



UNABHÄNGIGER  
FINANZSENAT

Außenstelle Wien  
Senat 5

GZ. RV/0737-W/03

Vordere Zollamtsstraße 7  
1030 Wien

Fax: 0 502 503 1999

Referentin:  
Wimmer  
Telefon: 0 502 503/1284  
DVR: 2108837

## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., W., vertreten durch ausgew. Vertreter, gegen den Bescheid des Finanzamtes i.W. betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab 1. Juni 1997 für die Kinder A.R.E., und J.E., entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

### **Rechtsbelehrung**

Gegen diese Entscheidung ist gemäß § 291 der Bundesabgabenordnung (BAO) ein ordentliches Rechtsmittel nicht zulässig. Es steht Ihnen jedoch das Recht zu, innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung dieser Entscheidung eine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof oder den Verfassungsgerichtshof zu erheben. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof muss - abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen - von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof muss - abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen - von einem Rechtsanwalt oder einem Wirtschaftsprüfer unterschrieben sein.

Gemäß § 292 BAO steht der Amtspartei (§ 276 Abs. 7 BAO) das Recht zu, gegen diese Entscheidung innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung (Kenntnisnahme) Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof zu erheben.

## Entscheidungsgründe

Mit Schreiben vom 19. Juni 2002 beantragte der Berufungswerber (Bw.) die Gewährung der Familienbeihilfe für seine beiden Kinder rückwirkend ab dem Jahr 1997. Laut Antragsformular ist der Bw. erstmals im November 1989 nach Österreich eingereist und wohnen die Kinder des Bw. ständig am Familienwohntort des Bw. in A.. Die Kinder haben die Schulausbildung (Pflichtschule, Gymnasium) in der Türkei absolviert; der Sohn des Bw., A.R., studiert seit September 2000 an der Universität S. (Studienrichtung Lehrer für Leibeserziehung und Sport). Die Tochter J. hat das Studium an der Universität in A. bereits abgeschlossen und ist laut Angaben des Bw. seit dem Jahr 2002 als Lehrerin tätig. Der Bw. ist seit 16. September 2002 österreichischer Staatsbürger.

Das für den Bw. zuständige Wohnsitzfinanzamt hat den Antrag mit Bescheid vom 17. März 2003 abgewiesen. Begründet wurde die Abweisung zum einen unter Hinweis auf § 2 Abs. 8 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 damit, dass die Kinder laut Aktenlage (Antrag, Ausbildung der Kinder, früherer Beihilfenbezug in verminderter Höhe) ständig in der Türkei leben würden und auch die gesamte Berufsausbildung in der Türkei absolviert hätten. Wenn Kinder sich ständig im Ausland aufhielten, seien die engeren persönlichen Beziehungen (sprachlich, kulturelle Beziehungen) überwiegend zum jeweiligen Staat gegeben. Weiters sei auch in § 5 Abs. 4 FLAG 1967 (bzw. Abs. 3 in der ab 1.1.2001 geltenden Fassung) bestimmt, dass kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestehe, wenn die Kinder sich ständig im Ausland aufhalten.

Mit der gegen den Abweisungsbescheid eingebrachten Berufung wird der Abweisungsbescheid in seinem gesamten Umfang wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit angefochten; die Behörde erster Instanz habe die Rechtslage richtig wiedergegeben, die Sichtweise der Finanzverwaltung, die auch Gegenstand von Verfahren vor den Gerichtshöfen öffentlichen Rechts sei, sei jedoch zu kurz gegriffen.

Der Bw. zitiert hiezu u.a. Pkt. 3 und 4 des Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes (VfGH 4.12.2001, B 2366/00):

*"3. Vor dem Hintergrund der oben dargelegten Rechtsprechung, derzufolge der Familienbeihilfe und dem gemeinsam mit ihr zur Auszahlung gelangenden Kinderabsetzbetrag aber auch die Funktion zukommt, jene einkommensteuerliche Mehrbelastung abzugelten, der unterhaltspflichtige Eltern durch die steuerliche Nichtabzugsfähigkeit des Unterhaltes ausgesetzt sind, ist jedoch zu prüfen, ob eine sachliche Rechtfertigung dafür erkennbar ist, daß für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, diese Transferleistungen nicht wenigstens in dem Ausmaß zustehen, das aus den dargelegten steuerlichen Gründen geboten ist. ....*

*Nun wird aber durch den Umstand, daß ein an sich unterhaltsberechtigtes Kind sich ständig im Ausland aufhält, die Unterhaltspflicht der Eltern oder des Elternteiles dem Grunde nach nicht berührt, mag auch die Frage, ob und von wem das Kind Unterhaltsleistungen verlangen kann, in solchen Fällen üblicherweise nach dem Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes zu beurteilen sein (...). Die Vorschrift des § 5 Abs 4 FLAG (idF BGBl. 201/1996) bewirkt somit im Ergebnis, daß unbeschränkt steuerpflichtige*

*Personen, die im Ausland lebenden Kindern gegenüber zu Unterhaltsleistungen verpflichtet sind, die auch in diesem Fall gebotene steuerliche Berücksichtigung der eingeschränkten Leistungsfähigkeit im Wege von Transferleistungen nicht erhalten, da ihnen die Transferleistungen auch in jenem Umfang verweigert werden, in dem sie zur Kompensation der aus der Nichtabzugsfähigkeit des Unterhaltes resultierenden steuerlichen Mehrbelastung erforderlich sind.*

*Eine generelle steuerliche Vernachlässigung von Unterhaltslasten gegenüber sich ständig im Ausland aufhaltenden Kindern läßt sich aber auch nicht durch den Umstand rechtfertigen, daß sich in diesen Fällen die Unterhaltungspflicht der Höhe nach zumindest teilweise an den Verhältnissen des Aufenthaltslandes des Kindes orientiert (vgl. ...) und daher – bei ständigem Aufenthalt des Kindes in einem Land mit niedrigeren Lebenshaltungskosten – allenfalls geringer ist als die gegenüber im Inland befindlichen Kindern. Dies mag zur Folge haben, daß in solchen Fällen die für die steuerliche Entlastung erforderlichen Beträge niedriger sein können als bei im Inland befindlichen Kindern. Eine generelle Außerachtlassung der Unterhaltsverpflichtung rechtfertigt dies jedoch nicht.*

*An dieser Beurteilung ändert sich nicht deswegen etwas, weil der Steuerpflichtige – wie im vorliegenden Beschwerdefall – als Ausländer nicht Adressat des in Art 7 B-VG und Art 2 StGG verankerten Gleichheitssatzes ist. Nach der neueren Judikatur des Verfassungsgerichtshofes (VfSlg. 14.965/1997 mwN) enthält nämlich Art 1 Abs 1 des B-VG zur Durchführung des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung, BGBl. 390/1973, (auch) das allgemeine, sowohl an die Gesetzgebung als auch an die Vollziehung gerichtete Verbot, sachlich nicht begründbare Unterscheidungen zwischen Fremden vorzunehmen. Diese Verfassungsnorm enthält ein – auch das Sachlichkeitsgebot einschließendes – Gebot der Gleichbehandlung von Fremden untereinander; deren Ungleichbehandlung ist also nur dann und insoweit zulässig, als hierfür ein vernünftiger Grund erkennbar und die Ungleichbehandlung nicht unverhältnismäßig ist.*

*Gerade zu einer solchen Ungleichbehandlung von Fremden untereinander käme es aber, wenn allein der Umstand des ständigen Auslandsaufenthaltes von Kindern dafür maßgebend wäre, ob eine steuerliche Berücksichtigung von Unterhaltslasten stattfindet oder nicht.*

*4. Dessen ungeachtet sieht sich der Verfassungsgerichtshof nicht veranlaßt, die Vorschrift des § 5 Abs 4 FLAG (idF BGBl. 201/1996), die den Bezug von Familienbeihilfe für sich ständig im Ausland aufhaltende Kinder ausschließt, in Prüfung zu ziehen. Wie der Gerichtshof in seiner – oben wiedergegebenen – Rechtsprechung festgehalten hat (VfSlg. 12.940/1991), liegt es nämlich im Ermessen des Gesetzgebers, auf welche Weise er im Bereich der steuerlichen Berücksichtigung von Unterhaltslasten das verfassungsrechtlich gebotene Ergebnis erzielt: Er kann den Tarif entsprechend gestalten, taugliche Frei- oder Absetzbeträge vorsehen, direkte Leistungen gewähren und diese oder andere Maßnahmen auch nebeneinander einsetzen.*

*Dem Gesetzgeber steht es daher auch frei, die steuerliche Berücksichtigung von Familienlasten bei verschiedenen Fallgruppen nach verschiedenen Methoden vorzunehmen, wenn hierfür sachliche Gründe ins Treffen geführt werden können. Daß derartige Gründe bei sich ständig im Ausland aufhaltenden Kindern im Hinblick auf die Unterschiede in den tatsächlichen Lebensverhältnissen, die Besonderheiten der Beweislage und die jeweils zu berücksichtigende Rechtslage (etwa auch hinsichtlich im Ausland gewährter familienbezogener Leistungen) vorliegen, scheint dem Gerichtshof nicht zweifelhaft zu sein.*

*Unter solchen Umständen wird der Gesetzgeber der verfassungsrechtlichen Pflicht zur steuerlichen Berücksichtigung von Unterhaltslasten aber auch dann gerecht, wenn er hierfür nicht den Weg der Gewährung von Transferzahlungen wählt, sondern die Berücksichtigung im Wege des Steuerrechts ermöglicht. Ein solcher Weg ist aber nach der geltenden Rechtslage nicht schlechthin versperrt:*

*Bereits nach der Formulierung des § 33 Abs 4 Z 3 lit b) EStG 1988 kann für einen Steuerpflichtigen, dessen Kind sich ständig im Ausland aufhält, die Gewährung eines Unterhaltsabsetzbetrages in Betracht kommen, sofern es sich um ein Kind handelt, das nicht (im Verständnis des § 2 Abs 5 FLAG) dem Haushalt des Steuerpflichtigen zugehört und für das weder dem Steuerpflichtigen noch seinem im gemeinsamen Haushalt lebenden (Ehe)Partner Familienbeihilfe gewährt wird. Im übrigen schließt es die geltende Rechtslage nach Auffassung des Gerichtshofes nicht von vornherein aus, Unterhaltsleistungen an sich ständig im Ausland aufhaltende Kinder (zumindest im hier offenbar vorliegenden Fall von haushaltszugehörigen Kindern) nach den allgemeinen Regeln des § 34 EStG 1988 als außergewöhnliche Belastung zu berücksichtigen: .....*

*Für die hier diskutierte Fallgruppe der sich ständig im Ausland aufhaltenden Kinder ist einerseits der Anspruch auf Familienbeihilfe ausgeschlossen; andererseits läßt sich den Regelungen des EStG 1988 nicht entnehmen, daß damit die steuerliche Berücksichtigung der solchen (nicht volljährigen) Kindern*

*gegenüber bestehenden Unterhaltsverpflichtung schlechthin ausgeschlossen wäre. Sie ist jedoch Sache des Einkommensteuerrechts. Ein verfassungsrechtlich begründeter Anspruch auf Gewährung der Familienbeihilfe ist nicht anzunehmen."*

Unter Hinweis auf das österreichische Fremdenengesetz (FrG) 1997 (Nachzug von Familienangehörigen nach Maßgabe freier Quotenplätze bzw. Einschränkung für Drittstaatsangehörige auf Kinder vor Vollendung des 15. Lebensjahres gemäß § 21 Abs. 3 FrG 1997) sieht der Bw. (in Punkt 2.2 der Berufungsschrift) durch das zitierte Judikat des Verfassungsgerichtshofes die Artikel 14 MRK widersprechende Diskriminierung von ausländischen Familien mit über 15 jährigen Kindern unberücksichtigt.

Zu Punkt 5 des erwähnten Judikates des Verfassungsgerichtshofes

*("5. Soweit die Beschwerde die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der angewendeten Bestimmung geltend macht, ist ihr zu entgegnen, daß nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes ein Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht keine Verfassungsverletzung darstellt und daher vom Verfassungsgerichtshof nicht aufzugreifen ist, es sei denn, der Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht ist offenkundig (VfSlg. 14.886/1997). Letzteres trifft im vorliegenden Fall nicht zu.")*

führt der Bw. aus, dass entgegen der Ansicht des VfGH durch die Außerachtlassung des Beschlusses Nr. 3/80 des Assoziationsrates EWG-Türkei vom 19. September 1980 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit der Mitgliedsstaaten der Europäischen Gemeinschaften auf türkische Arbeitnehmer und auf deren Familienangehörige (im Folgenden "Beschluss Nr. 3/80") eine offenkundige EU-Rechtswidrigkeit vorliege.

Dazu zitiert der Bw. Artikel 1 bis 4 des Beschlusses Nr. 3/80 und verweist auf das EuGH-Urteil "Sürül" vom 4. Mai 1999 (Rechtssache C-262/96) über die unmittelbare Anwendbarkeit des Grundsatzes der Gleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 1 des Beschlusses.

Unter Hinweis auf Artikel 10 und 13 des Beschlusses 1/80 des Assoziationsrates vom 19. September 1980 über die Entwicklung der Assoziation (im Folgenden: Beschluss Nr. 1/80) sieht der Bw. durch die Kündigung des Abkommens über soziale Sicherheit zwischen Österreich und der Türkei ebenfalls einen Verstoß gegen EU-Recht sowie eine Verletzung des MRK-rechtlichen Vertrauensschutzes.

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

Gemäß § 2 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben - und noch weitere, in den folgenden Bestimmungen des FLAG 1967 genannte Bedingungen erfüllen, - Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder sowie unter bestimmten Voraussetzungen für volljährige Kinder.

Gemäß § 2 Abs. 8 FLAG haben Personen, die sowohl im Bundesgebiet als auch im Ausland einen Wohnsitz haben, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt ihrer

Lebensinteressen im Bundesgebiet haben **und** sich die Kinder ständig im Bundesgebiet aufhalten. Eine Person hat den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.

§ 5 Abs.4 FLAG 1967, idF BGBl. 201/1996, hat folgenden Wortlaut: "Kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten."

§ 50g Abs.2 FLAG 1967 ordnet hiezu an, dass diese Vorschrift an dem der Kundmachung des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 201/1996 folgenden Tag in Kraft tritt (das war der 1. Mai 1996), sieht aber überdies noch folgendes vor: "Soweit bestehende Staatsverträge die Gewährung von Familienbeihilfe für Kinder vorsehen, die sich ständig in einem anderen Staat aufhalten, ist § 5 Abs.4 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 297/1995 weiter anzuwenden, bis völkerrechtlich anderes bestimmt ist."

Durch BGBl. I 142/2000, Artikel 71, hat der Absatz 4 des § 5 FLAG 1967 mit Wirkung ab 1. Jänner 2001 die Bezeichnung "Absatz 3" erhalten.

Zufolge der von österreichischer Seite mit 30. September 1996 (BGBl. 349/1996) vorgenommenen Kündigung des Abkommens über soziale Sicherheit zwischen der Republik Österreich und der Türkischen Republik, BGBl. 91/1985, besteht für Kinder, die sich ständig in der Türkei aufhalten, ab 1. Oktober 1996 kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

Im gegenständlichen Fall halten sich die Kinder des Bw. unbestritten ständig im Ausland auf. Der Bw. anerkennt auch die richtige Wiedergabe der Gesetzeslage im Bescheid, vermeint jedoch, dass die Sichtweise der Finanzverwaltung zu kurz gegriffen sei.

In den vom Bw. in der Berufungsschrift zitierten Punkten 3 und 4 des Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes (VfGH 4.12.2001, B 2366/00) führt der Verfassungsgerichtshof im Wesentlichen aus, dass die generelle steuerlich Vernachlässigung von Unterhaltslasten gegenüber sich ständig im Ausland aufhaltenden Kindern nicht zu rechtfertigen sei. Damit hat der Bw. für sein Begehren nichts gewonnen, denn der Verfassungsgerichtshof führt im genannten Erkenntnis weiter aus, dass der Gesetzgeber der verfassungsrechtlichen Pflicht zur steuerlichen Berücksichtigung von Unterhaltslasten auch dann gerecht werde, wenn er hiefür nicht den Weg der Gewährung von Transferzahlungen wähle, sondern die Berücksichtigung im Wege des Steuerrechts ermögliche. Der Verfassungsgerichtshof hat somit keine Bedenken gegen die eine Familienbeihilfe für sich ständig im Ausland aufhaltende Kinder ausschließende Regelung des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 angesichts der Möglichkeit einer steuerlichen Berücksichtigung der solchen Kindern gegenüber bestehenden Unterhaltsverpflichtungen. Obwohl nicht Gegenstand dieses Verfahrens, sei dazu angemerkt, dass im Zuge der Arbeitnehmerveranlagungen des Bw. für die Jahre 1997 - 2001 eine Berücksichtigung von Unterhaltslasten im Wege des Einkommensteuerrechtes bereits erfolgte.

Zum Vorbringen des Bw., ein gemeinsames Familienleben mit seinen Kindern in Österreich sei nach dem österreichischen Fremden-Gesetz (FrG) 1997 ausgeschlossen und dies sei eine Artikel 14 MRK widersprechende Diskriminierung ausländischer Familien mit über 15-jährigen Kindern, ist Folgendes auszuführen:

Ob durch die in der Berufungsschrift erwähnte Wartefrist nach dem österreichischen FrG 1997 für den Nachzug von Familienangehörigen von Drittstaatsangehörigen nach Maßgabe freier Quotenplätze (bzw. durch die Beschränkung des Familiennachzuges auf Kinder vor Vollendung des 15. Lebensjahres) eine Ungleichbehandlung vorliegt, ist nicht in diesem Verfahren zu klären (siehe jedoch VfGH v. 8.10.2003, G119/03: Aufhebung der vom Bw. angesprochenen Bestimmung betreffend die "Familienangehörigen Drittstaatsangehöriger, die sich vor dem 1. Jänner 1998 in Österreich niedergelassen haben" als verfassungswidrig). Ergänzend sei jedoch bemerkt, dass der Bw., der laut eigenen Angaben seit 1989 in Österreich lebt, gar nicht behauptet, er selbst hätte je entsprechende Schritte unternommen, um für seine bereits im Jahr 1978 geborene Tochter und seinen im Jahr 1980 geborenen Sohn einen rechtmäßigen Aufenthaltstitel in Österreich zu erlangen.

Zur behaupteten EU-Rechtswidrigkeit wegen Außerachtlassung des Beschlusses Nr. 3/80 des Assoziationsrates EWG-Türkei vom 19. September 1980 ist auszuführen:

**Artikel 2 des Beschlusses Nr. 3/80**, der die Überschrift "Persönlicher Geltungsbereich" trägt, lautet:

*"Dieser Beschluss gilt:*

- für Arbeitnehmer, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, und die türkische Staatsangehörige sind;*
- für die Familienangehörigen dieser Arbeitnehmer, die im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen;*
- ..."*

Vorher ist dazu anzumerken, dass der Bw. laut dem im Zuge der Antragstellung vorgelegten Staatsbürgerschaftsnachweis seit 16. September 2002 österreichischer Staatsbürger ist und daher sämtliche Vorbringen des Bw. hinsichtlich Ausländerdiskriminierung (Punkt 2.2 der Berufungsschrift) und EU-Rechtswidrigkeit wegen des Ausschlusses der Familienbeihilfe für türkische Staatsangehörige (Punkt 2.3 der Berufungsschrift) somit den vor September 2002 liegenden Streitzeitraum betreffen.

Zugleich enthält eben dieser Artikel 2 des Beschlusses 3/80 die für den Berufungsfall wesentliche Bestimmung, dass dieser Beschluss nur für **Familienangehörige, die im Gebiet eines Mitgliedstaates** wohnen, gilt. Da sich die Kinder des Bw. unbestritten ständig in der Türkei aufhalten, die Türkei aber kein Mitgliedsstaat der EU ist, sind die

Familienangehörigen des Bw. nicht vom persönlichen Geltungsbereich des erwähnten Beschlusses erfasst.

Der vom Bw. zitierte Artikel 3 Absatz 1 des Beschlusses Nr. 3/80, der die Überschrift "Gleichbehandlung" trägt und Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1408/71 entspricht, lautet:

*"Die Personen, die im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen und für die dieser Beschluss gilt, haben die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates, soweit dieser Beschluss nichts anderes bestimmt."*

Art 3 Abs. 1 des Beschlusses Nr. 3/80 stellt für den besonderen Bereich der sozialen Sicherheit die Durchführung und Konkretisierung des allgemeinen Verbotes der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit dar. Art. 3 Abs. 1 des Beschlusses Nr. 3/80 stellt **im Geltungsbereich dieses Beschlusses** einen eindeutigen, unbedingten Grundsatz auf, der ausreichend bestimmt ist, um von einem nationalen Gericht angewandt werden zu können, und der daher geeignet ist, die Rechtsstellung des Einzelnen zu regeln (vgl. VwGH 18.9.2000, 2000/15/0204, Hinweis EuGH 4. Mai 1999 C-262/96, Rechtssache Sürül: "... Die Rechtsvorschriften des Aufnahmemitgliedstaats dürfen die Gewährung eines Anspruchs an die türkischen Staatsangehörigen, für die der Beschluss gilt, nicht von zusätzlichen oder strengeren Voraussetzungen abhängig machen, als sie für die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats gelten. ...").

Die Ausführungen des Bw., der EuGH habe im Urteil "Sürül" die unmittelbare Anwendbarkeit des Grundsatzes der Gleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 1 klargestellt hat, sind somit zutreffend. Jedoch übersieht der Bw., dass auch dieser Artikel 3 Abs. 1 **nur für Personen, die im Gebiete eines Mitgliedsstaates wohnen und für die dieser Beschluss gilt, unmittelbar anzuwenden** ist (in der angesprochene Rechtssache war das Kind mit seinen Eltern in Deutschland wohnhaft). Im gegenständlichen Berufungsfall sind die Kinder des Bw. nicht ständig im Gebiet eines Mitgliedstaates wohnhaft und somit, wie bereits ausgeführt nicht vom persönlichen Geltungsbereich des Beschlusses Nr. 3/80 erfasst.

Dem zufolge ist auch nicht relevant, dass in dem vom Bw. in der Berufungsschrift ebenfalls zitierten Artikel 4 Abs. 1 des Beschlusses Nr. 3/80 ("Sachlicher Geltungsbereich") unter lit.) auch die Familienleistungen) angeführt sind. Zudem ist auch nach Artikel 39 Abs.3 des am 23. November 1970 in Brüssel unterzeichneten und durch die Verordnung (EWG) Nr. 2760/72 des Rates vom 19. Dezember 1972 im Namen der Gemeinschaft geschlossenen Zusatzprotokolles (und das nach seinem Artikel 62 Bestandteil des Assoziierungsabkommens ist), die Zahlung von Familienleistungen für den Fall sicherzustellen, dass die Familie des Arbeitnehmers "in der Gemeinschaft wohnhaft ist".

Im Übrigen besteht für den Bw. **auch als österreichischer Staatsbürger** gemäß § 2 Abs. 8 FLAG 1967 bzw. wegen der Ausschlussbestimmung des § 5 Abs.4 FLAG 1967, idF BGBl. I 201/1996 (bzw. § 5 Abs.3 FLAG 1967 idF BGBl. I 142/2000) **kein Anspruch** auf Familienbeihilfe für seine sich ständig im Ausland außerhalb des Gemeinschaftsgebietes aufhaltenden Kinder. Allein aus diesem Umstand ist bereits erkennbar, dass eine Benachteiligung des Bw. als türkischer Staatsangehöriger auf Grund der zitierten innerstaatlichen Bestimmungen des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 nicht vorliegt, andernfalls wären österreichische Staatsbürger (wie auch der Bw. ab September 2002) gegenüber türkischen Staatsbürgern schlechtergestellt.

Eine weitere EU-Rechtswidrigkeit sieht der Bw. durch die von österreichischer Seite vorgenommene Kündigung des Abkommens zwischen der Republik Österreich und der Türkischen Republik über soziale Sicherheit (BGBl. 91/1995) mit Wirksamkeit 30. September 1996 gegeben. Die nachträgliche Beseitigung der Gegenseitigkeit durch die Republik Österreich verwirkliche einen Verstoß gegen Art. 3 des Beschlusses Nr. 3/80, da er die bis dahin gewährleisteten Rechte beseitige. Dazu verweist der Bw. insbesondere auf das EuGH-Urteil Jauch vs. Österreich, C-215/99.

Nach diesem Urteil des EuGH verstößt es *"... gegen Artikel 19 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1408/71 und die entsprechenden Bestimmungen der anderen Abschnitte des Kapitels 1 des Titels III dieser Verordnung, den Anspruch auf die Leistung von Pflegegeld nach dem Bundespflegegeldgesetz davon abhängig zu machen, dass der Pflegebedürftige seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich hat."*

Der Bw. übersieht dabei aber, dass *"das als eine Geldleistung bei Krankheit anzusehende Pflegegeld folglich unabhängig davon auszus zahlen ist, in welchem **Mitgliedstaat** ein Pflegebedürftiger wohnt, der die sonstigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt. ..."* (in der behandelten Rechtsache -wohnte der Pflegebedürftige in Deutschland).

Das Vorbringen des Bw., der Ausschluss der Familienbeihilfengewährung für die ständig in einem Nichtmitgliedsstaat lebenden Kinder des Bw. verstoße ebenso gegen EU-Recht (gegen Artikel 3 Abs.1 des Beschlusses 3/80) wie die Nichtgewährung von Pflegegeld an den in einem anderen Mitgliedsstaat lebenden Pflegebedürftigen in der Rechtssache C-215/99 erweist sich somit als Fehlinterpretation.

Zum Vorbringen des Bw., die vorgenommene Kündigung des Abkommens über soziale Sicherheit zwischen der Republik Österreich und der Türkischen Republik berühre auch Artikel 10 Absatz 1 des Beschlusses 1/80, weil durch die Gewährung oder Verweigerung der staatlichen Transferleistungen (als Äquivalent zur steuerlichen Begünstigung) die Höhe des dem Arbeitnehmer verbleibenden (netto) Arbeitsentgeltes geregelt werde, ist auszuführen:



Artikel 10 Absatz 1 (Kapitel II Abschnitt 1) des Beschlusses 1/80 des Assoziationsrates vom 19. September 1980 über die Entwicklung der Assoziation lautet:

*"Die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft räumen den türkischen Arbeitnehmern, die ihrem regulären Arbeitsmarkt angehören, eine Regelung ein, die gegenüber den Arbeitnehmern aus der Gemeinschaft hinsichtlich des Arbeitsentgeltes und der sonstigen Arbeitsbedingungen jede Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit ausschließt."*

Artikel 10 Absatz 1 des Beschlusses Nr. 1/80 ist nach der Rechtsprechung des EuGH seinem Wesen nach geeignet, von Einzelnen vor einem nationalen Gericht geltend gemacht zu werden, damit dieses Gericht diskriminierende Vorschriften der Regelung eines Mitgliedstaats unangewandt lässt, die die Gewährung eines Anspruchs von einer Voraussetzung abhängig macht, die für Inländer nicht gilt, ohne dass der Erlass ergänzender Durchführungsvorschriften insoweit notwendig wäre (vgl. entsprechend Urteil Sürül, Randnr. 63).

Diese Bestimmung hat somit unmittelbare Wirkung in den Mitgliedstaaten und stellt ein Verbot für die Mitgliedstaaten auf, türkische Staatsangehörigen, für die die Bestimmung gilt, hinsichtlich des Arbeitsentgeltes und der sonstigen Arbeitsbedingungen aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit zu diskriminieren.

Der **Anspruch** auf die Gewährung der Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig in einem Nichtmitgliedsstaat aufhalten, ist jedoch **unabhängig von der Staatsbürgerschaft** des Antragstellers aufgrund der Bestimmungen des § 2 Abs. 8 FLAG 1967 bzw. wegen der Ausschlussbestimmung des § 5 Abs.4 FLAG 1967, idF BGBl. I 201/1996 (bzw. § 5 Abs.3 FLAG 1967 idF BGBl. I 142/2000) nicht gegeben. Der Anspruch ist somit nicht von einer Voraussetzung abhängig, die für Inländer nicht gilt. Abgesehen davon, dass die Arbeitsbedingungen und das vom Bw. bezogene Arbeitsentgelt durch die Bestimmungen des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 ohnehin nicht berührt werden, liegt eine Diskriminierung des Bw. aufgrund der Staatsangehörigkeit jedenfalls nicht vor.

Zum Vorbringen des Bw., "durch die Verschlechterung der Einkommenssituation mit der Beseitigung der Familienbeihilfe sei naturgemäß eine neue Beschränkung der Bedingungen für den Zugang zum Arbeitsmarkt gegeben bzw. durch die Entziehung der Familienbeihilfe werde der wirtschaftliche Druck und damit auch der Aufenthalt in Österreich erschwert" und damit werde das Prinzip der Freizügigkeit der Arbeitnehmer nach Artikel 10 zusätzlich und auch nach Artikel 13 des Beschlusses 1/80 berührt, ist anzumerken:

Artikel 13 des Beschlusses 1/80 lautet:

*"Die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft und die Türkei dürfen für Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen, deren Aufenthalt und Beschäftigung in ihrem Hoheitsgebiet ordnungsgemäß sind, keine neuen Beschränkung der Bedingungen für den Zugang zum Arbeitsmarkt einführen."*

Da die Erlangung einer Bewilligung für den ordnungsgemäßen Aufenthalt bzw. die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung (Arbeitserlaubnis, Befreiungsschein, ...) im Bundesgebiet nicht vom Bezug der Familienbeihilfe abhängig sind, wurden durch die Kündigung des Abkommens zwischen der Republik Österreich und der Türkischen Republik weder die Aufenthaltsbedingungen in Österreich erschwert noch wurden die Bedingungen für den Zugang zum Arbeitsmarkt in Österreich eingeschränkt.

Durch die vorgenommene Kündigung des Abkommens über soziale Sicherheit zwischen der Republik Österreich und der Türkischen Republik ist eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes des Artikel 10 Absatz 1 des Beschlusses Nr. 1/80 bzw. ein Verstoß gegen die Bestimmungen des Artikel 13 des Beschlusses nicht erkennbar.

Im Übrigen wurden mit **Verordnung (EG) Nr. 859/2003 des Rates vom 14. Mai 2003** die Bestimmungen der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 und der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 auf Drittstaatsangehörige, die ausschließlich aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit nicht bereits unter diese Bestimmungen fallen, ausgedehnt. Im **Bereich der Familienleistungen** findet diese Verordnung für Österreich (als Sonderbestimmung zu Artikel 1) nur auf Drittstaatsangehörige Anwendung, die **die Voraussetzungen des österreichischen Rechts** für einen dauerhaften Anspruch auf Familienbeihilfen erfüllen.

Eine innerstaatliche Ungleichbehandlung aufgrund der Staatszugehörigkeit bzw. eine Benachteiligung des Bw. durch Nichtbeachtung von unmittelbar anwendbarem EU-Recht ist nach den vorstehenden Ausführungen nicht erkennbar und es war wie im Spruch zu entscheiden.

Wien, am 24. Mai 2004

Für die Richtigkeit  
der Ausfertigung: