



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vertreten durch StV, vom 16. Februar 2007 gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 12., 13., 14. Bezirk und Purkersdorf vom 12. Jänner 2007 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab Juni 2006 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Strittig ist, ob gem. § 3 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG; neue Fassung ab 1.1.2006) in Verbindung mit dem Assoziationsabkommen EWG-Türkei türkische Staatsbürger aufgrund des Assoziationsabkommens der EWG mit der Türkei von den Vorschriften des § 3 FLAG entbunden sind.

Das Finanzamt führte aus wie folgt: Am 16.06.2005 habe der Bw. erstmalig die Familienbeihilfe (FB) für das Kind aufgrund dessen Geburt im Juni 2005 beantragt (Bl.1ff/ FB-Akt): Da der Antragsteller über ein unbefristetes Visum verfügt habe, sei eine Leistung aus dem Arbeitslosengesetz (Notstandshilfe) bezogen und der tatsächliche Aufenthalt des Kindes in Österreich mittels Geburtsurkunde und Meldenachweis glaubhaft gemacht worden, weshalb dem Antrag stattgegeben und Familienbeihilfe gem. § 3 (1) FLAG (in der Fassung bis 31.12.2005) gewährt worden sei.

Auf das Überprüfungsschreiben samt Erinnerung im Zuge der Familienbeihilfenüberprüfung

per Mai 2006 sei nicht reagiert worden, worauf der Akt gelöscht worden sei.

Am 7.12.2006 sei ein neuerlicher Antrag auf Familienbeihilfe für das Kind eingebracht worden. (Bl.15ff /FB-Akt). Da das abverlangte Visum bzw. die NAG-Karte für das Kind nicht vorgelegt habe werden können, sei die Familienbeihilfe gem. § 3 FLAG (in der neuen Fassung ab 1.1.2006) abgewiesen worden (Bl. 22/FB-Akt).

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

Der steuerliche Vertreter gab dazu Folgendes bekannt: 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 den 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 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 verweise der Bw. bzw. sein steuerlicher Vertreter auf den Anwendungsvorrang von Gemeinschaftsrecht gegenüber entgegen stehenden österreichischen Bestimmungen und stelle den Antrag, für das mj. Kind, geb.2005 in Wien, die Familienbeihilfe zuzusprechen.

Der **Familienbeihilfenantrag** wurde begründet wie folgt:

Weil eben die NAG Karte mit Aufenthaltstitel nicht vorgelegt werden könne, berufe der Bw. sich auf das bereits angeführte Urteil des EuGHRs C -262/96 (Sema Sueruel) und den Anwendungsvorrang.

Sollte das Finanzamt trotz der eindeutigen Klärung des Anwendungsvorranges von Gemeinschaftsrecht und des EuGH Urteils diese Ansicht nicht teilen, so ersuche er um dringende abweisliche Bescheiderlassung, zumal der UFS ebenfalls 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.

Indem aber die Sach- und Rechtslage zu Gunsten der Antragstellung vom EuGH geklärt worden sei und auch die Stand Still Klausel des Art 13 des ARB zur Anwendung gelange, entstehe seiner Mandantschaft durch die erhebliche Verspätung bei Nichtbewilligung durch das Finanzamt ein nicht unerheblicher finanzieller Schaden für die täglichen Lebenshaltungskosten der begünstigten Personen.

Das Finanzamt **wies den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe ab Juni 2006 bis laufend ab und begründete dies wie folgt:**

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

Da für das Kind kein gültiger Aufenthaltstitel (NAG-Karte) vorgelegt werden habe können, sei der Antrag abzuweisen gewesen.

**Gegen diesen Abweisungsbescheid erhob der Bw. Berufung und begründete sie wie folgt:**

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 (Sürül) 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 mit seiner Rechtsansicht eines acte claire im Sinne des obigen Urteils SürüI konform gehen, werde im Sinne des Art 234 EG die Vorlage an den EuGH angeregt, dies insbesondere mit der Anfrage, ob die angewendeten Bestimmungen des § 3 FLAG 1967 idgF iVm. §§ 8 u 9 NAG 2005 dem Gemeinschaftsrecht entgegenstünden, insbesondere den Bestimmungen der ARB 1/80 und 3/80.

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

"§ 3 (1) FLAG: 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.

*Diese Voraussetzungen treffen jedoch gegenständlich nicht zu.*

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).

Der Bw. ist in Wien seit 11.1.2002 gemeldet (Bl. 2/ FB-Akt; ZMR-Bestätigung, Hauptwohnsitz). Die Ehefrau des Bw. ist seit 19.5.2003 in Wien gemeldet (Bl. 3/ FB-Akt; ZMR-Bestätigung, Hauptwohnsitz). Der Bw. war laut Bestätigung der Krankenkasse zuletzt ab 3.6.2005 gemeldet (Bl. 10/FB-Akt).

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 für das Kind des Bw. weder ein Asylverfahren anhängig war noch die NAG-Karte vorgewiesen werden konnte, sind die gesetzlich geforderten Voraussetzungen für den Bezug von Familienbeihilfe 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.

Insgesamt ist daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 10. Dezember 2012