



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der P, Wien, vertreten durch Paar & Zwanzger GbR, Rechtsanwälte, 1040 Wien, Wiedner Hauptstraße 46/6, vom 12. Jänner 2012 gegen die Bescheide des Finanzamtes Wien 2/20/21/22, vertreten durch Helga Grössing, vom 7. Dezember 2011 betreffend Rückforderung der Familienbeihilfe für den Zeitraum Februar 2011 bis September 2011 und Abweisung des Antrags auf Gewährung der Familienbeihilfe ab Oktober 2011 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Die angefochtenen Bescheide bleiben unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Die Bw. stellte am 2.3.2011 einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für ihre 2011 geborene Tochter.

Die Bw. ist Ukrainische Staatsbürgerin und hat 2010 in Wien einen französischen Staatsbürger geheiratet. Der Gatte der Bw. ist bei der Internationalen Atomenergie Organisation (IAEO) in Wien beschäftigt.

Am 25.8.2011 ersuchte die Wiener Gebietskrankenkasse um eine Überprüfung hinsichtlich des Bezugs von Familienbeihilfe. "In dem auf diesen Sachverhalt anzuwendenden Amtssitzabkommen [Abkommen zwischen der Republik Österreich und der Internationalen Atomenergie Organisation (IAEO)] ist festgelegt, dass Personen auf die sich jenes Abkommen

bezieht, die jedoch weder österreichische Staatsbürger (bzw. EU-Bürger) noch Staatenlose mit Wohnsitz in der Republik Österreich sind, keinen Vorteil aus den österreichischen Bestimmungen über Familienbeihilfe und Geburtenbeihilfe ziehen sollen [Art X Abschnitt 26 aE des Amtssitzabkommens]. Als Normadressaten, also Personen, auf die sich dieses Abkommen bezieht, gelten nach herrschender Ansicht auch die im gemeinsamen Haushalt lebenden Ehegatten von Angestellten der IAE0. ..."

Am 8.3.2011 erließ das Finanzamt einen Bescheid und gewährte die Familienbeihilfe für den Zeitraum Februar 2011 bis Dezember 2011

Am 30.9.2011 übermittelte das Finanzamt der Bw. das Formular zur Überprüfung des Anspruchs auf Familienbeihilfe, welche die Bw. in der Folge retournierte. Gemäß dem beigelegten Versicherungsdatenauszug hat war die Bw. vom 31.2.2009 bis zum 30.6.2010 geringfügig beschäftigt und besitzt für den Zeitraum vom 7.4.2010 bis 7.4.2015 über einen Aufenthaltstitel nach NAG.

Am 29.11. 2011 stellte die steuerliche Vertretung der Bw einen Antrag auf Auszahlung der Familienbeihilfe, in eventu auf bescheidmäßige Erledigung.

Am 7.12.2011 erließ das Finanzamt einen Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge für den Zeitraum Februar 2011 bis September 2011 sowie einen weiteren Bescheid mit dem der Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe ab Okt 2011 abgewiesen wurde. Begründend führte das Finanzamt aus: " Gemäß Artikel III, BGBl. 413/1971, wonach Angestellte der IAE0 und deren im gemeinsamen Haushalt lebende Familienmitglieder, auf die sich das Abkommen bezieht, sind von den Leistungen aus dem Ausgleichsfonds für Familienbeihilfe ausgeschlossen, sondern diese Personen weder österreichische Staatsbürger, noch Staatenlose mit Wohnsitz in Österreich sind."

Gegen diese Bescheide brachte die Bw. Berufung ein.

Die Bw. sei ukrainische Staatsbürgerin und ihr Ehemann sei als Franzose EWR-Bürger. Sie seien seit 2010 verheiratet und sei die gemeinsame, 2011 geborene Tochter seit der Geburt französische Staatsbürgerin. Alle Familienmitglieder seien zum Aufenthalt in Österreich berechtigt. In den angefochtenen Bescheiden sei die Behörde nicht auf ihr Vorbringen, dass sie als Familienangehörige eines EU-Bürger gleich wie ein österreichischer Staatsbürger zu behandeln sei und folglich Anspruch auf Familienbeihilfe habe, eingegangen, sondern habe lediglich auf Art III des Abkommens zwischen der Republik Österreich und der Internationalen Atomenergie Organisation (IAEO) zur Abänderung des Abkommens vom 11. Dezember 1957 über den Amtssitz der IAE0 verwiesen.

Sie erfülle jedoch die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1+2 FLAG, da sowohl sie als ihre Tochter gem. §§ 8 + 9 NAG rechtmäßig in Österreich aufhältig seien. "Als im selben Haushalt lebende Ehefrau eines IAEO-Angestellten sei sie nach der Judikatur des VwGH zwar eine Person auf die sich dieses Abkommen beziehe, doch übersehe die Erstbehörde, dass die Regelung des Art X, Abschnitt 26, 2.Absatz des Abkommens zwischen der Republik Österreich und der Internationalen Atomenergie Organisation (IAEO) BGBl Nr. 82/1958 idf BGBl Nr. 413/1971 zwingend einer unionsrechtskonformen Auslegung bedarf."

Österreich sei seit 1.1.1995 Mitglied der EU und ergebe sich aus dem Vorrang des Gemeinschaftsrechtes, dass das nationale Recht im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht auszulegen und anzuwenden sei. Maßgeblich für die Auslegung des Amtssitzabkommens sei die Richtlinie 2004/38/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der VO (EWG) Nr 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG (im folgenden Richtlinie 2004/38/EG).

Gem. des Art 18 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union sei im Anwendungsbereich des EU-Rechts unbeschadet besonderer Bestimmungen jede Diskriminierung verboten. Durch die Richtlinie 2004/38/EG werde dieses Recht auf Familienmitglieder erweitert, unabhängig von deren Staatsangehörigkeit.

"Ebenso maßgeblich ist die VO (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit. diese gilt gem. Art 2 Abs. 1 leg.cit. für Staatsangehörige eines Mitgliedsstaates sowie für ihre Familienangehörigen und zwar (unter anderem) für alle Rechtsvorschriften betreffend Leistungen bei Mutterschaft ...". Diese Personen hätten die gleichen Rechte und Pflichten wie die jeweiligen Staatsangehörigen, weshalb sie aufgrund ihres österreichischen Wohnsitzes nach den österreichischen Rechtsvorschriften zu beurteilen sei (Art 11 Abs. 3 leg.cit.) Mit der am 1.1.2011 in Kraft getretenen VO Nr 1231/2010 sei die VO Nr, 883/2004 auch für Drittstaatsangehörige für anwendbar erklärt worden.

Gem. § 53 Abs. 1 FLAG seien Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergebe österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt. Gem. Abs. 2 leg. cit gelte diese Gleichstellung auch im Bereich der Amtssitz- sowie der Privilegienabkommen, soweit diese für angestellte internationaler Einrichtungen und haushaltszugehörige Familienmitglieder nicht

österreichischer Staatsbürgerschaft einen Leistungsausschluss aus dem Familienlastenausgleich vorsähen.

Somit sei der von der Erstbehörde eingenommene Rechtsstandpunkt unrichtig und werde die Bw. in europarechtswidriger Weise diskriminiert.

Am 29.10.2012 brachte die Bw. eine Vorlageerinnerung gem. § 276 Abs. 6 BAO ein.

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

Streitgegenständlich ist der Anspruch auf Familienbeihilfe für den Zeitraum ab Februar 2011.

Gemäß § 2 Abs. 1 FLAG 1967 haben Personen Anspruch auf Familienbeihilfe, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben. Weiters normiert das FLAG 1967 für nicht österreichische Staatsbürger Folgendes:

1.

§ 3 Abs. 1 FLAG: "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."

§ 3 Abs. 2 FLAG: "Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie nach §§ 8 und 9 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten."

Weiters normiert § 2 Abs. 8 FLAG: " Personen haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Bundesgebiet haben. Eine Person hat den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat."

Die Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes und der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Bw. und ihres Kindes in Österreich stehen außer Frage und wurden auch von der Abgabenbehörde niemals bezweifelt. Insofern erfüllen die Bw. und ihr Kind die Voraussetzungen für den Bezug der Familienbeihilfe bzw. des Kinderabsetzbetrages.

2.

Als weiterer Punkt ist im berufungsgegenständlichen Fall das mit der IAEO geschlossene Amtssitzabkommen zu beachten, der als lex specialis dem FLAG vorgeht.

Gemäß **Artikel III des BGBl. 413/1971**, mit welchem Abschnitt 26 des Amtssitzabkommens vom 11.12.1957 zwischen der Republik Österreich und der IAEO

abgeändert wird, werden Personen, auf die sich dieses Abkommen bezieht und die weder österreichische Staatsbürger noch Staatenlose mit Wohnsitz in der Republik Österreich sind, keinen Vorteil aus den österreichischen Bestimmungen über Familienbeihilfe und Geburtenhilfe ziehen.

Personen, auf die sich das Abkommen – und damit der Leistungsausschluss - bezieht sind jeweils Angestellte der IEAO, da diese im Abkommen selbst definiert sind und aufgrund des Abkommens bestimmte Privilegien und Immunitäten genießen. Da die haushaltsangehörigen Familienmitglieder an den eingeräumten Privilegien und Immunitäten teils ausdrücklich, teils aber auch mittelbar (mit)partizipieren bezieht sich das Abkommen auch auf diese.

Aus den Bestimmungen des Art XI Abschnitt 27, lit a, Art XV Abschnitt 38 lit. f, i und aus dem Annex zum Amtssitzabkommen BGBl. III Nr. 37/1999 ist deutlich erkennbar, dass sich das Amtssitzabkommen auch auf haushaltsangehörige Personen von Angestellten der IEAO bezieht und diesen bestimmte Rechte und Privilegien einräumt.

Durch die Privilegierung eines Haushaltsangehörigen kommt es zu einer Entlastung der Haushaltsgemeinschaft, sodass eine weitere Entlastung durch Berücksichtigung von Unterhaltskosten unter dem Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht mehr geboten erscheint.

Somit sind Personen, welche weder österreichische Staatsbürger noch Staatenlose mit Wohnsitz in Österreich sind, vom Bezug der Familienbeihilfe ausgeschlossen. Der Grund für die Ausnahme von den Familienleistungen liegt vor allem darin, dass der angesprochen Personengruppe im Rahmen des Amtssitzabkommens diverse Privilegien wie insbesondere Freistellung von jeglicher Besteuerung in Österreich der im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit ausbezahlten Bezüge und Vergütungen zugestanden werden.

Dieser dargestellte Leistungsausschluss bezieht sich aufgrund des vorrangig zu berücksichtigenden Europarechts nicht auf durch Europarecht gleichgestellte Personen (siehe zur Familienbeihilfe § 53 Abs. 2 FLAG 1967) wie EU- EWR-Bürger und Schweizer.

Der Leistungsausschluss gilt jedoch sehr wohl für drittstaatsangehörige Personen.

Wie der Verfassungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung festhält (vgl. beispielsweise VfGH 30.11.1990, V 78/90, VfSlg 12.558), ist eine Bestimmung eines Staatsvertrages dann unmittelbar anwendbar, wenn sie sich an die Rechtsunterworfenen oder an die Vollzugsorgane des Staates richtet. Hingegen ermangeln Staatsverträge der unmittelbaren Anwendbarkeit, wenn sie objektiv oder aus den unten genannten subjektiven Gründen ungeeignet sind, unmittelbare Grundlage für einen Verwaltungsakt oder ein Urteil zu sein.

Wurde ein Beschluss iSd Art 50 Abs 2 B-VG (sog. "Erfüllungsvorbehalt") gefasst, so ist der betreffende Staatsvertrag von vornherein nicht unmittelbar anwendbar.

Wurde anlässlich der Genehmigung des Abschlusses eines unter Art 50 Abs 1 B-VG fallenden Staatsvertrages ein Beschluss im Sinne des Art 50 Abs 2 B-VG nicht gefasst (sog. "generelle Transformation"), so kann dieses Vorgehen als Ausdruck der Auffassung gewertet werden, dass der betreffende Staatsvertrag zu seiner Anwendbarkeit keines weiteren Aktes der staatlichen Gesetzgebung bedarf, sei es, weil der Vertrag bzw. einzelne seiner Bestimmungen die objektive Eignung zur innerstaatlichen Anwendung aufweisen und daher zur Schaffung einer Grundlage für individuelle Akte der Vollziehung kein Gesetz erforderlich ist, sei es, weil die die Anwendbarkeit des Vertrages bzw. einzelner seiner Bestimmungen gewährleistenden gesetzlichen Regelungen bereits in Geltung sind.

Wird vom Nationalrat anlässlich der Genehmigung eines Staatsvertrags nach Art 50 B-VG kein Erfüllungsvorbehalt beschlossen, so spricht das zunächst dafür, dass der Vertrag unmittelbar anzuwenden ist, was in der Lehre als Vermutung für die unmittelbare Anwendbarkeit bezeichnet wird (vgl. VfGH 30.11.1990, V 78/90, VfSlg 12.558).

Da der Nationalrat in der 36. Sitzung der XII. Gesetzgebungsperiode am 3. März 1971 anlässlich der Genehmigung des Abkommens zwischen der Republik Österreich und der Internationalen Atomenergie-Organisation zur Abänderung des Abkommens vom 11. Dezember 1957 über den Amtssitz der Internationalen Atomenergie-Organisation keinen Vorbehalt im Sinne des Art 50 Abs 2 B-VG abgegeben hat, ist dieser Vertrag unmittelbar anzuwenden. Das genannte Abkommen ist somit unmittelbare Grundlage für innerstaatliche Vollzugsakte und bedarf daher keiner speziellen Transformation und damit auch keines Verweises im FLAG 1967. Die unmittelbare Anwendbarkeit des gegenständlichen Abkommens wurde im Übrigen auch vom Verwaltungsgerichtshof niemals in Zweifel gezogen (vgl. VwGH 28.9.1994, 91/13/0086).

Die Regelungen hinsichtlich der Anwendbarkeit von Amtssitzabkommen wurden erstmals durch die mit BGBl. I Nr. 142/2000 vorgenommene Einfügung des § 53 Abs. 2 im FLAG getroffen. Zu diesem Zeitpunkt war aber die genannte Bestimmung bereits Bestandteil des Amtssitzabkommens mit der IAEO.

Wie den Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates Nr. 339 der XXI. Gesetzgebungsperiode entnommen werden kann, sollte durch die Einfügung der Bestimmung des § 53 Abs. 2 FLAG die Gleichstellung von EWR/EU-Bürgern mit österreichischen Staatsbürgern auch auf die üblicherweise in den Amtssitz- und Privilegienabkommen enthaltene Bestimmung Anwendung finden, wonach nicht österreichische Angestellte

internationaler Einrichtungen und deren im gemeinsamen Haushalt lebende Familienmitglieder von den Leistungen aus dem Familienlastenausgleich ausgeschlossen sind: Die durch die Abkommen privilegierten Angestellten internationaler Einrichtungen und deren haushaltszugehörigen Familienmitglieder aus EWR/EU-Staaten sollten diese Leistungen nach Maßgabe des Gemeinschaftsrechts gleich wie die - durch die Abkommen ebenfalls privilegierten - österreichischen Angestellten und deren haushaltszugehörigen Familienmitglieder erhalten .

Aus Gründen einer besseren Systematik sollte die ausdrückliche Gleichstellung betreffend die Amtssitz- und Privilegienabkommen dem zweiten Absatz vorbehalten werden. Gleichzeitig sollte in einem ersten Absatz der seit dem Beitritt Österreichs zum Europäischen Wirtschaftsraum bzw. zur EU gehandhabten EU-konformen Vollziehung des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 folgend aus Klarstellungsgründen generell formuliert werden, dass Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) Österreichern gleichgestellt sind, soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen einschließlich des hierdurch rezipierten Gemeinschaftsrechts [wie den Verordnungen (EWG) Nr. 1408/71 und Nr. 574/72] ergibt.

Daraus ist einerseits ersichtlich, dass der Gesetzgeber sehr wohl davon ausging, dass der in den Amtssitzabkommen normierte Ausschluss von Familienleistungen Anwendungsvorrang gegenüber den allgemeinen Bestimmungen des FLAG hinsichtlich der Gewährung von Familienbeihilfe an Ausländer genießt. Andererseits ist damit auch eindeutig klargestellt, dass **§ 53 Abs. 2 FLAG lediglich eine Gleichstellung von EWR-Bürgern** mit österreichischen Staatsbürgern vorsieht und der Anwendungsbereich dieser **Bestimmung keineswegs auch auf Staatsbürger anderer Staaten ausgedehnt** werden kann.

Aus § 53 Abs. 2 FLAG 1967 lässt sich daher keine Anspruchsberechtigung der Bw. ableiten, da diese ukrainische Staatsbürgerin und damit nicht EWR/EU-Bürgerin ist.

Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat die entsprechenden Beträge gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 zurückzuzahlen.

Da für den in Rede stehenden Zeitraum aufgrund Artikel X Abschnitt 26 des Amtssitzabkommens zwischen der Republik Österreich und der IAEO die Bw. vom Familienbeihilfenbezug ausschließt und ein Anspruch auf Gewährung der Familienbeihilfe in der genannten Höhe nicht bestanden hat und die Bw. die im bekämpften Bescheid angeführten Beträge damit zu Unrecht bezogen hat, sind diese auch gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 von ihr zurückzuzahlen und war die Berufung abzuweisen

Wenn nun die Bw. vorbringt, dass das Amtssitzabkommen mit der IAEO zwingend einer unionsrechtskonformen Auslegung bedürfe, ist dem entgegenzuhalten, dass es nicht die Aufgabe des UFS ist eine derartige Frage zu beurteilen. Vielmehr ist dieser an die bestehende Gesetzeslage gebunden und hat er diese anzuwenden.

Wien, am 25. Februar 2013