



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Herrn E.A. in XY., vom 27. November 2006 gegen die Bescheide des Finanzamtes Deutschlandsberg Leibnitz Voitsberg vom 10. November 2006 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages für die Kinder A, B, C und D. ab 1. Jänner 2006 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Die angefochtenen Bescheide bleiben unverändert.

Entscheidungsgründe

Das Finanzamt Deutschlandsberg Leibnitz Voitsberg hat den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages für die Kinder A, B, C und D mit Bescheid vom 10. November 2006 abgewiesen. Begründet wurde der Bescheid damit, dass gemäß § 3 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967, in der ab 1.1.2006 gültigen Fassung, für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe besteht, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Mit Schriftsatz vom 23. November 2006 wurde vom Berufungswerber das Rechtsmittel der Berufung eingebracht und wie folgt begründet:

Ich bin türkischer Staatsangehöriger und als Asylwerber mit meiner Gattin und meinen Kindern in Österreich legal aufhältig. Unser Asylverfahren ist beim Unabhängigen Bundesasylsenat anhängig. Weiters möchte ich anführen, dass ich, entsprechend dem Ausländerbeschäftigungsgesetz, legal unselbstständig erwerbstätig, somit sozialversichert und unbeschränkt steuerpflichtig bin. Meine Gattin und Kinder sind mit mir bei der zuständigen Gebietskrankenkasse mitversichert.

In der Rechtssache C-262/96, Sema Sürül gegen Bundesanstalt für Arbeit, hat der Europäische Gerichtshof am 4. Mai 1999 folgendes Urteil gefällt:

Die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne der Definition des Artikels 1 Buchstabe b des Beschlusses Nr. 3/80 des Assoziationsrates EWG -Türkei über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit der Mitgliedstaaten auf die türkischen Arbeitnehmer und deren Familienangehörige besitzt jeder, der auch nur gegen ein einziges in dieser Bestimmung genanntes Risiko in einem allgemeinen oder besonderen System der sozialen Sicherheit pflichtversichert oder freiwillig versichert ist, ohne dass es darauf ankommt, ob er in einem Arbeitsverhältnis steht.

Artikel 3 Absatz 1 des Beschlusses Nr. 3/80 des Assoziationsrates EWG -Türkei über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit der Mitgliedstaaten auf die türkischen Arbeitnehmer und auf deren Familienangehörige, der das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit enthält, verbietet es einem Mitgliedstaat, den Anspruch eines türkischen Staatsangehörigen, dem er den Aufenthalt in seinem Hoheitsgebiet gestattet hat, der dort allerdings nur eine zu einem bestimmten Zweck erteilte, befristete Aufenthaltsbewilligung besitzt, auf Kindergeld für sein Kind, das in diesem Mitgliedstaat mit ihm zusammenwohnt, vom Besitz einer Aufenthaltsberechtigung oder Aufenthaltserlaubnis abhängig zu machen, während Inländer insoweit nur ihren Wohnsitz in diesem Mitgliedstaat haben müssen. Mein Aufenthalt wurde mir aufgrund des Asylgesetzes von einer österreichischen Bundesbehörde gestattet und ich verfüge gemeinsam mit meinen Familienangehörigen über eine entsprechende Aufenthaltsberechtigung.

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 ergangenem 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 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.

Im Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 22. Juni 1989 (EuGH, Rs 103/88, Fratelli Costanzo/Stadt Mailand) wurde die vierte Frage des vorlegenden Gerichts, ob die Verwaltung - auch auf kommunaler Ebene - ebenso wie ein nationales Gericht verpflichtet ist, Gemeinschaftsrecht anzuwenden und diejenigen Bestimmungen des nationalen Rechts unangewendet zu lassen, die damit nicht im Einklang stehen, folgendermaßen beantwortet: Es ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof in seinen Urteilen vom 19. Januar 1982 in der Rechtssache 8/81 (Becker, Slg. 1982, 53, 71) und vom 26. Februar 1986 in der Rechtssache 152/84 (Marshall, Slg. 1986, 737, 748) festgestellt hat, dass sich die einzelnen in all den Fällen, in denen gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen inhaltlich als unbedingt und hinreichend genau erscheinen, vor einem nationalen Gericht gegenüber dem Staat auf diese Bestimmungen berufen können, wenn der Staat diese Bestimmungen nicht fristgemäß oder nur unzulänglich in nationales Recht umgesetzt hat.

Wenn sich Einzelne unter den genannten Voraussetzungen vor den nationalen Gerichten auf die gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen berufen können, so deshalb, weil die Verpflichtungen, die sich aus diesen Bestimmungen ergeben, für alle Behörden der Mitgliedstaaten gelten.

Es wäre im übrigen widersprüchlich, zwar zu entscheiden, dass die einzelnen sich vor den nationalen Gerichten auf die gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen berufen können, um das Verhalten der Verwaltung beanstanden zu lassen, trotzdem aber die Auffassung zu vertreten, dass die Verwaltung nicht verpflichtet ist, die gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dadurch einzuhalten, dass sie die Vorschriften des nationalen Rechts, die damit nicht im Einklang stehen, unangewendet lässt. Wenn die nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes einzuhaltenden Voraussetzungen dafür erfüllt sind, dass die einzelnen sich vor den nationalen Gerichten auf die gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen berufen können, sind folglich alle Träger der Verwaltung einschließlich der Gemeinden und der sonstigen Gebietskörperschaften verpflichtet, diese gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen anzuwenden.

Für Gerichte und Verwaltungsbehörden bedeutet der Vorrang des Gemeinschaftsrechts, dass sie, im Falle der Kollision zwischen nationalem Recht (einschließlich des Verfassungsrechts) und Gemeinschaftsrecht, eine Verwerfungspflicht haben und das nationale Recht

unangewendet lassen müssen. Dies beinhaltet für die Verwaltungsbehörden ein Abgehen von der Gesetzes- und Weisungsbindung der Verwaltung. Des weiteren besteht Vorrang des Gemeinschaftsrechts -entsprechend dem Erfordernis eines effektiven Rechtsschutzes - nicht nur gegenüber generell-abstrakten Rechtsakten (Verordnungen, Gesetzen, Verfassungsbestimmungen), sondern auch nach der jüngeren Rechtsprechung des EuGH gegenüber individuell-konkreten Rechtsakten (Bescheiden).

Mit obiger Begründung stelle ich den Antrag

- 1. dass die gegenständliche Rechtsfrage ohne Berufungsvorentscheidung dem zuständigen Unabhängigen Finanzsenat umgehend vorgelegt wird*
- 2. der Unabhängige Finanzsenat feststellt, dass türkische Staatsbürger kraft Artikel 8 des Europäischen Abkommens über Soziale Sicherheit, BGBl. Nr. 428/1977, österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt sind und daher § 3 FLAG 1967 idgF nicht anwendbar ist*
- 3. der Unabhängige Finanzsenat feststellt, dass die, aufgrund des Urteils des Europäischen Gerichtshofes vom 4. Mai 1999 in der Rechtsache C-262/96, dem Gemeinschaftsrecht zuwiderlaufende nationale Bestimmung § 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 idgF für türkische Staatsbürger nicht anzuwenden ist*
- 4. der Unabhängige Finanzsenat feststellt, den oa. Bescheid ersatzlos zu beheben*
- 5. der Unabhängige Finanzsenat feststellt, dass mir die Familienbeihilfe für meine Kinder ab dem Datum der Einstellung wiederum zu gewähren ist.*

Mit Bericht vom 6. Dezember 2006 legte das Finanzamt Deutschlandsberg Leibnitz Voitsberg die Berufung aus verwaltungsökonomischen Gründen, ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung, dem unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung vor.

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 3 Abs. 1 FLAG 1967, in der ab 1.1.2006 geltenden Fassung, haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthalts gesetzes (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 Aufenthalts gesetzes 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.

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. 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.

Die oben zitierte Neuregelung der Ansprüche von Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, erfolgte im Rahmen umfangreicher Änderungen im Bereich des Fremdenrechtes. Danach besteht der Anspruch auf Familienbeihilfe nur mehr für die Personen, die auch zur Niederlassung in Österreich berechtigt sind, wobei diese Berechtigung nach den Bestimmungen des ebenfalls im Rahmen des Fremdenrechtspaketes 2005 erlassenen Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes erteilt wird. In deren §§ 8 und 9, auf die sich das Gesetz bezieht, sind die Arten und Formen der Aufenthaltstitel im Sinn des Gesetzes aufgezählt.

Arten und Form der Aufenthaltstitel nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG)

§ 8. (1) Aufenthaltstitel werden erteilt als:

1. "Niederlassungsbewilligung" für eine nicht bloß vorübergehende befristete Niederlassung im Bundesgebiet zu einem bestimmten Zweck (Abs. 2) mit der Möglichkeit, anschließend einen Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt - EG" (Z 3) zu erlangen;
2. Aufenthaltstitel "Familienangehöriger" für die befristete Niederlassung mit der Möglichkeit, anschließend einen Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt - Familienangehöriger" (Z 4) zu erhalten;
3. Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt - EG" für die Dokumentation des unbefristeten Niederlassungsrechts, unbeschadet der Gültigkeitsdauer des Dokuments;
4. Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt - Familienangehöriger" für die Dokumentation des unbefristeten Niederlassungsrechts, unbeschadet der Gültigkeitsdauer des Dokuments;
5. "Aufenthaltsbewilligung" für einen vorübergehenden befristeten Aufenthalt im Bundesgebiet zu einem bestimmten Zweck (§§ 58 bis 69 und § 72) mit der Möglichkeit,

anschließend eine Niederlassungsbewilligung zu erlangen, sofern dies in diesem Bundesgesetz vorgesehen ist.

(2) Niederlassungsbewilligungen gemäß Abs. 1 Z 1 werden erteilt als:

1. "Niederlassungsbewilligung - Schlüsselkraft", die zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, für die eine schriftliche Mitteilung oder ein Gutachten nach §§ 12 Abs. 4 oder 24 AusIBG erstellt wurde, berechtigt;
2. "Niederlassungsbewilligung - ausgenommen Erwerbstätigkeit", die zur befristeten Niederlassung ohne Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt;
3. "Niederlassungsbewilligung - unbeschränkt", die zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit und einer unselbständigen Erwerbstätigkeit gemäß § 17 AusIBG berechtigt;
4. "Niederlassungsbewilligung - beschränkt", die zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer selbständigen und einer unselbständigen Erwerbstätigkeit, für die eine entsprechende Berechtigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz gilt, berechtigt;
5. "Niederlassungsbewilligung - Angehöriger", die zur befristeten Niederlassung ohne Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt; die Ausübung einer Erwerbstätigkeit ist nur auf Grund einer nachträglichen quotenpflichtigen Zweckänderung erlaubt.

(3) Der Bundesminister für Inneres legt das Aussehen und den Inhalt der Aufenthaltstitel nach Abs. 1 durch Verordnung fest. Die Aufenthaltstitel haben insbesondere Name, Vorname, Geburtsdatum, Lichtbild, ausstellende Behörde und Gültigkeitsdauer zu enthalten; sie gelten als Identitätsdokumente.

(4) Die Aufenthaltsbewilligung (Abs. 1 Z 5) von Ehegatten und minderjährigen unverheirateten Kindern hängt während der Frist nach § 27 Abs. 1 vom Bestehen der Aufenthaltsbewilligung des Zusammenführenden ab (§ 69).

(5) Inhaber einer Aufenthaltsbewilligung, ausgenommen Fälle von Sozialdienstleistenden (§ 66), dürfen während der Geltungsdauer dieser Bewilligung im Inland um eine Aufenthaltsbewilligung mit anderem Zweckumfang oder um eine Niederlassungsbewilligung ansuchen. Ein solcher Antrag schafft bis zur Zustellung der Entscheidung der Behörde erster Instanz ein über die Geltungsdauer der ursprünglichen Aufenthaltsbewilligung hinausgehendes Bleiberecht.

Da sich der Berufungswerber mit seiner Familie im Sinne der in Genf unterzeichneten Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge als Asylwerber in Österreich rechtmäßig aufhält, haben sie den Status von Asylberechtigten nach § 3 (1) AsylG 2005 der auszugsweise wie folgt lautet:

Einem Fremden, der in Österreich einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat, ist, soweit dieser Antrag nicht wegen Drittstaatsicherheit oder Zuständigkeit eines anderen Staates zurückzuweisen ist, der Status des Asylberechtigten zuzuerkennen, wenn glaubhaft ist, dass ihm im Herkunftsstaat Verfolgung im Sinne des Art. 1 Abschnitt A Z 2 Genfer Flüchtlingskonvention droht.

Dem Asylwerber dessen Verfahren zuzulassen ist, ist nach dem Asylgesetz 2005 im Sinne des § 51 (1) eine Aufenthaltsberechtigungskarte auszustellen. Die Karte ist bis zu einer durchsetzbaren Entscheidung, zur Einstellung oder zur Gegenstandslosigkeit des Verfahrens gültig.

Die Aufenthaltsberechtigungskarte dient dem Nachweis der Identität für Verfahren nach diesem Bundesgesetz und der Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes im Bundesgebiet. Nach Beendigung des Verfahrens oder bei Entzug des Aufenthaltsrechts ist die Aufenthaltsberechtigungskarte vom Fremden dem Bundesasylamt zurückzustellen.

Der Berufungswerber kann im vorliegenden Fall keinen Aufenthaltstitel nach der neuen gesetzlichen Regelung nachweisen. Eine (vorläufige) Beschäftigungsbewilligung ist nach der eindeutigen gesetzlichen Regelung seit 1.1.2006 nicht mehr ausreichend, um einen Anspruch auf Familienbeihilfe zu vermitteln. Der Berufungswerber kann auch durch die Tatsache, dass er und seine Gattin über eine vorläufige Aufenthaltsberechtigung nach § 19 Asylgesetz (AsylG) verfügen, nichts für seinen Standpunkt gewinnen, da der oben zitierte § 3 Abs. 3 FLAG 1967 Asylsuchende erst ab dem Zeitpunkt begünstigt, ab dem ihnen mit Bescheid endgültig Asyl gewährt wurde. Diese Regelung entspricht überdies in ihrem wesentlichen Inhalt der bereits vor dem 1.1.2006 geltenden Rechtslage (§ 3 Abs. 2 FLAG 1967 i.d.F. BGBl. I Nr. 142/2004).

Nach § 36b (1) AsylG 1997, BGBl. I Nr. 76/1997 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 100/2005, ist Asylwerbern, deren Verfahren zugelassen sind, eine Aufenthaltsberechtigungskarte auszustellen. Die Gültigkeitsdauer dieser Karte ist bis zur Rechtskraft des Verfahrens befristet.

Der vom Berufungswerber angeführte Artikel 3 Abs. 1 des Beschlusses Nr. 3/80 des Assoziationsrates vom 19. September 1980 (Assoziationsabkommen zwischen der Europäischen Union und der Türkei über die Anwendung der Systeme der Sozialen Sicherheit der Mitgliedstaaten der Europäischen Union auf türkische Arbeitnehmer und auf deren

Familienangehörige; Amtsblatt der EG Nr. C 110 vom 25. April 1983) ist nicht anwendbar, weil dieser Beschluss die Freizügigkeit von Arbeitnehmern behandelt und nicht für Personen gedacht ist, die vor der Türkei internationalen Schutz begehrten.

Die im Schreiben des Berufungswerbers vom 6. November 2006 angeführte Entscheidung des unabhängigen Finanzsenates, Außenstelle Wien (RV/0129-W/06 und in weiterer Folge die angeführten VwGH-Erkenntnisse) kann für den vorliegenden Fall keine Berücksichtigung finden, weil hier die Feststellung des Mittelpunktes der Lebensinteressen entscheidungsrelevant ist und diese Feststellung von Seiten des Finanzamtes unterblieben ist. Das Finanzamt wird daher im dort fortgesetzten Verfahren zu erheben haben, zu welchem Staat die Berufungswerberin (keine Asylwerberin sondern Aufenthalt zu Studienzwecken) im Sinne des § 2 Abs. 8 FLAG 1967 die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.

Zum Einwand, dass türkische Staatsbürger kraft Artikel 8 des Europäischen Abkommens über Soziale Sicherheit, BGBl. 428/1977, österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt sind und daher der § 3 FLAG 1967 nicht anwendbar ist, wird festgestellt, dass es sich im vorliegenden Fall um keine "normalen" türkischen Staatsbürger (Migranten) sondern es sich um Asylwerber, die Schutz vor dem türkischen Staat beanspruchen, handelt .

So ist auch einer Stellungnahme der UNHCR (www.unher.at) zum Entwurf für das Bundesgesetz mit dem das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) erlassen wird sowie das Fremdengesetz 1997, das Gebührengesetz 1957 das Familienlastenausgleichsgesetz 1967 und das Kinderbetreuungsgeldgesetz geändert werden zu entnehmen, dass es zum § 3 Abs. 3 FLAG wünschenswert wäre, im Zusammenhang mit der Anspruchsberechtigung für Personen mit dem Status eines Asylberechtigten nicht auf den Zeitpunkt der Schutzgewährung sondern auf den rechtmäßigen Aufenthalt in Österreich abzustellen. Asylwerber sind gemäß § 31 des Entwurfs für das FPG 2005 ab der Einbringung ihres Asylantrages in Österreich zum Aufenthalt berechtigt. Nach Ansicht des UNHCR sollte dieser rechtmäßige Aufenthalt - ebenso wie Fremden, die nach dem NAG zum Aufenthalt berechtigt sind - bei der Gewährung der Familienbeihilfe berücksichtigt werden. Schließlich erscheint eine diesbezügliche unterschiedliche Behandlung von Flüchtlingen, die in Österreich in der Regel eine neue Existenzgrundlage aufbauen müssen, gegenüber Migranten nicht nachvollziehbar.

Auch aus dieser Stellungnahme geht hervor, dass es nach der neuen Gesetzeslage rechtskonform ist, einen Asylwerber anders zu behandeln, als einen Fremden der nach dem NAG rechtmäßig berechtigt ist, sich in Österreich aufzuhalten (obwohl von Seiten der UNHCR eine Gleichstellung wünschenswert wäre).

Aus den angeführten Gründen war daher, wie im Spruch angeführt, zu entscheiden.

Graz, am 20. Juni 2007