Familienbeihilfe für die Kinder des Bw. iSd § 3 FLAG 1967 idgF iVm. §§ 8 u 9 NAG 2005 nicht erfüllt.

Aus angeführten Gründen kann aus den Berufungsvorbringen für das Berufsbegehren des Bw. nichts gewonnen werden.

Da laut Aktenlage ab September 2008 die Familienbeihilfe für alle drei Kinder des Bw. gewährt wurde, war in Anwendung der Bestimmung des [§ 13 FLAG 1967](#) für den Zeitraum ab September 2008 kein Bescheid zu erlassen. Der angefochtene Bescheid war daher auf die im Spruch angeführten Zeiträume einzuschränken.

Insgesamt ist daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 10. Dezember 2012